

**Seminarios wiki interactivos de Derecho
Internacional Privado con complemento-
refuerzo de seminarios presenciales
impartidos por especialistas en los temas
propuestos
(Proyecto de Innovación Docente
ID2014/0155)**

**Pfra. Dra. D^a. Antonia Durán Ayago
Pfra. Dra. D^a. María del Mar Velázquez Sánchez
Asignatura: Derecho Internacional Privado
Curso y Grupos: 4^o I y II
GRADO EN DERECHO**

Curso 2014/2015

SUMARIO

| | |
|--|-----|
| Propuesta y Contenido del Proyecto..... | 3 |
| Resultados Grupo I de Derecho internacional privado..... | 6 |
| Resultados Grupo II de Derecho internacional privado..... | 203 |

Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado con complemento-refuerzo de seminarios presenciales impartidos por especialistas en los temas propuestos

(Proyecto de Innovación Docente ID2014/0155)

PROPUESTA

Implantación de metodologías activas de aprendizaje
Diseño de contenidos docentes y audiovisuales en abierto o en el campus virtual

¿En qué consiste el proyecto?

A través de la plataforma Studium, nos proponemos potenciar el aprendizaje activo de los/as alumnos/as a través de la realización de uno o varios seminarios especializados en cada grupo, utilizando para ello la herramienta wiki. Realizaremos a nuestros alumnos/as, a principios de curso, una propuesta de temas de interés jurídico y social comprendidos en el objeto de la asignatura obligatoria Derecho internacional privado y en la asignatura optativa Nacionalidad y extranjería en las relaciones privadas internacionales para que decidan sobre qué materias les interesaría más trabajar.

Una vez concretados los temas se formularán en seminarios interactivos en que los/las estudiantes van a tener que trabajar añadiendo información a la wiki creada, partiendo de unos ítems previos y unas líneas de referencia que les proporcionaremos. Los seminarios tendrán un cronograma de desarrollo que irá parejo a la explicación de los conceptos teóricos necesarios para participar en ellos con el máximo aprovechamiento.

Cada seminario interactivo culminará con un seminario presencial impartido por un especialista en la materia, en el que los/las estudiantes que hayan intervenido en él, podrán preguntar sobre aquellas cuestiones que mayor interés les hayan suscitado, al tiempo que tendrán un nivel de conocimientos adecuado sobre la materia para poder interactuar con el profesor que imparta el seminario.

En este sentido, para realizar la memoria económica, hemos tomado como referencia la asistencia de un profesor de otra Universidad, especialista en al menos uno de los temas que se hayan trabajado.

Objetivos:

El proyecto se aplicará en los tres grupos de Grado en que se imparte la asignatura de Derecho internacional privado, además de en el grupo de la asignatura optativa Nacionalidad y Extranjería en las relaciones privadas internacionales. Podrán participar en esta iniciativa todos los alumnos que lo deseen, se hayan acogido o no al sistema de evaluación continua y podrá suponer hasta un punto más en la calificación final, siempre que se haya aprobado la asignatura a través del correspondiente sistema de evaluación.

Los objetivos que nos proponemos con esta iniciativa docente son:

1. Potenciar el aprendizaje autónomo del estudiante.

2. Prestar atención a sus inquietudes, siendo ellos/as los/las que elijan los temas que van a ser objeto de tratamiento, entre una lista de temas que les proporcionaremos a principios de curso.
3. Buscar información sobre los temas planteados en un triple orden: realidad social, normativa interna y comparada, jurisprudencia.
3. Ser capaces de construir información sobre una materia de actualidad desde la rigurosidad y desde un enfoque práctico-jurídico.
5. Potenciar el trabajo en grupo.
6. Ser capaces de interactuar con otros profesores especialistas en las materias propuestas.

Resultados previstos:

1. Implicar al estudiante en los temas de la realidad que regula el Derecho internacional privado
2. Crear información y generar conocimiento sobre la materia planteada
3. Interactuar con los/as compañeros/as y con la profesora de la asignatura, además de con los/las profesores/as de otras Universidades que participarán en esta iniciativa
4. Profundizar en el conocimiento de los temas planteados, lo que repercutirá directamente en una mejor comprensión de la asignatura cursada.

Impacto sobre la docencia:

Con la experiencia de haber ya puesto en marcha este proyecto durante los cuatro cursos precedentes, los resultados y el impacto sobre la docencia han sido muy positivos. Los/las estudiantes que han participado en esta iniciativa la han valorado muy positivamente; se han implicado en la asignatura y sus resultados finales en el examen han sido buenos.

Metodología de trabajo:

1. Proponer en los primeros días del curso una lista de temas de entre los cuales los/las estudiantes deberán elegir aquellos que más les interesen.
 2. Dar de alta los seminarios en la plataforma Studium y abrir una wiki para cada uno de ellos con el objetivo de que vayan añadiendo información sobre el tema propuesto, incluyendo noticias periodísticas (realidad social), regulación jurídica al respecto (normativa) y tratamiento jurisprudencial de la materia.
 3. Cada seminario tendrá un cronograma de realización que se acomodará a la impartición del programa de la asignatura y que se proporcionará junto con los seminarios. Cada seminario wiki finalizará con un seminario presencial que impartirá un/a profesor/a especialista en la materia tratada.
 4. Al finalizar el curso, los/las participantes en esta actividad realizarán una encuesta para valorar el grado de satisfacción de la actividad realizada
 5. El/la alumno/a que haya participado con aprovechamiento en la elaboración de los seminarios podrá aportar hasta un punto a su calificación final en la asignatura.
- La profesora de cada grupo tendrá una sesión inicial con todos los/las estudiantes interesados/as, en la que explicará la dinámica de los seminarios, el funcionamiento de

la wiki en Studium y proporcionará una serie de indicaciones para realizar las búsquedas bibliográficas y jurisprudenciales.

Recursos a emplear:

Plataforma virtual de enseñanza Studium; bases de datos bibliográficas y jurisprudenciales; acceso a la web.

Calendario previsto:

Curso 2014/2015 conforme a lo especificado anteriormente.

Se presentan a continuación los resultados que se han obtenido en los dos grupos de Derecho internacional privado en que se ha aplicado durante el presente curso este Proyecto, haciendo referencia en primer lugar a la metodología que se ha utilizado para su puesta en marcha en cada uno de ellos y, posteriormente, se reproducen los textos que han elaborado los/las estudiantes.

RESULTADOS SEMINARIO WIKI INTERACTIVO REALIZADO EN EL GRUPO I DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CURSO 2014/2015 (Profesora María del Mar Velázquez Sánchez)

Título del seminario:

“Estudio y análisis de algunas normas institucionales de competencia judicial internacional en materia contractual”

Fechas en las que se ha realizado el seminario:

Primer semestre del Curso 2014/2015

Metodología y desarrollo:

- **Desarrollo a través de la Plataforma Studium.**
- **Participación absolutamente voluntaria.**
- **La participación en el seminario puede conllevar que la calificación obtenida en el examen final, una vez aprobado, suba hasta un punto más.**
- **Todos los alumnos que han participado en el seminario han recibido el correspondiente certificado en el que se acredita tal participación.**
- **El resultado del seminario se adjunta a continuación.**

***Estudio y análisis de algunas
normas institucionales de
competencia judicial
internacional en materia
contractual***

Trabajo realizado por los alumnos del Grupo I de la asignatura “Derecho Internacional Privado” durante el Curso 2014/2015, en desarrollo del Proyecto de Innovación Docente ID2014/0155

SUMARIO

I.- Ámbito de aplicación de las normas institucionales sobre competencia judicial internacional en materia contractual

- 1.- El criterio general de aplicabilidad espacial/personal: el desconocimiento del lugar de domicilio del demandado**
Por Fernando Fínez García y Eva M^a Bravo Sanz

II.- Foros de competencia judicial internacional

1.- Sumisión expresa

- 1.1.- Litigio en materia de validez o nulidad del contrato**
Por Isabel Domínguez Mateos

- 1.2.- Atribución de competencia exclusiva**
Por Lucía Fernández López

- 1.3.- La concreción del órgano jurisdiccional competente**
Por Sergio Expósito Donoso

- 1.4.- Sumisión y subrogación**
Por Paula Bernabé Gonzalo

- 1.5.- La ausencia de domicilio del demandado en Estado miembro**
Por Cristina Domínguez Bratos

2.- Sumisión tácita

- 2.1.- La impugnación de la competencia**
Por Daniel Domínguez Palomo, Marina Flores Alonso, Vanesa Gallego Galindo, Miguel Álvarez Hernández e Irene Fombellida Martínez.

- 2.2.- Sumisión tácita y domicilio de las partes**
Por Pablo Blanco Gil y Jorge Fernández Cordón

- 2.3.- Sumisión respecto a contratos con parte débil**
Por Javier Díez Corredera

- 3.- El foro del domicilio del demandado y la imposibilidad de su determinación**
Por Sandra Andrés Diego y Ana Arias Vivas

4.- Foros especiales en materia contractual general

- 4.1.- Determinación del “lugar de entrega de las mercancías” y el “lugar de prestación de los servicios”**
Por Fernando Castilla Crego, Iñaki Arana Sierra y Laura Barbero Miguel

- 4.2.- La multiplicidad de los lugares de entrega de las mercancías o de los lugares de prestación de los servicios**
Por Cristina Domínguez Esteve y Lucía García Moreno

- 4.3.- Concepto de contrato de mercaderías: fabricantes**
Por Inés Bermejo Bartolomé

- 4.4- **Concepto de contrato de prestación de servicios: el contrato de agencia**
Por Ana Ayuso Vázquez
- 4.5- **Concepto de contrato de prestación de servicios: contrato de transporte**
Por Ana M^a Antón Muñíos
- 4.6.- **El “lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda”**
 - 4.6.1.- **Casos que no pueden ser subsumidos en la letra b) del art. 5.1 Reglamento 44/2001 (art. 7.1.b. Reglamento 12155/2012)**
Por Álvaro Acera Muñoz y Jonatan Emanuel Cuevas Robledo
 - 4.6.2.- **La ausencia de determinación en el contrato del “lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda”.**
Por Rebeca Cejas Cabrera, Carmen Anaya Marcos y Lucía Castro Solleiro
 - 4.6.3.- **Litigios referentes a la validez del contrato**
Por Vega Cortés Pérez
- 5.- **El foro especial en materia de explotación de sucursales, agencias o establecimientos secundarios**
 - 5.1.- **Ámbito de aplicación**
Por Marcos Anta Valverde
 - 5.2.- **El concepto de “sucursal, agencia o establecimiento”**
Por Cristina Blanco Sánchez y Héctor Esteban Ríos
- 6.- **Competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo**
 - 6.1.- **La aplicabilidad de los foros de vinculación procesal o “competencias derivadas”**
Por Cecilia Cuervo Nieto
 - 6.2.- **Viabilidad de la cláusula de sumisión**
Por Miryam Blanco Fraile
 - 6.3.- **El “lugar de la prestación laboral”**
Por Jaime García Arévalo
 - 6.4.- **El “lugar en que radique la agencia, sucursal o establecimiento secundario”**
Por Pablo García Sierra
- 7.- **Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por consumidores**
 - 7.1.- **La actividad “profesional” y la actividad “no profesional”**
Por Justine Degorre

7.2.- Subrogación en la posición del consumidor
Por Laura Agudo López, Isabel Fernández Triviño y Patricia Andrés Muriel

7.3.- Demandado no domiciliado en Estado miembro
Por Araceli Cordero Cadenas

7.4.- Multipropiedad o *timesharing*
Por Elisa Baz Zato

7.5.- Contratación electrónica
Por Elsa Fernando Gonzalo

7.6.- Ventas por correo con ofrecimiento de “premio”
Por Adaya María Esteban Ruiz

7.7.- Viaje combinado
Por Cristina Galán Villalba y Sherezade Cabestrero Hernández

8.- Competencia judicial internacional en materia de contratos de seguro

8.1.- Subrogación en la posición del perjudicado
Por Rebeca Alonso García

8.2.- Demandas de un asegurador contra otros aseguradores
Por Celia Bueno Hernández

8.3.- Inclusión de cláusulas de sumisión en las pólizas de seguros
Por María García de Pablos

9.- Adopción de medidas provisionales y cautelares
Por Juan Manuel de la Flor Lillo, Seila Sánchez Gil y Tania Sánchez Ahumada

III.- Problemas de aplicación

1.- Control de oficio
Por Marta Durán de la Fuente

2.- Litispendencia

2.1.- El control de la competencia del juez que conoció primero
Por Nieves Areli Rodríguez Herrera

2.2.- Atribución de la competencia mediante sumisión expresa
Por Inés Ballesteros Sánchez

I.- Ámbito de aplicación de las normas institucionales sobre competencia judicial internacional en materia contractual

1.- El criterio general de aplicabilidad espacial/personal: el desconocimiento del lugar de domicilio del demandado

Análisis de la STJUE 15 marzo 2012 (As. C-292/10), G. / Cornelius de Visser

ANTECEDENTES DE HECHO

Introducción

El asunto C-292/10 G. / Cornelius Visser que ocupa objeto de este trabajo plantea el problema de que ocurre con una resolución judicial adoptada en materia delictual o casi delictual cuando el domicilio del demandado es desconocido.

Litigio principal

El señor Visser es dueño de un dominio en internet en el que figuran distintos videos y fotografías entre los que se pueden encontrar fotografías de G. En 2003 G se puso en contacto con el señor Visser para interesarse por los servicios, Visser a través de un representante y un fotógrafo realizo a G. unas fotos para una fiesta sin dar en ningún momento su consentimiento para que este material informático fuera colgado en internet.

En el año 2009 unos compañeros de G comparando fotografías de G con las que se encontraban en internet en el dominio del Sr Visser se percataron de su gran semejanza. Se desconoce cual es el domicilio del servidor de internet del demandado

En la denominación legal del sitio web se recoge que la dirección del propietario del dominio esta situada en Terneuze (Países Bajos) y con una dirección postal en Venlo (Países Bajos) pero cuando se ha intentado notificar las actuaciones del tribunal a esta dirección todas las notificaciones han sido devueltas por ser “*Desconocido en destino*” La información legal del sitio de internet recoge como administrador del mismo a una persona domiciliada en Dortmund (Alemania) que no está recogida en la guía telefónica.

El 8 de febrero de 2010 se intenta notificar las actuaciones judiciales al señor Visser mediante edicto.

Cuestiones prejudiciales

Ante las dificultades para contactar con el demandado y que tiene dudas de la interpretación del R. 44/2001 adecuada el Landgericht Regensburg plantea varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹ orientadas a que este tribunal le clarifique si es de aplicación el régimen autónomo o si es de aplicación el régimen institucional, esto es si aquí es de aplicación el R. 44/2001 según el art. 5.3 o si no lo es por darse las circunstancias del art 4.1. Así como cuáles son los vínculos que han de determinar el foro aplicable a este caso si es materia del reglamento

Se le plantea al TJUE si en la notificación edictal hay que aplicar las disposiciones que el TJUE ha recogido en su jurisprudencia, sentencia de 7 de marzo de 1995, Shevill y otros (C-68/93, Rec. p. I-415). Así como si es contraria la normativa europea a dictar sentencias en rebeldía si hubo notificación edictal y pregunta cuál sería el régimen aplicable para su reconocimiento y ejecución.

El Landgericht Regensburg también pide que se le clarifique cual será la norma de conflicto al caso si es el art 3 de la Directiva 2000/31 o si es el derecho interno.

Finalmente el Landgericht Regensburg plantea la cuestión de cómo se tiene que determinar el lugar de donde está el prestador del servicio.

ANÁLISIS DEL FALLO

El TJUE responde a las cuestiones planteadas por el Landgericht Regensburg, estableciendo que:

El art. 4.1 del R 44/2001 con la expresión “No estuviese domiciliado” se determina que esta norma solo no es aplicable si el tribunal que conoce del caso tiene indicios suficientes para saber que el demandado no está domiciliado en un estado miembro, sin dichos indicios el R 44/2001 será de aplicación si el supuesto entra dentro de la materia regulada en dicho texto normativo que sea delictual o cuasidelictual. Lo que conlleva que el art. 4.1 del R 44/2001 no impide para este caso aplicar el art. 5.3 del mismo reglamento.

El TJUE determina en cuanto a dictar sentencia en rebeldía:

[...] al no existir regulación sistemática de los procedimientos internos por el Derecho de la Unión, corresponde a los Estados miembros, en el marco de su autonomía procesal, fijar las normas procesales aplicables a las acciones iniciadas ante sus órganos jurisdiccionales, dichas normas no deben vulnerar el Derecho de la Unión ni, en particular, el Reglamento nº 44/2001 del mismo.

De ello se deduce que, en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, un órgano jurisdiccional sólo puede tramitar, en virtud de una disposición de su Derecho nacional, un procedimiento frente a una persona en paradero desconocido si las normas de competencia fijadas por ese mismo Reglamento no se oponen a él.

En relación con los requisitos que han de respetarse en el procedimiento, ha de recordarse que todas las disposiciones del Reglamento nº 44/2001 expresan la voluntad de velar por que, en el marco de los objetivos de dicho Reglamento, los procedimientos conducentes a la adopción de resoluciones judiciales se desarrollen respetando el derecho de defensa (véanse las sentencias de 21 de mayo de 1980, Denilauler, 125/79, Rec. p. 1553, apartado 13, y de 2 de abril de 2009, Gambazzi, C-394/07, Rec. p. I-2563, apartado 23).

Esto es, la norma que hay que observar para saber si es acorde a derecho una sentencia dictada en rebeldía cuando hubo una notificación edictal es la de cada estado miembro de la Unión Europea, pero estas normas no pueden ser contrarias al derecho comunitario. El TJUE hace hincapié en que se tiene que respetar el derecho de defensa, pero no como un derecho absoluto, ya que se tiene que ponderar con el derecho a la tutela judicial del demandado. Se recuerda aquí que un tribunal tiene la posibilidad de acudir al art. 26.2 del R 44/2001 si entiende que hay un menoscabo en el derecho a la defensa.

El TJUE dice que no es posible entender una sentencia dictada en rebeldía como un título ejecutivo europeo ya que el art. 14 del R. 805/2004 prohíbe el reconocimiento de título ejecutivo europeo, por lo que se llevará a cabo el reconocimiento y ejecución de la sentencia según el régimen jurídico establecido en el art. 34 del R. 44/2001, el TJUE argumenta que se debe esto a que si pudiese ser un título ejecutivo europeo el demandado no tendría la oportunidad de oponerse al reconocimiento si la rebeldía fuera no culpable.

En cuanto al último bloque sobre la aplicación del art. 3 de la Directiva 2000/31 se establece que es necesario que se conozca el domicilio del prestador del servicio, y que este esté ubicado en territorio de un estado miembro, para que sea aplicable esta norma, para ello el tribunal que conozca el caso tiene que verificar que sea así.

Fernando Fínez García

Análisis de la STJUE 17 noviembre 2011 (As. C-327/10), Hypoteční banka a.s. / Udo Mike Lindner

Cuestión controvertida del litigio objeto de comentario

El consumidor demandado, *Udo Mike Lindner*, de nacionalidad alemana, firma en el 2005 un contrato de préstamo inmobiliario para financiar la compra de un inmueble con la persona jurídica y demandante *Hypoteční Banka, a.s.*, constituida con arreglo a la legislación checa y establecida en Praga (República Checa). En dicho contrato demandante y demandado acordaron, remitiéndose al art. 89 a de la *Občanský soudní řád¹* (OSR), que en relación con las controversias que pudieran derivarse del mismo, sería competente el tribunal de la localidad donde estuviese sito el domicilio social de la demandante (a saber, Praga). En ese momento el demandado estaba domiciliado supuestamente en *Mariánské Lázně* (República Checa).

En 2008 *Hypoteční Banka* demanda ante el órgano jurisdiccional remitente al Sr. *Lindner* reclamándole el pago de la cantidad de 4.383.584,60 CZK más los intereses de demora, correspondiente a las cuotas impagadas de un crédito hipotecario concedido a este último en virtud del contrato celebrado por las partes en 2005. Poco después, el órgano jurisdiccional remitente dictó la correspondiente resolución condenando al pago. *Hypoteční Banka* ejercitó esta acción ante el órgano jurisdiccional de competencia general correspondiente al demandado en vez de ante el pactado en el contrato alegando que cuando presento la demanda no pudo aportar el contrato original por motivos ajenos a su voluntad. El requerimiento de pago no pudo ser notificado personalmente al demandado por el órgano jurisdiccional (tal como exige el art. 173.1 de la OSR) al no residir este en ninguna de las direcciones que conocía el órgano jurisdiccional.

En atención a lo anterior, y al no averiguar otro lugar de residencia del demandado en territorio checo, el órgano jurisdiccional, en atención al art. 29 de la OSR, nombró curador para representar al demandado.

Normas jurídicas aplicable al caso.

Derecho de la Unión Europea (UE)

Carta de los Derechos Fundamentales: art. 47.1 y 2.

Reglamento 44/2001: Considerandos 2, 3, 11 y 13. Art. 2, 3, 4, 15, 16.2, 17.3, 23.5, 26, 59 y 67.

Directiva 93/13: Art. 3, 5 y 6.1.

Derecho Nacional

OSR: art. 173.1 y 29.3.

Razonamiento del Tribunal

El TJUE, después de estudiar todas las normas jurídicas antes mencionadas, sostiene que lo adecuado en este caso es aplicar el Reglamento 44/2001 ya que se cumplen los requisitos previos para su aplicación: se trata de una materia recogida, un contrato de consumo, y tiene un elemento internacional pues el demandado es nacional de otro estado miembro y se desconoce su domicilio.

Hay que tener en cuenta en primer lugar lo dispuesto en el art. 16.2 del reglamento que establece que la demanda solo podrá interponerse ante los tribunales

del estado miembro donde esté domiciliado el consumidor, así como el art. 59.1 y 2 que insta al juez nacional de verificar si el demandado se encuentra domiciliado en su país, y de no ser así, averiguar en qué otro estado se encuentra su domicilio. En el litigio planteado el juez ante el que se interpone la demanda aplica esto con diligencia, por lo que tal como dispone el tribunal, deberá hacerse una interpretación amplia del art. 16.2 entendiéndose que si se da una circunstancia como la planteada, se pueda comprender igualmente el último domicilio conocido del consumidor. Con esta solución se pretende evitar una denegación de justicia (lo cual constituye un objetivo de interés general), pues no se podría determinar la competencia, así como garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante y el derecho de defensa del demandado. Estos dos últimos derechos deben ir en equilibrio, en el litigio planteado el demandado no ha cumplido con la cláusula contractual que le obligaba a informar a la otra parte de todo cambio de domicilio, así como tampoco consta si está domiciliado en un estado miembro o no, es más, se deduce que el tribunal no tiene la menor idea de donde se encuentra, por ello, debe respetarse el derecho del demandante a que un tribunal se pronuncie acerca de sus pretensiones, porque se ha hecho todo lo posible, respetando lo exigido por el art. 26.2, para localizar al demandado y garantizar su derecho de defensa. Tal y como sostiene la sentencia *Gambazzi* en su apartado 29:

<Es cierto que no cabe concebir los derechos fundamentales, como es el caso del respeto del derecho de defensa, como prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones. No obstante, estas últimas deben responder efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se trate y no constituir, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos así garantizados.>

También cabe destacar la asignación al demandado de un curador, que si bien restringe el derecho del demandado, esta restricción se justificaría en virtud del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, y sobre todo, ante la imposibilidad, con todos los medios a disposición del tribunal, de localizar al demandado.

En cuanto al conflicto con la ley nacional de la República Checa, en concreto con el art. 173 de la OSR que dice que el pago se le deberá notificar al demandado personalmente, obviamente esto será imposible si no tiene domicilio conocido. Por otra parte, había dudas sobre la compatibilidad del art. 29.3 de la OSR, sobre asignar un curador a las personas sin domicilio conocido para la incoación de un procedimiento en su contra, y el art. 2 del Reglamento, aun así se llegó a la conclusión de que las normas nacionales no suponen una contradicción y que son perfectamente compatibles con los requisitos del derecho de la UE.

Por último, es necesario hacer una apreciación en cuanto a la pretensión de sumisión tácita al efectuar *Hypoteční Banka* la acción jurisdiccional ante el tribunal correspondiente al domicilio del demandado. El hecho de que el pacto sobre la competencia judicial establecido en el contrato no sea vinculante debido a su carácter abusivo conforme al art.3 apartados 1 y 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no afecta al pacto sobre la competencia internacional.

Decisión del Tribunal

Basándose en lo anterior, el TJUE considera que el reglamento debe regular el litigio principal y que a este tenor, los tribunales del estado miembro donde se encuentre el último domicilio del consumidor son competentes, en virtud del art. 16.2, en el caso de que no logren determinar en atención al art. 59 el domicilio actual del demandado ni dispongan de indicios probatorios que les permitan llegar a la

¹ Ley de Enjuiciamiento Civil Checa.

conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la UE.

Del mismo modo, no se opone a una disposición interna que, con el fin de no entrar en una denegación de justicia, permite la tramitación del proceso en ausencia del demandado (aunque con curador para velar en la medida de lo posible por los intereses de este) con domicilio desconocido, siempre y cuando el órgano jurisdiccional que conoce el litigio haya realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe.

Reflexiones

Según declaró el catedrático Pedro Alberto de Miguel Asensio, valga la analogía con el caso:

< El recurso al fuero del último domicilio encuentra su fundamento en el hecho de que son los tribunales de ese lugar los mejor situados para indagar las circunstancias de la desaparición, así como en el dato de que normalmente es en ese país en el que se localizan los intereses del ausente y los efectos de las medidas a adoptar (43). Por su parte, el empleo de la nacionalidad se basa en el interés estatal en controlar un aspecto tan determinante de la condición personal de sus ciudadanos, así como en la circunstancia de que se trata de una materia propia de la jurisdicción voluntaria, regida por el estatuto personal en la que la vinculación entre *forum* y *ius* es particularmente intensa (44) (...). El desarrollo de los sistemas de competencia judicial internacional a nivel comparado muestra cómo un único criterio de atribución basado en el último domicilio del ausente o en su nacionalidad no satisface las exigencias de tutela características en materia de ausencia y declaración de fallecimiento, ni permite dar respuesta eficaz a todas las situaciones de tráfico externo suscitadas en la materia (...). La evolución jurisprudencial y doctrinal de distintos sistemas demuestra que la atribución de competencia en esta materia con base sólo en el último domicilio o nacionalidad del ausente (o incluso combinando ambos) conduce con frecuencia a situaciones de denegación de justicia(48): en ocasiones, tal criterio no permite fundar la competencia de los tribunales de un país muy vinculado con la situación de ausencia, pudiendo resultar imposible obtener en el extranjero una declaración judicial sobre el particular con la eficacia necesaria; en otros supuestos, impone una carga irrazonable al promovente, en la medida en que obliga a entablar el procedimiento en un país muy distante con el que carecen de vinculación significativa las personas cuyos intereses prevalecen en la regulación material. Estas consideraciones resultan reforzadas por la tendencia a atribuir competencia en esta materia con base en la presencia de un interés digno de protección que la justifique. En este sentido, la existencia de un interés legítimo en que conozcan los tribunales del foro se configura como un fuero alternativo a la nacionalidad, caso del § 58.2 del Decreto-ley 13/1979 húngaro sobre D.I.Pr., a la última residencia, caso del art. 41 de la Ley suiza de D.I.Pr., o a la nacionalidad y la última residencia, como se prevé en la versión actual del § 12 de la Ley alemana de ausencia. Si bien las interpretaciones acerca del significado de este criterio atributivo de competencia varían(49), es claro que hace posible que los tribunales del foro conozcan en materia de declaración de ausencia y fallecimiento, para evitar casos de denegación de justicia, en aquellas situaciones en las que cabe apreciar un interés digno de protección por el ordenamiento del foro -para garantizar la certeza jurídica o dar respuesta a situaciones subordinadas a una declaración de ausencia o fallecimiento- no siendo posible -o particularmente dificultoso- obtener una resolución eficaz en un tercer país(50) o simplemente no siendo razonable exigir al promovente que inicie el procedimiento en el extranjero(51).>

En conclusión, comparto la decisión y las precisiones del Tribunal e interpreto su decisión como una especie de foro de la necesidad, en el caso expuesto la ausencia de uno de los elementos básicos de un procedimiento como es el demandado (su comparecencia o las notificaciones pertinentes cuanto menos) no debe paralizar dicho

procedimiento, no solo por una cuestión de interés público y de garantía de derechos fundamentales, como es el caso, sino también por la necesidad de resolver situaciones excepcionales sin que la paralización o incertidumbre trunquen su solución.

Bibliografía

PEDRO ALBERTO DE MIGUEL A., “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional Privado”, *Revista española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, 1995 núm 2, pp. 41-70.

Eva María Bravo Sanz

II.- Foros de competencia judicial internacional

1.- Sumisión expresa

1.1.- Litigio en materia de validez o nulidad del contrato

Análisis de la STJUE 3 julio 1997 (As. C-269/95), Francesco Benincasa / Dentalkit s.r.l.

CONSIDERACIONES GENERALES

Introducción sobre la STJUE de 3 julio de 1997

Es preciso introducir el siguiente comentario en un marco jurídico, el cual nace de la sentencia de 3 de julio de 1997, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia en la que se pide una decisión prejudicial sobre la interpretación de varios preceptos del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo «el Convenio»).

Estas cuestiones aparecen con motivo de la relación jurídica entre Dentalkit s.r.l., empresa con domicilio en Florencia, y el Sr. Benincasa, particular de nacionalidad italiana, en concreto de un contrato de franquicia celebrado entre ambas partes.

Entre los numerosos derechos y obligaciones que surgieron de tal contrato, encontramos una cláusula de sumisión, redactada en los términos muy generales, que las partes aprobaron específicamente entre ellas, en virtud de los artículos 1.341 y 1.342 del Código Civil Italiano, que establece lo siguiente:

«Para cualquier controversia sobre la interpretación, ejecución u otros aspectos del presente contrato será competentes los Tribunales de Florencia.»

Siendo esto así, el Sr. Benincasa abrió su establecimiento, abonando la cantidad inicial estipulada y efectuando varias compras que nunca llegó a pagar. Mientras tanto, cesó el negocio.

El Sr. Benincasa presentó demanda ante el Landgericht München I (Alemania), alegando la nulidad del contrato y solicitando su resolución. El Sr. Benincasa se consideraba un consumidor a los efectos de los artículos 13 y 14 del Convenio, y además consideraba ese Tribunal como competente por ser el Tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación contractual según el artículo 5.1 del Convenio. Además

alegaba que la cláusula de sumisión no era válida pues la declaración de nulidad versaba sobre todo el contrato, y por tanto, sobre dicha cláusula también.

Sin embargo, el juez alemán se declaró incompetente al considerar válida la cláusula de sumisión, y tampoco calificó el caso como un contrato celebrado por un consumidor.

El Sr. Benincasa no desistió en su empeño e interpuso recurso contra esa resolución en el Oberlandesgericht München (de nuevo ante Tribunales alemanes) y éste suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales, entre las cuales se encontraba aquella relativa a la validez de la cláusula de sumisión cuando la demanda se refiere a la nulidad del contrato en el que se incluye tal cláusula.

Distinción entre la cláusula de sumisión y las estipulaciones materiales del contrato.

En primer lugar es conveniente diferenciar entre la cláusula atributiva de competencia y las estipulaciones materiales del contrato en el que se incluye tal cláusula; pues la cláusula de sumisión se rige por lo dispuesto en el Convenio, mientras que las estipulaciones materiales del contrato, así como cualquier controversia sobre la validez de éste, se rigen por la *lex causae*, que se determina según el Derecho internacional privado del Estado del foro.

Validez de la cláusula de sumisión y su función en el Convenio.

La cláusula atributiva de competencia objeto de este comentario es formalmente válida, pactada por las partes para resolver cualquier controversia que pueda suscitarse entre las mismas sobre cualquier aspecto del contrato, incluso sobre la validez o nulidad del propio contrato en el que se incluye tal cláusula. Todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio, que establece los requisitos de forma para que sea válido:

«Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán los únicos competentes.»

Así, hablamos de una cláusula de elección de foro, y coincidiendo con la opinión del Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer², hay que reconocerles una cierta autonomía respecto del contrato en el que se incluyen.

Se trata de una cláusula que no obedece a los mismos factores económico-jurídicos en los que se basan los contratos, ni a su causa, pues la función de la cláusula de sumisión es simplemente procesal. Así, los motivos que afecten a la nulidad de los contratos no podrán afectar del mismo modo a los pactos de sumisión.

Además, la existencia sobre vicios del consentimiento no afecta necesariamente a la cláusula atributiva de competencia pues el error no recaería sobre la elección de forma expresa del Tribunal competente.

En consecuencia, lo que se quiere evitar es la multiplicación de litigios y el fraude del sistema de unidad del foro, en el cual se inspira el Convenio. No se pueden desplazar los criterios de competencia, y por ende, la aplicación del artículo 17 del Convenio por la simple alegación de la nulidad del contrato en que se inserta la

² Véase el párrafo nº73, Conclusiones del Abogado General, el Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 20 de febrero de 1997.

cláusula, pues el objetivo mismo del Convenio es unificar las reglas de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados parte, y así se impide, en tanto sea posible, la multiplicidad de criterios de competencia judicial respecto de una misma relación jurídica.

Igualmente, entre sus objetivos también está el de reforzar la protección jurídica de las personas establecidas en el territorio en el que se aplica dicho Convenio, y eso se traduce en un interés general de garantía de la seguridad jurídica a través del cual se pueda prever con certeza el fuero competente.

Como conclusión, podemos decir que prevalece la voluntad de las partes contratantes.

Al margen de la sentencia de 1997, me gustaría destacar que en la actualidad, uno de los efectos del pacto de sumisión es que la nulidad del contrato en el que se incluye tal pacto no afecta a la cláusula misma, y ello lo deja bien claro el artículo 25 del nuevo Reglamento 1215/2012 que entrará en vigor el 10 de enero de 2015. Éste artículo indica que la validez de un acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de que el contrato en la que se incluye sea inválido.

Interpretación de la cláusula de sumisión

Una vez que ha quedado clara la validez del pacto atributivo de competencia y su consideración autónoma e independiente de cualquier alegación sobre la validez del resto del contrato, podemos afirmar que el órgano jurisdiccional de un Estado contratante designado en una cláusula atributiva de competencia válidamente pactada también tiene competencia exclusiva cuando la acción tiene por objeto la declaración de nulidad del contrato en el que se contiene tal cláusula.

No obstante, la interpretación de una cláusula atributiva de competencia, para determinar qué litigios están comprendidos en su ámbito de aplicación, corresponde al Juez nacional ante el cual dicha cláusula es invocada

EL PACTO DE SUMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La sentencia de 4 de marzo de 1982; el caso de “Effer Spa”.

Se trata de un caso con un problema análogo al que se enfrentó el Tribunal de Justicia en el caso del Sr. Benincasa y Dentalkit s.r.l., sólo que en este caso se discute la existencia del contrato, y no su validez.

El caso de “Effer Spa” es referido al ámbito de aplicación del artículo 5.1 del Convenio, se planteaba si el foro territorial correspondiente al lugar de cumplimiento de la obligación contractual era aplicable cuando la controversia entre las partes giraba sobre la existencia misma, o sobre las condiciones de formación, del contrato principal.

Como solución el Tribunal de Justicia estimó que la competencia del juez nacional para decidir acerca de las cuestiones relativas a un contrato incluía la de apreciar la existencia de los elementos constitutivos del contrato en sí mismo, pues resulta indispensable para verificar si es o no competente en virtud del artículo 5 del Convenio.

Además, consideró que si se admitiera la sola alegación de una parte, sobre la inexistencia del contrato como suficiente, para impedir la aplicación de la cláusula de sumisión, se generarían graves consecuencias para la seguridad jurídica pues ello pondría en peligro la eficacia de las disposiciones del Convenio.

Por todo ello, el respeto de los objetivos y del espíritu del Convenio exige una interpretación de sus reglas que permita al juez nacional verificar incluso de oficio, las condiciones esenciales que determinan su competencia.

La sentencia de 14 de diciembre de 1977; el caso "Sanders vs. van der Putte, Recueil"

La conclusión anterior del Tribunal de Justicia es coherente además con la sentencia de 14 de diciembre de 1977 en la que se precisa la categoría "arrendamiento de inmuebles" en relación con el artículo 16.1 del Convenio, así como de las características de las llamadas competencias exclusivas. De este modo, el Tribunal de Justicia señaló que en materia de arrendamientos de inmuebles, la competencia de los Tribunales del Estado en el que está sito el inmueble subsiste aunque el objeto del litigio se refiera a la existencia del contrato de arrendamiento.

OPINIÓN PERSONAL

Desde mi punto de vista, el pacto de sumisión, formalmente válido, autónomo e independiente respecto del contrato en el que se incluye, es una consagración del principio de la autonomía de la voluntad, recogido en el artículo en el art. 1.255 del Código Civil, el cual dispone:

«Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.»

Sin embargo, en ciertas materias, los pactos de sumisión deben respetar ciertos límites de fondo y de forma con el fin de proteger a la parte débil de la relación jurídica, como por ejemplo en la contratación con consumidores³.

«La regulación de las cláusulas de sumisión expresa dada por la LEC excluye la apreciación de oficio por el Tribunal de su competencia en los litigios de consumo, obligando al demandado consumidor a proponer en forma la declinatoria.»

Para terminar, me gustaría señalar que, en respeto de los objetivos del Convenio, se debería permitir la apreciación de oficio las condiciones esenciales que determinan su competencia, y no solo sobre los contratos con consumidores, sino sobre las relaciones jurídicas en las que haya parte débil, como son los casos de *trust*, contratos de seguro y contratos individuales de trabajo.

Isabel Domínguez Mateos

1.2.- Atribución de competencia exclusiva

Análisis de la STJUE 15 noviembre 2012 (As. C-456/11), Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros / Samskip GmbH

La empresa Krones vendió a una empresa mexicana unas instalaciones y equipos para la producción de cerveza. Para la organización y realización del

³ CARBALLO FIDALGO, M., *El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores.*

transporte de dichas instalaciones y equipos desde Amberes hasta México se le encomendó tal tarea a Samskip.

El envío fue entregado a Samskip para el transporte. Ese mismo día en que recibió el envío expidió el conocimiento de embarque, un documento en el que se designaba al expedidor (Krones), destinatario (empresa mexicana), puerto de embarque (Amberes, Bélgica) y puerto de destino (Altamira, México). En este documento se recogía una cláusula por la cual se otorga competencia a los tribunales islandeses para que conocieran de toda controversia relativa al conocimiento de embarque y que esta se resolvería conforme al derecho islandés.

La empresa mexicana y las aseguradoras interpusieron demanda ante los tribunales belgas el 30 de agosto de 2007 alegando que el envío había sufrido daños durante el transporte. La empresa demandada, Samskip, no se presentó ante el rechtbank van koopphandel Antwerpen⁴. Dicho órgano resolvió a favor de las aseguradoras, sin embargo, el hof van beroep te Antwerpen⁵ modificó en apelación dicha resolución judicial mediante sentencia en la que se declaró sin competencia judicial.

La decisión de declararse sin competencia judicial se basó en que mientras la empresa mexicana carecía de legitimación activa en virtud del contrato de transporte las aseguradoras sí estaban legitimadas pero estas se encontraban vinculadas por la cláusula estipulada en el conocimiento de embarque por la cual se otorgaba competencia a los tribunales islandeses.

En septiembre de 2010 las aseguradoras por un lado, y Krones por otro, interpusieron demanda de resarcimiento de daños ante el Landgericht Bremen⁶ y Landgericht Landshut⁷ respectivamente. Conoce finalmente el Landgericht Bremen de ambas demandas. Este órgano jurisdiccional pone de relieve las alegaciones de las partes:

Por un lado, Samskip alega que las demandas no son admisibles puesto que la sentencia del hof van beroep te Antwerpen produce efectos jurídicos respecto a la declaración por la que los tribunales belgas se declaran sin competencia y respecto a declaración por la que se estima que son competentes los tribunales islandeses, basándose en los arts. 32 y 33 Reglamento 44/2001. Por otro lado, las aseguradoras alegan que esa misma sentencia sólo produce efectos jurídicos por lo que se refiere a la declaración de falta de competencia de los tribunales belgas pero no respecto a la falta de competencia de los tribunales de cualquier Estado miembro a favor de los tribunales islandeses.

El órgano jurisdiccional remitente se plantea si está obligado a reconocer la sentencia del hof van beroep te Antwerpen pues en base a la doctrina alemana la mayoría de las resoluciones de los tribunales extranjeros sobre la admisibilidad de una demanda no pueden obtener reconocimiento en Alemania. Y si en caso de que pueda obtener reconocimiento, este se extiende a los fundamentos de derecho.

A la vista de lo expuesto, el Landgericht Bremen plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante Tribunal de Justicia) las siguientes cuestiones prejudiciales:

En primer lugar, se plantea si deben interpretarse los arts. 32 y 33 del Reglamento 44/2001 de forma que el concepto de “resolución” comprenda también las resoluciones judiciales sobre la admisibilidad de las demandas.

⁴ *Rechtbank van koopphandel Antwerpen*: Juzgado de lo mercantil de Amberes.

⁵ *Hof van beroep te Antwerpen*: Tribunal de apelación de Amberes.

⁶ *Landgericht Bremen*: Tribunal alemán de Bremen.

⁷ *Landgericht Landshut*: Tribunal alemán de Landshut.

El Tribunal de Justicia responde afirmativamente a esta cuestión basándose en que la interpretación que debe darse al artículo 32 comprende un concepto amplio de resolución en el que se incluye cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro sin establecer ningún tipo de distinción en función del contenido. Añade que no se debe limitar a resoluciones que pongan fin a un litigio si no que se debe incluir dentro de este concepto también las resoluciones anteriores a la sentencia definitiva⁸.

En segundo lugar, se plantea si han de interpretarse los arts. 32 y 33 Reglamento 44/2001 en el sentido de que el concepto de “resolución” incluye una disposición por la que se niega la competencia internacional a cualquier otro Estado miembro con base en las cláusulas atributivas de competencia.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia basándose en el Considerando 2 del Reglamento 44/2001 apela a la necesidad que existe de “que se unifiquen las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil” para un reconocimiento y ejecución rápidos y simples. El Tribunal respalda que se incluya en el concepto de “resolución” previsto en el art.32 del ya nombrado reglamento aquellas disposiciones por las cuales se niegue la competencia internacional a un Estado miembro cuando esta se fundamenta en una cláusula atributiva de competencia pues en caso contrario esto supondría un impedimento a este objetivo recogido en el Considerando 2.

De este modo, el Tribunal de Justicia para responder a la primera y segunda cuestión prejudicial abogan por una interpretación amplia y por tanto, no restrictiva, del contenido del concepto de “resolución” del art.32 Reglamento 44/2001 para evitar posibles controversias. El Tribunal de Justicia basa su posición, además de lo expuesto anteriormente, en la importancia del principio de confianza recíproca entre los tribunales de los Estados miembros en lo que atañe al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones judiciales⁹.

Siguiendo con esta argumentación, los arts.34 y 35 del Reglamento también se oponen a una interpretación restrictiva del concepto de “resolución” al prever excepciones que sí han de interpretarse en sentido estricto. El art.35 en su párrafo tercero dispone que:

“No podrá procederse a la fiscalización de la competencia del tribunal del Estado miembro de origen y que el orden público no afectará a las reglas relativas a la competencia judicial”.

En tercer y último lugar, se plantea la cuestión prejudicial relativa a si han de interpretarse los arts. 32 y 33 del Reglamento de forma que los tribunales de los Estados miembros deban reconocer las resoluciones de los otros Estados miembros relativas a la eficacia de una cláusula atributiva de competencia entre las partes, con arreglo al Derecho nacional del tribunal de origen que dicta la resolución, cuando tal resolución tiene fuerza de cosa juzgada. Esto incluso aunque la resolución a este respecto forme parte de una resolución sobre la admisibilidad por la que se inadmite una demanda.

En virtud del art. 33.1 del Reglamento

“Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno”.

⁸ Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Maersk Olie & Gas*, C-39/02, Rec. p. I-9657, apartado 46

⁹ Considerandos 16 y 17 del Reglamento 44/2001.

Es debido a esta disposición que la resolución debe desplegar plenos efectos en el Estado requerido de la misma forma que lo hace en el Estado de origen de la resolución. Jurisprudencia del Tribunal¹⁰ afirma que el reconocimiento debe

“surtir el efecto de que se atribuyan a las resoluciones la autoridad y los efectos de que disfrutaban en el Estado en que se dictaron”.

Esta eficacia directa de las resoluciones en el Estado requerido es manifestación del principio de confianza recíproca que subyace al sistema establecido por el Reglamento 44/2001, principio que se exige con mayor grado cuando se trata de aplicar normas comunes en materia de competencia directa pues se trata de sistemas que están estrechamente vinculados. El reconocimiento de tales resoluciones son fruto también de la interpretación de los Considerandos 16 y 17 del Reglamento, estos preceptos justifican que el reconocimiento sea eficaz y rápido un reconocimiento en virtud del principio de confianza recíproca.

Por otro lado, admitir que el Estado requerido pueda considerar nula una cláusula atributiva de competencia cuya validez haya reconocido el tribunal del Estado de origen resultaría contrario a la prohibición de revisión de la resolución en cuanto al fondo previsto en el art. 36 del Reglamento.

Para ver si tienen competencia exclusiva el tribunal designado mediante el acuerdo de sumisión expresa hay que estar a lo dispuesto en el Reglamento 44/2001 y el nuevo Reglamento 1215/2012. El art. 23.5 Reglamento 44/2001 otorga competencia exclusiva al tribunal designado por las partes, a no ser que tal acuerdo sea nulo de pleno derecho.

Esta competencia exclusiva mediante acuerdo excluye la competencia de cualquier otro tribunal que pudiera ser competente sin embargo, el acuerdo de sumisión expresa no se controla de oficio por el tribunal ante el que se interpone la demanda si no que para que surta efecto tiene que alegarlo la parte interesada¹¹.

Así, el hof van beroep te Antwerpen modifica en apelación la resolución del rechtbank van koopphandel Antwerpen y se declara sin competencia judicial. Esta declaración por la que se declara sin competencia judicial para conocer del asunto es porque ha habido una apelación, ha habido una actuación por la parte demandada de que existe un pacto de sumisión expresa. De ahí que esa resolución por la que se declara sin competencia judicial ya sí pueda ser efectiva en los demás Estados miembros en virtud del art.32 del Reglamento 44/2001 que recoge, como hemos visto, un concepto muy amplio de “resolución” y que además, tal hecho se justifique en la existencia del principio de confianza recíproca que rige las relaciones entre los tribunales de los Estados miembros respecto del contenido y regulación del mencionado Reglamento.

En definitiva, el tribunal designado por las partes mediante un acuerdo de sumisión expresa tiene competencia exclusiva para conocer del asunto. Ello es así a no ser que la parte interesada no haga valer tal cláusula de sumisión o que, por otro lado, tal cláusula sea nula de pleno derecho por referirse a materias que son objeto de competencia exclusiva del tribunal de otros Estados miembros o por tratarse de una cláusula de sumisión global, entre otras circunstancias.

Lucía Fernández López

¹⁰ Sentencia *Hoffmann*, apartado 10.

¹¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Manual Derecho Internacional Privado*, 2012.

1.3.- La concreción del órgano jurisdiccional competente

Análisis de la STJCE 9 noviembre 2000 (As. C-387/98), Coreck Maritime GmbH / Handelsveem BV y otros

INTRODUCCIÓN

El tráfico jurídico internacional, y en concreto el mercantil, se caracterizan por regirse por el principio de la autonomía de la voluntad a la hora de llevar a cabo sus negocios económicos, aunque con algunos límites. Este principio de autonomía se refleja en la posibilidad que tienen las partes de poder pactar qué órgano jurisdiccional va a poder conocer de los litigios que se deriven entre dichas partes, así como el derecho aplicable al mismo.

Esto es, las partes en un proceso van a poder establecer una cláusula de sumisión expresa, como así viene regulado en el art. 17 Convenio Bruselas 1968 (actual art. 23.1 Reglamento Bruselas I).

ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA SOBRE EL CASO CORECK

En 1991, se enviaron un lote de cacahuetes desde China hasta el puerto de Rotterdam, en los Países Bajos, a través de un buque de una sociedad rusa que estaba domiciliada también en Rusia para cumplir con un contrato de transporte celebrado entre la empresa Coreck (domiciliada en Alemania) y el cargador “Handelsveem y otros”. En este contrato se recogían varios conocimientos de embarque en los que se establecían que: “En caso de existir algún litigio entre las partes, será resuelto en el país en el que el portador tenga su establecimiento principal y se aplicará el Derecho de este país.”

El 5 de marzo de 1993, “Handelsveem y otros” demandaron a Coreck ante el Rechtbank te Rotterdam, al tratarse del tribunal del lugar donde se tendrían que realizar la descarga de las mercancías, según lo indicado en los conocimientos de embarques. Esta demanda se interpuso con el objetivo de obtener el pago de una indemnización de daños y perjuicios. Coreck planteando, por su parte, la incompetencia del órgano jurisdiccional alegando para ello la cláusula de sumisión expresa relativa a la atribución de la competencia del litigio.

El 24 de febrero de 1995, el Rechtbank te Rotterdam excluyó la aplicación de la cláusula y se declaró competente para conocer del litigio razonando que para que dicha cláusula fuera válida se requiere que el órgano jurisdiccional se determina de forma clara, cosa que no ocurría. Ante esta situación, Coreck interpuso un recurso de apelación al Gerechtshof te's-Gravenhage en el que llegó a confirmar la sentencia dictada en primera instancia.

Ante esta situación, Coreck interpuso un recurso de casación ante el Hoge Raad der Nederlanden, el cual decidió suspender el procedimiento y plantear una serie de cuestiones prejudiciales necesarias para poder resolver el proceso.

SOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES DEL CASO CORECK

El Hoge Raad der Nederlanden plantea ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) cuatro cuestiones prejudiciales que vamos a analizar ahora de forma detallada.

Claridad del consentimiento de las partes en la cláusula de sumisión

La cuestión prejudicial aquí planteada se basa en determinar si la cláusula de sumisión debe identificar de forma clara el órgano jurisdiccional competente. El TJCE ha establecido que no puede interpretarse en tal sentido, sino que basta con que la cláusula identifique los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para determinar el tribunal competente.

Este argumento se fundamenta en el hecho de que el Juez que conoce del asunto debe subordinar la validez de la cláusula a la existencia de un consentimiento claro y al cumplimiento de los requisitos de forma exigidos en el art. 17 Convenio Bruselas 1968¹, y no respecto a la atribución de la competencia a favor de un órgano concreto². Posteriormente, analizaremos esta cuestión de forma más detallada en la conclusión del tema.

Validez de la cláusula de sumisión que designa el tribunal del lugar del domicilio principal

En esta cuestión prejudicial se plantea la posibilidad de que si es aplicable el art. 17 Convenio Bruselas 1968 a las cláusulas que atribuyen la competencia al tribunal del lugar del establecimiento principal de una de las partes, cuando no consta que dicho establecimiento se encuentra en un Estado contratante.

La jurisprudencia del TJCE ha establecido que únicamente se podrá aplicar esta disposición cuando se cumpla con dos requisitos. Por un lado, que al menos unas de las partes estén domiciliadas en un Estado miembro; y por otro lado, que la cláusula de atribución de la competencia designe el tribunal de un Estado contratante. El tribunal deberá analizar la validez de la cláusula en atención al derecho aplicable del lugar donde se encuentre la sede³.

Tipo de tercero tenedor respecto a el cual la sumisión es válida

Mediante esta cuestión se plantea si una cláusula de sumisión a un tribunal incluida en un conocimiento de embarque por un porteador y un cargador produce efectos frente a cualquier tenedor del conocimiento de embarque o es necesario que este tercero suceda al cargador en todos sus derechos y obligaciones.

El TJCE ha establecido que es necesario que el tercero tenedor del conocimiento de embarque suceda al cargador en todos sus derechos y obligaciones porque si no, sería necesario verificar que ha dado su consentimiento a dicha cláusula.

Derecho aplicable para conocer cuando el tercero tenedor ha sucedido al cargador en su posición jurídica

Esta última cuestión trata de determinar cuál es el derecho aplicable para conocer los derechos y obligaciones del tercero tenedor del conocimiento de embarque. Esta cuestión es ajena a la interpretación del Convenio, y por lo tanto incumbe de forma exclusiva al órgano jurisdiccional nacional que lo resolverá aplicando sus normas de Derecho Internacional Privado.

CONCLUSIÓN

Del tenor del art. 17 Convenio Bruselas 1968 (actual art. 23 Reglamento Bruselas I) no se puede desprender ninguna exigencia relativa a la necesidad de determinación de la formulación de la cláusula atributiva de competencia de forma clara. Sin embargo, como consecuencia de la necesidad de proteger a la parte más débil del contrato, la jurisprudencia ha establecido la necesidad de la claridad y precisión de la cláusula atributiva de competencia. Ahora bien, la exigencia de una formulación clara de la cláusula no presupone que se deba deducir del propio tenor

de la misma cuál es el tribunal competente para conocer del asunto, es decir, no implica que se haya de llegar a concretar el órgano judicial al que se quieren someter las partes, como así indica Nuria López Martínez⁴. Así, esta afirmación se ha recogido a través de la distinta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pudiendo destacar la sentencia STJCE 9 de noviembre de 2010, donde se establece que:

“No exige que una cláusula atributiva de competencia se formule de tal manera que, por su propio tenor, sea posible identificar el órgano jurisdiccional competente. Basta con que la cláusula identifique los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o tribunales a los que desean someter los litigios que hayan surgido o que puedan surgir. Estos elementos deben ser los suficientemente precisos para permitir al juez que conoce del litigio determinar si es competente, pueden ser concretados, en su caso, por las circunstancias propias de cada situación. (...)”

De este modo, la designación realizada por las partes puede no referirse directamente a la competencia judicial internacional, sino centrarse en la competencia territorial, posibilidad prevista por el art. 23.1 Reglamento Bruselas I cuando afirma que las partes hayan acordado que «un tribunal o los tribunales de un Estado miembro (un Estado vinculado por el presente Convenio)» fueren competentes, como así ha recogido el catedrático Federico F. Garau Sobrino en su obra⁵. Además, el art. 23.1 Reglamento Bruselas I no impide a las partes designar la jurisdicción de dos o más tribunales, teniendo esta designación tendría como efecto rechazar el carácter exclusivo de la competencia⁶.

Así las cosas, los criterios objetivos serán los que le permitan al tribunal ante el que se ha presentado la demanda determinar claramente cuál debe ser el tribunal competente. Si tras proceder a este análisis, no llega a una cláusula inequívoca, la cláusula atributiva de la competencia no puede declararse válida.

En definitiva, es suficiente con que el tribunal al que se le ha atribuido la competencia pueda determinarse con arreglo a la propia cláusula y a las circunstancias concretas del caso que se trata, siempre que se verifique como presupuesto previo la existencia de un acuerdo real entre las partes del contrato. De esta manera, que el consentimiento de las partes se manifieste de forma clara y precisa no hace referencia a que se pueda determinar, por medio de la cláusula, exclusivamente el tribunal competente; sino que es suficiente con que se pueda determinar a través de elementos objetivos que se deben contener en la propia cláusula de sumisión expresa.

BIBLIOGRAFÍA

Nota ¹ Sentencia de 14 de diciembre de 1976, *Estasis Salotti*, 24/76, Rec. Pp. 1831, apartado 7.

Nota ² Sentencia de 9 de noviembre de 1978, *Meeth*, 23/78, Rec. Pp. 2133, apartado 5.

Nota ³ Informe del Profesor Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO 1979, C 59, p. 71, número 176.

Nota ⁴ LÓPEZ MARTÍNEZ, N., *Competencia Judicial Internacional en Contratación mercantil desde la perspectiva de los tribunales españoles. Especial estudio en contratación con México y con China, Especialista en Derecho del Comercio Internacional*, Edición 2012-2013, pp.41-42.

Nota ⁵ GARAU SOBRINO, F.F., “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional Español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, Nº 2, Octubre 2010, pp. 52-91.

Nota ⁶ STJCE 9 noviembre 1978, *Meeth*, 23/78, Rec. 1978, pp. 2133, ap. 5.

STJCE de 9 de noviembre de 2000(As. C-37/98), *Coreck Maritime GmbH/Handelsveem BV* y otros.

Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert Alber, presentadas el 23 de marzo de 2000, pp.7-12.

Sergio Expósito Donoso

1.4.- Sumisión y subrogación

Análisis de la STJUE 7 febrero 2013 (As. C-543/10), Refcomp SpA /Axa Corporate Solutions Assurance SA y otros

INTRODUCCIÓN

El tema que abordaré trata la cuestión de las cláusulas atributivas de competencia en el ámbito internacional cuando afectan a terceros. El estudio del tema lo realizaré atendiendo principalmente al Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al actual Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basándome concretamente en la STJUE de 7 de febrero de 2013.

STJUE DE 7 DE FEBRERO DE 2013 (AS. C-543/10)

Hechos

Doumer SNC, sociedad asegurada por Axa Corporate (esta última domiciliada en París y que posteriormente se subrogará en el lugar de la primera), encarga la realización de unas determinadas obras en las que se instalan unas unidades de climatización equiparadas con compresores. Dichos compresores son fabricados por Refcomp (domiciliada en Italia), comprados y montados por Climaveneta (domiciliada también en Italia) y, posteriormente, suministrados a Doumer por la sociedad Liberty (en cuyos derechos se subrogó Emerson, sociedad domiciliada en Francia y asegurada por Axa France IARD).

Cuestión litigiosa y recorrido jurisprudencial

El litigio comienza cuando se producen ciertas averías en el sistema de climatización y a través de un peritaje judicial se determina que es debido a un defecto de fabricación de los compresores. En este momento, Axa Corporate denuncia: al fabricante Refcomp, al montador Climaveneta, y al suministrador Emerson ante el Tribunal de grande instance de París.

Refcomp impugna la competencia de los tribunales franceses alegando una cláusula atributiva de competencia a los tribunales italianos contenida en el contrato

celebrado entre ella y Climaveneta (es decir, se alega un pacto de sumisión expresa realizado entre el fabricante y el primer adquirente, frente al subadquirente).

El asunto concluye con la suspensión del procedimiento y el planteamiento por parte de La Cour de Cassation de determinadas cuestiones prejudiciales.

Cuestiones prejudiciales

A pesar de que el Tribunal francés plantee dos cuestiones prejudiciales, me centraré solo en la primera, pues incluso el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la segunda.

La pregunta clave es la siguiente: ¿produce efectos frente al subadquirente una cláusula atributiva de competencia pactada en una cadena comunitaria de contratos, entre un fabricante de un bien y un comprador, de conformidad con el art. 23 del Reglamento? Cabe mencionar que en este caso se refiere a cláusulas pactadas con vistas a un futuro litigio.

EL PACTO DE SUMISIÓN EXPRESA FRENTE A TERCEROS

Observaciones preliminares

Similitud del Convenio de Bruselas con el Reglamento 44/2001

Debemos señalar que, dado que el Convenio de 27 de septiembre de 1968 es sustituido en las relaciones entre los Estados miembros por el Reglamento 44/2001, ha sido reiterada la jurisprudencia que señala la validez de la interpretación que se haya realizado del primero para el Reglamento, en determinados casos:

<<En la medida en que el Reglamento nº 44/2001 sustituyó, en las relaciones entre los Estados miembros, al Convenio de Bruselas, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones de dicho Convenio es igualmente válida para las del citado Reglamento, cuando las normas de estos instrumentos puedan calificarse de equivalentes>>¹²

Por lo que concierne al tema que atenderemos, el art. 17.1 del Convenio de Bruselas es similar al art. 23.1 del Reglamento 44/2001.

¿Remisión al Derecho nacional?

Podemos encontrarnos con una posible remisión al Derecho nacional en la resolución de cuestiones internacionales, sin embargo, el Tribunal de Justicia tiene declarado que los conceptos utilizados en el Reglamento deben interpretarse de una forma autónoma. Esto debe ser así para asegurar una plena eficacia y una aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembros, uniformidad que ha sido establecida como uno de los objetivos del Reglamento 44/2001.

Impacto económico

Parte de la gran importancia de la resolución de la cuestión prejudicial planteada, es la frecuencia con la que se establecen este tipo de pactos en el comercio internacional. Así lo ha señalado la Comisión:

<<La gran mayoría de las empresas de la UE que intervienen en intercambios comerciales transfronterizos recurren a acuerdos de elección de foro>>¹³

¹² STJUE de 25 de octubre de 2012 as. C- 133/12 *Folien Fischer C Ritrama SpA*.

¹³ Véase el trabajo de la Comisión de 14 de diciembre de 2010: "Resumen de la evaluación del impacto".

Requisitos previos

Tal y como establece Pilar Jiménez Blanco en uno de sus trabajos:

“Saber si un tercero puede resultar beneficiado por un convenio atributivo de competencia requiere, como cuestión previa, verificar la existencia de un verdadero convenio atributivo de competencia”¹⁴

Es por ello, que antes de entrar en la materia en cuestión tenemos que hablar de los requisitos necesarios para que exista un pacto de sumisión expresa válido, requisitos que mencionaré de forma resumida:

- Que una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro de la Unión.
- Que exista un consentimiento efectivo entre las partes que establecen el acuerdo.
- Que se cumplan los requisitos formales del art. 23 Reglamento 44/2001.

La sumisión en el conocimiento de embarque

El Conocimiento de Embarque es uno de los supuestos en los que el Tribunal de Justicia ha reconocido que una cláusula atributiva de competencia puede producir efectos jurídicos conforme a un tercero que no ha prestado formalmente su consentimiento. Hay dos medios para que un tercero tenedor quede vinculado por la cláusula de elección de foro contenida en un conocimiento de embarque¹⁵:

- a) Involuntario: se produce por virtud del mecanismo de la sucesión en los derechos y obligaciones de una de las partes originarias. Requisitos establecidos por el TJUE: 1) Que dicha cláusula fuese válida a efectos del art 17 CB. 2) Que conforme con el Derecho nacional aplicable, el tenedor al adquirir el conocimiento hubiese sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones.
- b) Voluntario: cuando conforme con el derecho nacional aplicable el tercero tenedor no se subroga en los derechos y obligaciones del cargador, la única vía posible para que pueda oponerse la cláusula de elección de foro inserta en el conocimiento es que sea consentida por el tercero, es decir, la aceptación.¹⁶

La sumisión en la suscripción a una sociedad

El Tribunal de Justicia ha reconocido que la aprobación de una cláusula atributiva de competencia puede producir efectos con respecto a una persona que no haya prestado formalmente su consentimiento, en el caso de la adhesión a los estatutos de una sociedad. El fundamento de esto se encuentra en que dicha adhesión crea entre el accionista y la sociedad, así como entre los propios accionistas es una relación que debe considerarse contractual. En este sentido cabe citar lo siguiente, sobre el asunto *Powel Duffryn*¹⁷:

“Al convertirse o continuar siendo accionista de una sociedad, el accionista consiente en someterse a la totalidad de pactos que figuran en los Estatutos sociales y

¹⁴ JIMÉNEZ BLANCO, P., *El Contrato internacional a favor de tercero*, USC.

¹⁵ Véase: CORDERO ÁLVARO, CI. “La cláusula atributiva de jurisdicción en el conocimiento de embarque”, *Anuario jurídico y Económico Escorialense*, XLI (2008) 197-232/ISSN: 1133-3677.

¹⁶ En este caso hay opiniones contrarias como la del Abogado General Siegber, según el cual sería necesario la celebración de un nuevo acuerdo escrito o un acuerdo escrito confirmatorio del anterior.

¹⁷ STJCE de 10 de Marzo de 1992 as. C-214/89 *Powell Duffryn plc C Wolfgang Petereit*.

a los acuerdos adoptados por los órganos sociales, de conformidad con las disposiciones del Derecho nacional aplicable y de los Estatutos, aunque algunos de tales pactos o acuerdos no obtengan su aprobación”.

La sumisión en la sucesión de contratos

Cuando hablamos de una cadena de contratos de transmisión de la propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, la relación de sucesión entre el adquirente inicial y el subadquirente, no puede reducirse a una transmisión de un contrato único. Tal y como establece el Tribunal de Justicia en el asunto Handte¹⁸:

<<En el supuesto de una cadena de contratos internacionales, las obligaciones contractuales de las partes pueden variar de un contrato a otro, de modo que los derechos contractuales que el subadquirente puede invocar frente a su vendedor inmediato no son necesariamente los mismos que los asumidos por el fabricante en sus relaciones con el primer comprador>>

Podemos afirmar que esta relación no se comprende dentro del concepto autónomo <<materia contractual>> establecido en el art. 5.1 Reglamento 44/2001, algo que se reafirma en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La cláusula atributiva de competencia incluida en un contratos solo puede producir efectos entre las partes que prestaron su acuerdo a la celebración de ese contrato, por lo que, en este caso, el acuerdo de sumisión no producirá efectos frente al tercero. Para que la cláusula pueda invocarse frente a un tercero, es necesario, en principio, que este haya prestado su consentimiento.

CONCLUSIONES

Conclusiones generales

Para que un acuerdo de sumisión expresa produzca efectos frente a un tercero, es necesario que exista un consentimiento formalmente expresado por éste, sin perjuicio de que nos encontremos casos excepcionales en los que dicho consentimiento no se precisa, como por ejemplo en el conocimiento de embarque o en la adhesión a los estatutos de una sociedad.

Solución al caso particular

La cláusula atributiva de competencia pactada entre Refcomp (fabricante) y Climaveneta (adquirente), no podrá ser invocada frente a Axa Corporate (subadquirente), pues no consta que este prestara su consentimiento efectivo sobre dicha cláusula.

Paula Bernabé Gonzalo

¹⁸ STJCE de 17 de junio de 1992 as. C-26/91 *Jakob Handte C Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*.

1.5.- La ausencia de domicilio del demandado en Estado miembro

Análisis de la STJUE 15 noviembre 2012, Sala 3ª (As. C-456/11), Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros / Samskip GmbH

PLANTEAMIENTO INICIAL

Análisis legislativo:

Cuando se nos habla de sumisión de forma genérica debemos hacer alusión tanto a la sumisión tácita como a la sumisión expresa, de este modo analizaremos la sumisión expresa de art. 23 del Reglamento 44/2001 y la sumisión tácita del art. 24 Reglamento 44/2001. Por lo tanto veremos por separado cada una de las dos posibilidades pero *sin entrar a valorar aún* la jurisprudencia que nos ocupa:

Sumisión expresa del art. 23 Reglamento 44/2001 y art. 25 Reglamento 1215/2012

Como sabemos dentro de los requisitos de aplicabilidad de la sumisión expresa es que alguna de las partes esté domiciliada en un estado parte del Reglamento 44/2001 o del Convenio de Lugano 2007. El problema que se nos plantea es un pacto de sumisión (en este caso expresa), hecho a favor de los tribunales de un estado NO miembro (Islandia), por parte de las partes cuando el demandante está domiciliado en un estado miembro y el demandado no está domiciliado en un estado miembro. Si atendemos al art. 23 del citado reglamento, vemos como solo es obligatorio que alguna de las partes tenga domicilio en un estado miembro.

Pero además, si atendemos al nuevo Reglamento 1215/2012 en su art. 25 exime de este requisito del domicilio de alguna de las partes en un estado miembro, es decir la sumisión expresa en el nuevo reglamento se aplica con independencia del domicilio de las partes. Además, destacar el efecto de prórroga del foro de sumisión expresa, que supone una atribución de la competencia judicial internacional a los tribunales de un estado miembro, que de otra forma no serían competentes. Por otro lado, el efecto de derogación del foro conlleva la exclusión de la competencia judicial internacional de cualquier tribunal que sería competente si no existiera este pacto.

Sumisión tácita del art. 24 Reglamento 44/2001

En cuanto a la sumisión tácita, el TJUE ha recogido reiteradas veces que opera con independencia del domicilio de las partes, no obstante un sector de la doctrina estima que debería de exigirse de forma paralela a lo que dispone el art. 23 Reglamento 44/2001 en cuanto a la sumisión expresa, debiendo exigirse en la sumisión tácita que alguna de las partes estuviera domiciliada en un estado miembro, pero no se contempla. El efecto que conlleva, es la competencia judicial internacional del estado donde se ha interpuesto la demanda, por el hecho de que el demandado ha contestado a la misma.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL CONCRETO

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 15 de noviembre de 2012, en relación con los problemas y litigios potencialmente objeto de la competencia

En relación con la jurisprudencia a analizar, empezaremos por analizar el núcleo central de la sentencia que nos ocupa, y así pues:

- La sociedad alemana Krones AG, vendió equipos de producción de cerveza a una empresa mexicana, y por tal motivo encomendó a Samskip GmbH (filial alemana de Samskip Holding BV), una empresa de logística y transporte establecida en Rotterdam (P. Bajos), pero constituida en Islandia, realizar el transporte de los quipos de cerveza desde Bélgica a México. Destacar el conocimiento de embarque el cual recogía una cláusula atribuyendo la competencia a los tribunales islandeses.

- Posteriormente, se alegó que la carga había sufrido daños durante dicho transporte, así una de las aseguradoras de Krones AG (Gothaer) y el destinatario entre otros, demandaron a Samskip GmbH ante los tribunales de Bélgica, el día 30 de Agosto de 2007. Tal es así que los tribunales belgas declararon en el fallo carecer de competencia, pues la cláusula de conocimiento de embarque por la que se atribuía competencia a los órganos jurisdiccionales islandeses era válida, y las partes estaban obligadas a respetarla.

- Krones AG y su aseguradora Gothaer junto con otros, presentaron otra demanda de indemnización, pero esta vez ante los tribunales alemanes, los cuales ante las diversas dudas surgidas de la resolución belga suspendieron el procedimiento por resolución y plantearon una cuestión prejudicial. Se plantearon varias cuestiones prejudiciales al TJUE que entramos a valorar:

- *Comprobar si los arts. 32 y 33 Reglamento 44/2001 se deben interpretar o no, en el sentido de que el órgano al que se solicita el reconocimiento de una resolución, mediante la cual otro órgano de un estado miembro ha declinado su propia competencia, basándose en un clausula de sumisión expresa, y así comprobar la validez de dicha cláusula.*

Para la resolución de esta primera cuestión prejudicial partimos de una afirmación hecha por parte del Abogado General YBES – BOT, correspondiente a sus conclusiones, como es la siguiente:

“A mi juicio, la resolución por la que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se ha pronunciado sobre su competencia después de examinar la validez y el alcance de una cláusula de prórroga de competencia no es, en el sistema de reconocimiento y ejecución previsto en el Reglamento 44/2001, una resolución como las demás y debe, habida cuenta de sus particularidades, producir un efecto extraterritorial específico, uniforme y autónomo” y por otro lado “Estimo además que el efecto vinculante inherente a la resolución de incompetencia debe extenderse necesariamente a la declaración relativa a la validez y al alcance de la cláusula de prórroga de competencia, con independencia de la fuerza de cosa juzgada que se atribuya o no a esa declaración en la legislación nacional del Estado miembro de origen o del Estado miembro requerido”¹⁹.

Después de todo un análisis profundo de todos los puntos claves, tanto de la sentencia que venimos comentando como de las conclusiones y comentarios del Abogado Gneral YBES – BOT, tengo que llegar a la conclusión siguiente: cuando un órgano jurisdiccional del estado miembro de origen se declara incompetente habiéndose pronunciado sobre la validez de una cláusula de sumisión expresa que prorroga la competencia, en la propia motivación de la resolución, el órgano del estado miembro requerido queda vinculado por esa declaración, sin tener en este punto en cuenta la fuerza de cosa juzgada que le pueda atribuir tanto el estado miembro requerido como el estado de origen.

¹⁹ Apartados 66 y 68 de las conclusiones del Abogado General Sr. YVES – BOT de 6 de septiembre de 2012 en relación con el caso *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros contra Samskip GmbH*.

En este punto llegamos a una excepción, y es que la solución a la ésta cuestión prejudicial será así, salvo en los supuestos en que el art. 35.3 Reglamento 44/2001 autorice al propio órgano jurisdiccional a fiscalizar la competencia del órgano jurisdiccional del estado miembro de origen²⁰.

Pese a todo lo anterior debemos tener muy en cuenta que la cláusula de sumisión expresa recogida otorga la competencia a un estado no miembro como es Islandia, por lo tanto a priori tal cláusula no sería aplicable al litigio de la sentencia que nos ocupa, y a este tenor debemos tener en cuenta el Convenio de Lugano 2007 del que si es miembro Islandia, ya que en su art. 23 recoge una disposición idéntica a la del art. 23 Reglamento 44/2001. Así en el supuesto de que el tribunal del Estado miembro de origen, en el marco del examen de su propia competencia, haya declarado la validez de una cláusula atributiva de competencia de ese tipo, resultaría contrario al principio de confianza recíproca en la justicia dentro de la Unión Europea que un tribunal del Estado miembro requerido examine de nuevo esa misma cuestión de validez.

Por últimos, del art. 36 Reglamento 44/2001 resulta que, la resolución del tribunal del estado miembro de origen en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo, de conformidad con el PRINCIPIO DE CONFIANZA RECÍPROCA. Es más, según el informe del Sr. Jénard: “la ausencia de revisión en cuanto al fondo implica una plena confianza en el órgano jurisdiccional del Estado de origen; esta confianza en que la resolución se ajusta a derecho deberá normalmente extenderse a la aplicación que el juez ha hecho de las reglas de competencia [armonizadas]”.

o Comprobar por otro lado, si el “concepto” de resolución en relación con el art. 32 Reglamento 44/2001, es o no, una decisión mediante la cual un órgano jurisdiccional de un estado miembro declina su propia competencia basándose en una cláusula de sumisión expresa pese a que dicha cláusula es tomada en cuenta como una “resolución sobre la admisibilidad” en el estado miembro requerido.

Las resoluciones sobre admisibilidad relativas a la apreciación de la competencia o falta de ésta deberían considerarse susceptibles de reconocimiento (el principio de ampliación de los efectos, obra del TJUE que afecta a las resoluciones sobre el fondo, puede aplicarse a una resolución de admisibilidad o no, por la que un tribunal de origen se declara competente o no)²¹. Es más, determinar si una decisión puede o no ser reconocida no debe depender de la calificación jurídica que le otorguen ni el estado de origen ni el estado requerido. Además una resolución se considera tal en relación con el art. 32 Reglamento 44/2001 si reúne ciertos requisitos, que han sido determinados de forma jurisprudencial, como son:

- Resoluciones que procedan de un órgano jurisprudencial que actúe de forma independiente del resto de órganos y sea imparcial. Y el órgano que la dicte tenga una función decisoria.

- Que el procedimiento anterior a la adopción de dicha resoluciones haya respetado el derecho de defensa de las partes.

En base a todo lo anterior, debemos entender comprendida en el concepto de resolución del art. 32 Reglamento 44/2001 o Convenio de Lugano 2007, la decisión mediante la cual un órgano de un estado miembro se pronuncia sobre su propia competencia judicial internacional y tanto si se declara incompetente como

²⁰ Apartados 40 y 41 de la STJUE de 15 de noviembre de 2012 en el caso *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros contra Samskip GmbH*.

²¹ Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones en materia mercantil y civil elaborado por el Sr. Jénard.

competente²², y claro está, con independencia de la calificación que se le pueda dar por el derecho del estado requerido.

IDEAS PRINCIPALES Y CONCLUSIONES

De todo lo anterior y el análisis que he realizado a lo largo de todo el documento, junto con la ayuda de la jurisprudencia ya señalada, llego a las siguientes conclusiones sobre si resulta o no aplicable el foro de sumisión cuando el demandado no está domiciliado en un estado miembro. Así debemos diferenciar entre dos supuestos muy semejantes que pueden llevarnos a error:

Una cosa es atribuir la competencia a los tribunales de un estado no miembro

Como sabemos la sumisión expresa del art. 23 Reglamento 44/2001 exige dentro de sus requisitos de aplicabilidad que el pacto de sumisión atribuya la competencia a los tribunales de un estado miembro. Pues bien, la sumisión realizada a favor de tribunales de terceros estados (estados no miembros), tiene efectos jurídicos propios, y debe respetarse siempre que se ajuste a las normas de competencia judicial internacional internas del estado miembro en cuestión. Por lo tanto la competencia de los estados miembros del Reglamento 44/2001 puede quedar derogada debido a una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de un estado no miembro cuyos tribunales conocen del asunto²³. Es más, esto puede traer consecuencias positivas pues se respetan las expectativas y la voluntad de las partes, y refuerza condiciones y relaciones económicas internacionales.

Otra cosa es que el demandado NO esté domiciliado en un estado miembro

Igualmente también se recoge dentro de los requisitos de aplicabilidad de la sumisión expresa del art. 23 Reglamento 44/2001 que alguna de las partes del acuerdo esté domiciliada en un estado parte del Reglamento o Convenio de Lugano. Si bien si atendemos al caso se nos ocupa, se nos pregunta sobre la relevancia de que el demandado esté domiciliado en un estado no parte, pero del demandante no se nos indica nada, y por lo tanto pudiendo estar el demandante domiciliado en un estado parte no afectaría que el demandado no lo estuviera.

En cualquier caso y para terminar, los tribunales de los demás estados miembros del Reglamento 44/2001 solo podrían conocer del litigio cuando el tribunal designado hubiere declinado su competencia. Es decir, el tribunal designado por las partes deberá determinar con arreglo a sus propias normas de derecho internacional privado, si el acuerdo de sumisión en su favor es válido o no. En el caso de que el acuerdo no lo sea y el tribunal designado por las partes así lo corrobore, los demás estados miembros del Reglamento 44/2001 podrán, si disponen de un foro de competencia previsto en su derecho internacional privado, claro está, entrar a conocer del caso²⁴.

Es decir, resultará aplicable el foro de sumisión cuando el demandado no está domiciliado en un estado miembro, cuando el tribunal designado por las partes estime válida tal cláusula de sumisión a su favor. Por último, decir que en el nuevo Reglamento 1215/2012 estos supuestos quedarían excluidos de su ámbito de aplicación puesto que solamente se contempla la sumisión a los órganos jurisdiccionales de estados miembros.

Cristina Domínguez Bratos

²² Apartado 31 y 32 de la STJUE de 15 de noviembre de 2012 en el caso *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros contra Samskip GmbH*.

²³ STJCE 9 noviembre 2000, *Coreck*.

²⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ. J y CALVO CARAVACA. A. *Derecho Internacional Privado*, Vol. I.14^a ed. Editorial Comares, p 233.

2.- Sumisión tácita

2.1.- La impugnación de la competencia

Análisis de la STJCE 7 marzo 1985 (As. 48/84), Hannelore Spitzley / Sommer Exploitation SA

Relato sucinto de los hechos

Esta sentencia supone un punto de inflexión en materia competencia y sumisión tácita dentro del régimen institucional del DIPr, y más especialmente a la hora determinar si la mera comparecencia del demandado ante un tribunal (aunque en este caso con particularidades) supone de manera automática su sumisión tácita al mismo. Así, se expone un caso relativo a un contrato celebrado entre dos partes en 1976, figurando en el mismo una cláusula de sumisión expresa a los tribunales franceses, asumida de conformidad por las partes en los términos del ya caduco artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 (y que encuentra su homólogo en el actual artículo 23 del Reglamento 44/2001), que decía así:

“El contrato se regirá por el derecho francés. Para conocer de todos los posibles litigios, derivados del presente contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales competentes para el domicilio social” de la parte demandante; Sommer.

De esta forma y a priori, todo parece indicar que cualquier litigio resultante de dicho contrato será competencia de tribunales franceses. Pero los hechos discurren del siguiente modo:

- Sommer demanda ante tribunales alemanes a Spitzley por razón de una deuda contraída y debida a la parte demandante.

- Sin embargo, y es aquí donde reside la controversia, Spitzley como parte demandada exige dentro del mismo procedimiento una compensación de la deuda a tenor de ciertas comisiones pendientes de pago por parte de Sommer. Comisiones relativas al contrato de 1976, cuyos conflictos debían verse resueltos ante órganos jurisdiccionales franceses.

En este punto, Sommer, ignoramos si con cierto desconocimiento o bien deliberadamente, decide replicar a la petición de las comisiones rebatiendo argumentos de fondo; sin ánimo alguno de impugnar la competencia de los tribunales alemanes con arreglo a la cláusula antes citada, y que estaban conociendo hasta el momento de todo el asunto. Parecería que en estas circunstancias, cabe la aplicación del artículo 18 del Convenio de Bruselas (equivalente al artículo 24 del Reglamento 44/2001). Esto es, la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior²⁵. Sommer, pareciera haber perdido la posibilidad de reclamar la competencia

²⁵ CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I (6ª edición, editorial comares), pg. 98.

de los tribunales franceses al someterse tácitamente a los tribunales alemanes respecto a la petición de compensación, al responder sobre el fondo sin plantear una declinatoria. En otras palabras, compareciendo sin impugnar la competencia. Puede decirse que existe un “curso de voluntades” entre ambas partes en el sentido de litigar ante un concreto tribunal²⁶.

Sin embargo, cabe preguntarse si el artículo 18 y a tenor de su lectura literal, expresa que la sumisión tácita únicamente puede darse por la parte demandada. Y así hizo el tribunal alemán, que preguntó prejudicialmente a este respecto al TJUE. Es decir, si a Sommer en su condición de demandante también puede aplicársele este artículo 18. Destacar primeramente que este artículo permite la sumisión tácita siempre que el demandado comparezca ante el tribunal del litigio²⁷ y no se cumpla alguna de las dos excepciones en él contenidas; así leemos:

“(…) el juez de un Estado contratante ante el que comparezca el demandado será competente. Esta regla no será aplicable si la comparecencia tiene por objeto cuestionar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente”.

Decisión del tribunal

La solución al caso resulta clara: Independientemente del tenor literal del artículo 18, se desprende del espíritu del convenio y conforme a razones de economía procesal (en particular, el apartado 3 del artículo 6) ²⁸ que la sumisión tácita debe prevalecer sobre la expresa en estas circunstancias, aun siendo Sommer el demandante inicial. Porque tal y como alegan en las observaciones Reino Unido o la República Federal de Alemania, en el marco de una reconvencción o en este caso, solicitud de compensación de la deuda dentro del mismo proceso, se sitúa a la parte que inicialmente demandó en una situación homologa a la de un demandado:

“(…) el demandante que, ante una petición de compensación formulada por el demandado (...) sin que impugne la competencia del Juez que conoce del asunto, se encuentra en una posición equivalente a aquella, expresamente prevista por el artículo 18”²⁹

Es decir, Sommer al comparecer, cuenta con la potestad de impugnar la competencia del tribunal que conoce de esa reconvencción o compensación, si tiene argumentos para ello. Pudo ciertamente plantear una declinatoria, pero en vez de ello, alegó razones de fondo para no aceptar la solicitud de compensación. Tácitamente asumió la competencia de los tribunales alemanes siendo de aplicación el artículo 18, y aun cuando fue la parte demandante del proceso inicial. Ello no resulta óbice para que una defensa sobre el fondo sea posible prevaleciendo la sumisión expresa, pero siempre que se plantee de manera subsidiaria a la impugnación de la competencia, cosa que en este caso no sucede. Por tanto:

“Si la defensa sobre el fondo no es subsidiaria, existe, claramente, voluntad del demandado de litigar ante el tribunal en cuestión, y existe, sin duda, sumisión tácita en el sentido del art. 24 Reglamento 44/2001 (homologable al art. 18 del Convenio)”³⁰

²⁶ CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Sumisión Tácita como foro de Competencia Judicial Internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000”, pgs. 54 y 55.

²⁷ Idem, La comparecencia de esta forma presenta dos vertientes: Un ‘núcleo duro’ que supone un concepto autónomo del Reglamento 44/2001 y que debe ser entendido como la “presencia legal del demandado en el proceso, presencia que lo faculta para ejercer los actos procesales que le corresponden como parte en el proceso” y una ‘esfera externa’ determinada por la ley procesal nacional del país donde se sitúe el tribunal. Pg. 55.

²⁸ Idem, Si bien, Caravaca y Carrascosa destacan en su artículo, que a mayores de la razón de economía procesal, otras como la ‘unidad jurisdiccional de litigios’ o la ‘elección del mejor tribunal’ se postulan también como ventajas de la sumisión tácita frente a la expresa. Pg. 51.

²⁹ Leer detenidamente el Considerando 19 de la sentencia analizada, “Spitzley c. Sommer”, as. 48/84.

³⁰ CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *supra* 2, pg. 59.

Una vez superada la mayor dificultad del caso, cabría prestar atención a la segunda pregunta prejudicial planteada por los tribunales alemanes. Sin embargo, tal y como se encarga de clarificar el abogado general en sus conclusiones, la pregunta carece de riguroso sentido, al interpretar el tribunal alemán de manera equívoca que la cláusula de sumisión expresa citada al comienzo del trabajo contenía un prohibición de compensar.

Otro punto sobre el cual se extiende en gran medida la sala, es el relativo a la prevalencia y fuerza de los acuerdos celebrados por las partes para elegir la competencia. Ciertamente es, como muy bien resume la República Federal de Alemania en sus observaciones, que el principio de libertad de elección resulta primordial y podría inferirse que los acuerdos expresos celebrados por las partes en ejercicio de ese principio parecen verse amenazados por la sumisión tácita. Nada más lejos de la realidad, la sumisión tácita no hace más que dar satisfacción a esa libertad de elección. Desde la perspectiva del Reglamento 44/2001 (y del Convenio de Bruselas entendemos), la sumisión tácita es un caso de “prorrogación tácita” y no un “acto procesal unilateral”³¹. De esta forma, la prevalencia de la sumisión tácita ante la comparecencia del demandado sobre pactos expresos es evidente salvo en los casos ya citados expresamente en el artículo 18, a saber: a) Se impugne la competencia b) Exista un foro de competencia exclusiva.

Y resulta claro que el artículo 17 no supone una excepción al 18; la aplicación del artículo 18 no decae porque exista un acuerdo expreso, pues esa es su principal misión; prevalecer sobre la sumisión expresa. La STJUE de 24 de junio de 1981, Schuh, evidencia que “el artículo 17 no impide que las partes puedan descartar una cláusula atributiva de competencia sometiéndose a la jurisdicción de otro tribunal”³². Llegamos paradójicamente a la conclusión de que el principio de libertad de elección es también inspirador del artículo 18, puesto que este queda motivado bajo la posibilidad de cualquiera de las partes decida optar deliberadamente por otros tribunales distintos de los designados en la cláusula expresa³³.

“Las partes siguen siendo libres para modificar la elección del foro (...) estas últimas pueden decidir no aplicar la cláusula atributiva de competencia que convinieran”³⁴

Además, la Comisión también realizó observaciones en el caso, y aportó lo que a mi juicio resultan las claves en la aplicación del artículo 18 y la consecuente sumisión tácita a favor de los tribunales alemanes. Así, estos cuatro puntos esquematizan de forma simple el desarrollo de la sentencia y las razones que la sustentan. Son: a) La conducta del demandante, alegando argumentos sobre el fondo sin impugnar la competencia b) Conveniencia procesal, especialmente en materia de aportación de pruebas c) La ampliación al demandante de los términos del artículo 18 satisface el objetivo de extender el ámbito de aplicación de estas disposiciones relativas a la competencia a efectos de mejorar la libertad de las partes y d) No se produce menoscabo en las garantías procesales.

Conclusiones

Puede decirse que la sentencia resulta sencilla en su contenido y propuestas. Si bien, deja claro cuáles son las relaciones que guardan entre sí dos mecanismos jurídicos de atribución de la competencia internacional como son la sumisión tácita y la sumisión expresa por acuerdo de las partes. Resulta así imprescindible para seguir

³¹ *Idem*, pg. 53.

³² Conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn, asunto 48/84, pg. 392.

³³ A estos efectos, véase la STJUE de 9 de noviembre de 1978, Meeth, asunto 23/78, utilizada de manera asidua en las observaciones de Reino Unido.

³⁴ Conclusiones del Abogado General, *supra* 6, pg. 392.

pudiendo ejercitar la sumisión expresa, impugnar la competencia cuando se tiene oportunidad con independencia de la posición que se ocupe en el litigio, pues el espíritu del Convenio de Bruselas de 1968, y hoy día, del Reglamento 44/2001, favorecen la flexibilidad de elección de tribunal por las partes, incluso cuando estas han suscrito un acuerdo común. El ánimo de estos instrumentos siempre será ofrecer la oportunidad de plantear la declinatoria, pero una vez no se ha cumplido con ese requisito, se asume la aceptación de la competencia del tribunal que conoce del asunto.

Y decimos con independencia de la posición que se ocupe en el litigio, porque el “demandado reconvencional” se va a encontrar en una posición asimilable a la del propio demandado en cuanto a la aplicación del artículo 18 del Convenio y la necesidad de que impugne la competencia. Es decir, la jurisprudencia no encuentra grandes impedimentos en ceder prioridad a la sumisión tácita, aunque con ello deba reinterpretar el sentido literal de la norma. Esto coincide con lo explicitado por Caravaca y Carrascosa cuando argumentan que el “Reglamento 44/2001 potencia el foro de sumisión tácita, exigiendo a la misma, escasos límites de fondo y forma”³⁵. Es decir, pareciera que existe una tendencia a flexibilizar la aplicación de la sumisión tácita y permitir su prevalencia sobre la expresa, quedando suficientemente ilustrado en esta sentencia. Incluso cuando la posición que ocupa la parte perjudicada por la sumisión tácita sea la del demandante inicial del proceso a partir del que se origina la compensación.

Lo que queda claro, es que Sommer comparece (o más bien, permanece como “demandado reconvencional”), rebate argumentos sobre el fondo y no impugna la competencia, dando lugar a una sumisión tácita. De otro modo:

“La comparecencia del demandado realizada con la exclusiva finalidad de ‘impugnar’ la competencia del tribunal, significa que el demandado no tiene voluntad de someterse tácitamente al tribunal ante el que se ha presentado la demanda. Por tanto, en dicho supuesto, no existirá sumisión tácita”³⁶

Bibliografía

- Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “*Derecho Internacional Privado, Volumen I*” (6ª edición, editorial Comares).
- Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “*La Sumisión Tácita como foro de Competencia Judicial Internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000*” (2004).
- Conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn, asunto 48/84, “*Spitzley c. Sommer*”.
- Manuel Oteros Fernández, “*Determinación de la competencia judicial internacional y territorial; Sumisión tácita y declinatoria*” (1ª Edición, Julio, 2002, Universidad de Córdoba).

Daniel Domínguez Palomo

Análisis de la STJCE 14 julio 1983 (As. 201/82), Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG y otros / Amministrazione del Tesoro dello Stato

³⁵ CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *supra* 2, pg. 52.

³⁶ Calvo Caravaca y Carrascosa González, *supra* 2, pgs. 55 y 56.

DEL CASO CONCRETO

Del litigio y las cuestiones prejudiciales

Los hechos que suscitaron la cuestión prejudicial presente tienen como partes el *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs- AG* y la *Amministrazione del Tesoro dello Stato*. El litigio acaece con motivo de la iniciativa de la *Amministrazione Italiana* de Aduanas de liquidar las deudas por multas, tributos, derechos y gastos derivados de infracciones cometidas en Italia bajo régimen TIR. Dicho régimen tiene su origen en el Convenio Aduanero relativo al transporte internacional de mercancías por carreteras, hecho en Ginebra el 15 de enero de 1959. De acuerdo con éste, ciertas organizaciones nacionales (en este caso, la *Amministrazione del Tesoro dello Stato* en Italia, como sucesora del *Ente Autotransporti Merci*), afiliadas a la *International Road Transport Union (IRU)*, patrocinan los movimientos de los vehículos a los que les ha sido expedida una tarjeta especial: la tarjeta TIR. De este modo, los beneficiarios, presentando documento oficial sobre sus mercancías, no han de pagar derechos o tributos de entrada y salida en los países por los cuales transiten, ni han de someterse a control. Con este fin, las diferentes organizaciones nacionales han de constituir una garantía a favor de los portadores de las tarjetas TIR y, para ello, se benefician de la garantía que les aporta un “pool” internacional de aseguradores, a los cuales representa la parte litigante *Gerling*.

En el contrato convenido entre los aseguradores internacionales y las organizaciones nacionales figura una cláusula por la cual, en caso de controversia, las segundas podrán formular demanda ante el tribunal competente del país en que estas tengan su domicilio social, aplicándose consecuentemente el derecho de dicho país³⁷.

En aplicación de dicha disposición, la *Amministrazione Italiana* interpone demanda ante el Tribunal de Roma contra los bancos que garantizaban a las organizaciones nacionales, solicitando el pago exigido a la Administración de Aduanas. El grupo de aseguradores impugnó la competencia del juez italiano, alegando que la cláusula contractual citada no fue pactada por la *Amministrazione del Tesoro* en la forma escrita exigida en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968. Asimismo, realizó oposición en cuanto al fondo del asunto. Con motivo del recurso ante la Corte Suprema di Cassazione italiana relativo a la competencia judicial, sobreviene el presente Asunto Prejudicial:

1) *En el supuesto de un contrato debidamente firmado por las partes contratantes y estipulado por una de ellas para sí misma y para un tercero, la cláusula en él contenida que prevé una competencia jurisdiccional distinta en relación con los litigios que puedan plantearse por los beneficiarios de dicha estipulación ¿debe cumplir igualmente a favor de estos últimos el requisito de forma escrita exigido en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil?*

2) *La determinación de la competencia, a favor del juez ante el que se plantea la demanda, que resulta de la comparecencia del demandado, según lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio, ¿tiene igualmente lugar cuando el demandado, al personarse como parte contraria, alega, con carácter previo, la incompetencia del juez y, sólo con carácter subsidiario, formula alegaciones sobre el fondo?»*

De la resolución del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

³⁷Véase el art. 8 del contrato controvertido, celebrado en Ginebra en 1961 por el IRU, en beneficio propio, así como a favor de sus propios asociados.

En cuanto a la primera cuestión, pese a que el contrato de seguro fue suscrito por el grupo internacional de aseguradores y el IRU, éste fue firmado a favor de las organizaciones internacionales afiliadas a él. De acuerdo con el *artículo 17*, el acuerdo atributivo de competencia habría de hacerse de forma escrita o verbalmente y con confirmación escrita. Alega el “pool” internacional de aseguradores, que la organización nacional parte en el litigio en ningún momento ratificó dicha cláusula y que por ello, los Tribunales Italianos carecen de la competencia de la cual serían beneficiarios en caso de que la *Amministrazione Italiana* la hubiera suscrito. Sin embargo, el Tribunal de Justicia resuelve que tal requisito de forma sólo regirá en las relaciones entre asegurador y tomador de seguro, sin necesidad de confirmación en un segundo momento del beneficiario del seguro o tercero en la relación. Los motivos se hallan en el fundamento de las disposiciones controvertidas: garantizar a la parte débil de la relación jurídica una protección más fuerte que la ofrecida por las normas generales. Imponer a ese tercero la obligación de acordar expresamente esa cláusula a su favor para poder hacer uso de ella implicaría imponer una carga absolutamente innecesaria, más aun cuando el asegurador inequívocamente ha mostrado su conformidad con ella con anterioridad.

Respecto a la segunda cuestión, el hecho de que el demandado, *Gerling*, se personase en el proceso iniciado impugnando la competencia del juez y formulando alegaciones respecto al fondo del asunto, no significa que éste aceptare de forma tácita la competencia del juez. El *artículo 18* del Convenio de Bruselas de 1968 <<permite al demandado no sólo oponerse a la competencia, sino también formular al mismo tiempo, con carácter subsidiario, motivos de oposición sobre el fondo, sin perder por ello el derecho a proponer la excepción de incompetencia>>³⁸. Aunque el demandado responda subsidiariamente sobre el fondo del asunto, si impugna la competencia a título principal no se entiende que se someta tácitamente a la competencia del tribunal³⁹.

LA SUMISIÓN TÁCITA

Concepto

La sumisión tácita, anteriormente recogida en el artículo 18 del Convenio de Bruselas de 1968, se encuentra en la actualidad estipulada en el artículo 24 del Reglamento 44/2001. *Se produce la sumisión tácita por la presentación de la demanda por parte del demandante y la comparecencia del demandado, siempre que tal comparecencia no tuviera por objeto impugnar la competencia judicial internacional*⁴⁰. Consecuencia de ello, es la prórroga de la competencia a un nuevo tribunal que no se hallaba contemplado por las disposiciones del Reglamento. Opera, por tanto, de forma independiente al domicilio de las partes y no es válida para el caso de materias objeto de competencia exclusiva.

Se ha defendido que sólo cabe la aplicación del *artículo 24* cuando, siguiendo el criterio general, el demandado se halla domiciliado en un Estado miembro, siendo aplicables, en caso contrario las reglas y criterios de competencia del Derecho interno. Sin embargo, esta solución parece poco consecuente con el propio ámbito de aplicación del *artículo 23* (*sumisión expresa*). La doctrina se halla dividida en cuanto a esta aplicación del *artículo 24*:

1) El *artículo 24* opera con independencia del domicilio del demandado y del demandante. De esta forma, los Tribunales de los Estados miembro podrían conocer de cualquier litigio que se presentare ante ellos, sin importar para nada el domicilio ni

³⁸ STJCE de 22 de octubre de 1981, Rohr, 27/81. Rec. P. 2341

³⁹ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho Internacional Privado, manuales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008., p. 67

⁴⁰ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*. Décima edición, Comares, Granada, p. 149

la nacionalidad de las partes, siempre que se trate de una materia (de entre las permitidas) incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento.

2) Frente a esta interpretación mayoritaria, existe una segunda posición que defiende que la sumisión tácita es una manifestación diversa del principio de autonomía de la voluntad como criterio de atribución de competencia. De este modo, podría interpretarse que el artículo 24 goza por extensión del mismo ámbito de aplicación que el *artículo 23*, de forma que actuará como criterio de atribución de la competencia a los Tribunales de un Estado miembro, con el doble efecto prorogatorio y derogatorio, cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado parte⁴¹.

Régimen jurídico

Siguiendo la doctrina de Alfonso- Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, las particularidades de la sumisión tácita serían las siguientes:

1º) El término comparecencia hace referencia a la presencia legal del demandado en el proceso que lo faculta para ejercer los actos procesales que le corresponden como parte en el proceso⁴². Será el derecho interno de cada estado el que determinará cuáles son tales actos.

2º) La sumisión tácita, como ya se ha indicado, no puede versar sobre materias de competencia exclusiva⁴³

3º) La sumisión tácita prevalece sobre la expresa y tiene lugar con posterioridad al inicio del litigio.

4º) Es el derecho autónomo de cada estado el que determina el momento hasta el cual se puede impugnar la falta competencia judicial internacional

5º) La sumisión tácita confiere competencia judicial a los tribunales de un Estado Miembro, con independencia de la vinculación del caso con dicho Estado.

6º) Se aplica también al demandante que se convierte en demandado reconvenicional si contesta a dicha demanda sin cuestionar la competencia del juez que conoce del asunto.

La impugnación de la competencia y la sumisión tácita

En conclusión, la comparecencia del demandado en el proceso con el fin de impugnar la competencia del juez, no implica su sumisión al mismo. Del mismo modo, tampoco se considera sumisión aquellos casos en los que además de impugnar la competencia, hace valer una defensa subsidiaria sobre el fondo del asunto o una demanda reconvenicional subsidiaria⁴⁴. La competencia que deberá impugnarse es la competencia judicial internacional, pese a que el *artículo 24* no lo indique expresamente.

En cuanto al momento en que debe plantearse la excepción de falta de competencia judicial, se determinará conforme al derecho procesal del país cuyos tribunales conocen del asunto, que no deberá ser posterior a la primera "toma de

⁴¹ Postura defendida por FUENTES CAMACHO, V.

⁴² L MARI, S. O'MALLEY/ A LAYTON, J. KRPHOLLER, P. KAYE

⁴³ Artículos 22 y 24 del Reglamento 44/2001

⁴⁴ STJCE 24 DE JUNIO DE 1981, ELEFANTEN, STJCE 14 JULIO 1983, *Gerling*

posición sobre el fondo” por parte del demandado⁴⁵. Esta impugnación debe estar permitida como primera actuación ante el tribunal en cuestión.

En cuanto a la posibilidad de plantear una defensa subsidiaria sobre el fondo o una demanda reconvenicional subsidiaria, señalar que su fundamento se encuentra en la posibilidad de que el tribunal desestime la impugnación anterior y se halle el demandado en situación de indefensión. De no ser esta subsidiaria, sí se entendería entonces como una sumisión tácita.

Todo lo señalado parece conducir a la conclusión errónea de que las partes son libres de modificar el orden de competencia judicial internacional tanto con anterioridad al litigio como una vez acontecido (sumisión expresa y tácita). No obstante, esta autonomía de la voluntad no es ilimitada, ya que existen algunos límites y correctivos que modulan dicha facultad.

Por un lado, como ya se ha señalado, la *prorogatio fori* no puede operar sobre las materias objeto de foro exclusivo.

Por otra parte, los casos relativos a los contratos de seguros, individuales de trabajo y consumidores, se establecen límites encaminados a proteger a la parte más débil de la relación. Para lograr tal protección se establecen una serie de criterios temporales (*con posterioridad al nacimiento del litigio, art. 13.1*), y únicamente una ampliación de los tribunales a los que la parte considerada débil puede acudir.

BIBLIOGRAFÍA:

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen I*, 10ª ed., Granada, Comares 2009

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*La sumisión tácita como foro de Competencia Judicial Internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000*”, *International Law*, 13 de Septiembre de 2004

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L, *Derecho Internacional Privado, Manuales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008

Marina Sara Flores Alonso

Análisis de la STJCE 31 marzo 1982 (As. 25/81), CHW / GJH

INTRODUCCION

La sentencia objeto de análisis es la sentencia del TJUE de 31 de marzo de 1982 y tiene por objeto obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 1, 18 y 24 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (a través del planteamiento de cuatro cuestiones). La sentencia muestra un litigio entre dos cónyuges, de nacionalidad neerlandesa, domiciliados en Bélgica, en relación a la administración por el marido, de los bienes privativos de la mujer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

⁴⁵ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n.44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 3ª ed., Paris, 2002, pág.123.

Por considerar que, para la resolución del pleito era necesario llevar a cabo una interpretación de los artículos anteriormente mencionados, se elevó el asunto al TJUE, planteándole 4 cuestiones prejudiciales:

Ámbito de aplicación de los “testamentos y las sucesiones” y “régimenes matrimoniales”

La primera de las cuestiones nos plantea el problema de si debemos incluir la materia objeto de litigio (administración por parte del marido de los bienes privativos de su mujer) dentro de “testamentos y sucesiones”, cuestión expresamente excluida en el Convenio mencionado a través de su artículo 1.

Remitiéndome a la lectura literal del artículo, en el mismo se dispone: “Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Convenio: 1. el estado y la capacidad de las personas físicas, los régimenes matrimoniales”.

Antes de abordar la primera cuestión debemos empezar analizando la segunda, que trata de determinar si cabe integrar la cuestión objeto del litigio dentro de la categoría de “régimenes matrimoniales” expresamente excluido del ámbito de aplicación del mismo.

El TJUE ya se manifestó sobre esta cuestión a través de una sentencia (STS 1979 Cavel⁴⁶) sobre la cual se pronunció sosteniendo que, dentro del concepto de “régimen matrimonial” se comprenden no solo los régimenes económicos, sino también la totalidad de las relaciones patrimoniales directamente resultantes del vínculo conyugal o de su disolución. Por tanto, parece que la administración llevada a cabo por un cónyuges, sobre los bienes privativos del otro cónyuges, pueden abarcarse dentro del término de “relaciones patrimoniales directamente resultantes del vínculo conyugal”; y por ello, he de responder a la cuestión problemática diciendo que esta demanda, cuyo objeto está basado en la administración privativa de los bienes de un cónyuge sobre otro, no está incluido dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución en resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, por poseer vinculación directa con el régimen matrimonial, expresamente excluido del ámbito de aplicación en el artículo 1 del mencionado convenio.

Una vez respondida la segunda cuestión parece que ya no procede contestar a la primera (pues la materia del litigio está incluida en la categoría de régimen matrimonial). Sin embargo, recurriendo a las conclusiones de la ABOGADA GENERAL, ella aporta su opinión personal, estableciendo que la pretensión de la esposa de usar el codicilo como prueba, solo tiene un carácter incierto; puesto que se basan en una sucesión futura. Mi opinión a este respecto coincide con la opinión de la SRA ROZES, puesto que es un hecho indiscutible que la sucesión del marido aún no se ha abierto y solo puede alegar un derecho que está por nacer.

Por tanto todas las cuestiones que tengan relación directamente resultante del vínculo conyugal o de su disolución, quedan excluidos del ámbito de aplicación del Convenio. Se lleva a cabo por tanto una interpretación restrictiva diferenciando la materia civil y mercantil por una parte (materia del Convenio) y régimenes económicos y conyugales por otro (así como las relaciones vinculadas directamente con los mismos)

⁴⁶ STJCE 27 marzo 1979, as. 143/78, De Cavel vs. De Cavel [I], Recueil, 1979, pp.1055-1076 (art.1 CB: exclusión del ámbito material del CB de las medidas a adoptar en procedimiento de divorcio referidas a bienes; en relación a la demanda accesoria a una acción relativa al estado de las personas, el demandante puede acudir al tribunal competente según la ley del foro que conozca del asunto, salvo si esta competencia se fundamenta exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes. Art.24 CB: la naturaleza provisional o definitiva de una resolución judicial no afecta a su inclusión en el ámbito de aplicación del CB)).

Competencia judicial de los tribunales Belgas así como competencia para adoptar medidas provisionales

Para el análisis de la tercera y cuarta cuestión tenemos que partir de la idea que anteriormente hemos confirmado, que la administración de un cónyuge sobre los bienes privativos del otro no está incluida dentro del ámbito de aplicación del Convenio.

La tercera de las cuestiones trata de averiguar qué órgano es el competente para adoptar medidas provisionales, siempre que se trate de materias incluidas en el presente convenio. El artículo 2 del mencionado Convenio establece que, van a ser competentes los órganos del domicilio del demandado (Bélgica) fuera cual fuese su nacionalidad. Por este criterio otorgaríamos la competencia a los órganos belgas. Sin embargo, al tratarse de una materia excluida, esto llevaría a reconocer la competencia a los órganos neerlandeses, en el sentido de que, en caso de muerte del marido, operaría con arreglo al derecho neerlandés

El problema principal es determinar si el Presidente del *Arrondissementrechtbank* (Bélgica) era competente o no para conocer de la demanda de las medidas cautelares que iban destinadas a prohibir la utilización del codicilo; a pesar de que él mismo se declaró competente (Bélgica es Estado parte en el Convenio). Para resolver esta cuestión he de remitirme a las "Conclusiones de la Abogado General SRA. *Simone Rozes*". En dichas conclusiones se establece que, el artículo 24 del Convenio, solo opera cuando la medida cautelar versa sobre algunas de las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio.

Teniendo en cuenta que hemos hecho una interpretación restrictiva sobre materia objeto de litigio, no cabe recurrir a este artículo para otorgar la competencia a los tribunales belgas. En este mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia, ante el que se plantearon las cuestiones prejudiciales, a través de la resolución de 6 de febrero de 1981. Es decir, pudiera ser que, aunque los órganos neerlandeses fueran competentes para conocer del fondo, los tribunales de Bélgica tuvieran competencia para establecer una medida cautelar, aparándose en el artículo 24, por cuanto "incluso si un tribunal de otro estado contratante fuere competente para conocer del fondo". Sin embargo, este artículo no puede operar para otorgar la competencia a los tribunales belgas

Además tenemos que hacer alusión una segunda cuestión, sobre si los órganos belgas pudieran ostentar competencia por el hecho de que la esposa compareciera en el proceso, amparándose en el artículo 18. Esta supuesta atribución de competencia de los tribunales belgas estaría basada en el hecho de que la demandada compareció ante los tribunales de Bélgica, y por tanto éstos son los competentes para conocer. Sin embargo el artículo 18 presenta un doble fondo, por cuanto "no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia o si existiere otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 16

Por tanto no se podría otorgar la competencia atendiendo al foro del tribunal en el que compareciere el demandado, no resultaría aplicable el artículo 18, de tal forma que se le otorga la competencia a los tribunales de neerlandeses. Hacer una referencia a la opinión del Señor Gordon Slynn⁴⁷ (véase pie de página); el cual estimó que cuando un demandado hace alegaciones sobre el fondo, siempre que estas alegaciones sean subsidiarias de una principal, el órgano jurisdiccional carece de competencia; es decir pierde su derecho a proponer la excepción de incompetencia.

Sin embargo el tribunal de Justicia; oponiéndose a lo dispuesto por el Sr. Slynn, se ha manifestado sobre esta cuestión no solo a través de la resolución de 6 de febrero

⁴⁷ SR GORDON SLYNN, jurista británico especializado en Derecho Europeo e Internacional, y un ex juez del Tribunal Europeo de Justicia y el Señor de Apelación en Ordinaria

de 1981; también a través de la sentencia de 22 de octubre de 1981; así como la sentencia de 24 de junio de 1981. En todas estas manifestaciones el Tribunal estima que, se permite alegar tanto la excepción de competencia, así como alegaciones sobre el fondo de manera subsidiaria, sin que ello le haga perder el derecho a oponer la excepción de competencia.

Por su parte, la Abogada General aporta su opinión indicando que lo que se estipula en el artículo 18 no puede surtir efectos por incluir materias que expresamente están excluidas del Convenio. Tengo que hacer una mención al último inciso del artículo 18, en lo que respecta al artículo 16, puesto que los órganos exclusivamente competentes sobre esas materias se refieren a cuestiones civiles y mercantiles; y dado que la administración de bienes conyugales no está incluida en esta categoría, no operaría el artículo 16. Por otra parte, también tomaré como modelo la sentencia de 27 de Marzo de 1979 de Cavel, en la que se denegaron las medidas adoptadas en un caso de divorcio referidas a bienes (entendiéndose materia excluida). En dicha sentencia además se estipula que, el demandante debe acudir al tribunal que esté conociendo del asunto, entendiéndose éste como el competente para conocer. Hay otras sentencias que se pronuncian en este mismo sentido (Sentencia de 8 de febrero de 2007; Madrid)

Por tanto, y atendiendo a todo lo anteriormente explicado, el Presidente del *Arrondissementrechtbank* (Bélgica) no es competente para ordenar la medida provisional debido a que la materia objeto de litigio es materia excluida y por tanto estas relaciones han de ser reguladas por el derecho neerlandés. La posibilidad de que fuera competente en virtud de los artículos 18 y 24 ha quedado descartada en cuanto que la excepción por incompetencia expuesta por la esposa, así como el hecho de que se trata de materias excluidas otorga la competencia a los tribunales de los Países Bajos.

BIBLIGRAFÍA:

- Jurisprudencia del TJUE: resolución 6 de febrero 1981 Luxemburgo
- SRA SIMONE ROZES, *Conclusiones de la Sra, Rozes- Asunto 25/81*

- A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / A. DURÁN AYAGO , *Resumen de las sentencias por © 2008 sentencias dictadas por el TJUE sobre el convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y reglamento (ce) 44/2001 de 22 de diciembre 2000*

- SR GORDON SLYNN, *opinión sobre el asunto*

Vanesa Gallego Galindo

Análisis de la STJCE 22 octubre 1981 (As. 27/81), Établissements Rohr Société / Dina Ossberger

Conclusiones del Abogado General y Sentencia del TJCE de 22 de Octubre de 1981: breve resumen y análisis

Conclusiones del Abogado General Sr. Francisco Capotorti

Comenzaremos con un breve resumen de la Sentencia y las conclusiones del abogado general facilitadas para nuestro fin, haciéndolo en orden cronológico, comenzando por tanto con las mencionadas conclusiones.

En este asunto, las conclusiones de este abogado general se refieren de igual manera a una cuestión prejudicial anterior en el tiempo, lo cual hace que vaya a grano jurídico del asunto de manera directa. El proceso que ha derivado en la cuestión prejudicial trata sobre una demanda de reclamación de cantidad de una empresa alemana contra uno de sus clientes franceses, basando la empresa alemana la competencia del Landgericht Ansbach (tribunal que conoció del asunto) en una cláusula de prórroga de la competencia existente en sus condiciones generales de venta.

La empresa francesa, demandada, se limitó a oponerse a dicha competencia *ratione loci*, es decir, en razón del lugar, sin hacer consideraciones sobre el fondo de la demanda. Esa oposición no prosperó, y propuso la misma impugnación de competencia en segunda instancia ante el Oberlandesgericht Nürnberg, de nuevo sin esgrimir argumentos sobre el fondo, siendo nuevamente desestimada esta oposición. Entre tanto, la sentencia fue declarada ejecutiva en Francia con auto de imposición de costas.

La empresa condenada impugno dicha resolución ante la Cour d'appel de Versailles, alegando que el artículo 18 del Convenio de Bruselas (correlativo al art. 24 del Reglamento 44/2001) no permite hacer alegaciones sobre el fondo al mismo tiempo de impugnar la competencia, por tanto al resolver el órgano alemán sobre el fondo del asunto se cometería una grave vulneración del derecho de defensa (y por tanto del orden público en el sentido del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas), no pudiendo reconocerse y ejecutarse la resolución en Francia.

La cuestión prejudicial que nos ocupa fue planteada por el tribunal francés, acerca de la existencia de esa prohibición o no de alegar sobre el fondo a la vez que se impugna la incompetencia de manera simultánea y con carácter subsidiario, de manera que ello suponga una mayor protección del derecho de defensa. Este dilema esta en gran parte suscitado por un problema lingüístico de las diferentes versiones del Convenio, pero a mayores de eso, se menciona una cuestión similar, y su correlativa sentencia¹, que si admite la aplicación del artículo 18 del Convenio (art. 24 del R44/2001) cuando se hacen de manera simultánea y subsidiaria alegaciones sobre el fondo.

El abogado general en este caso, ratifica el mencionado criterio sin ningún tipo de reservas, aclarando que para evitar que la comparecencia con alegaciones sobre el fondo, aunque están sean subsidiarias, no es suficiente para que se entienda producida la sumisión tácita basta con expresar la voluntad inequívoca en sentido divergente, es decir, se propondría la excepción de incompetencia y con carácter subsidiario las alegaciones sobre el fondo, pero el fin primero y primordial de dicha comparecencia sería la impugnación de la competencia, no teniendo sentido en aras del Convenio no permitir hacer esas alegaciones simultaneas y subsidiarias para el caso de que la impugnación de la competencia no prosperara. Por tanto, se descarta la interpretación realizada por la empresa francesa y se aplica la aquí expuesta.

El último lugar, existe en estas conclusiones una última consideración de vital importancia para nuestro propósito, que sería considerar que el artículo 18 del Convenio (24 del Reglamento) no sería aplicable en el procedimiento ante la Cour D'Appel mas allá de su interpretación, ya que estaba excluido el supuesto de sumisión tácita al haber un pacto de sumisión expresa, debería haberse opuesto a la competencia alegando la invalidez de este pacto en virtud del art 17 del Convenio (23 del Reglamento). Por tanto, concluimos aquí que el artículo 18 (24 del Reglamento) solo se aplica en el supuesto de pretender eludir el riesgo de que la comparecencia se interprete como aceptación tacita de la competencia sin fundamento, a mayores de que pueda hacer alegaciones sobre el fondo sean simultáneas y subsidiarias.

STJCE de 22 de Octubre de 1981: Ossberger vs Rohr, ratificación del Abogado General

Posteriormente, el Tribunal de Justicia en la correlativa sentencia, remite de nuevo al asunto anterior de 24 de Junio de 1981, Elefanten Schuh⁴⁸, y se adhiere a esa interpretación del artículo 18 (24 R44/2001) de igual manera y en los términos que planteó el abogado general en sus conclusiones, respondiendo a la cuestión prejudicial con tal interpretación.

Consideraciones sobre la sumisión tácita y la comparecencia para impugnar la competencia

Concepto y requisitos de la sumisión tácita aplicados a la cuestión del laboratorio

En base a algunos autores, comenzando con las consideraciones sobre el tema que nos ocupa, debemos remarcar que el Reglamento 44/2001 (que sustituyó al Convenio de Bruselas, y en lo relativo a la sucesión tácita sus preceptos son idénticos) busca potenciar al máximo este foro de la sumisión tácita, ya que sus requisitos tanto de forma como de fondo son realmente escasos en la regulación que presenta el Reglamento. Estos instrumentos plantean la sumisión tácita como una prorrogación tácita de la competencia, y no como un acto procesal unilateral.

Debemos partir del tenor del artículo para referirnos al tema que nos ocupa, y uno de los requisitos para que exista sumisión tácita es que la comparecencia del demandado ante el tribunal no tuviera por objeto impugnar la competencia del mismo (art 24 R44/2001).

Centrándonos en lo leído y consultado sobre este requisito, deducimos que debe existir una voluntad inequívoca de litigar ante el tribunal correspondiente, cuestión no fácil de dilucidar y que ha dado lugar a un profundo debate jurídico y jurisprudencia, la exigencia de ese “curso de voluntades” para litigar.

Debemos precisar varios aspectos en este punto, siempre basándonos en las fuentes que hemos tomado como referencia. La comparecencia, según los autores Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzalez, presenta dos partes diferenciadas, que serían el “núcleo duro” y la “esfera externa”.

El núcleo duro podría equipararse a un significado de comparecencia autónomo del Reglamento para todos los Estados Miembros², y por este núcleo duro habríamos de entender “la presencia legal del demandado en el proceso, que lo faculta para ejercer los actos procesales que le son correspondientes como parte en el proceso”, mientras que este concepto autónomo se completaría con la “esfera externa”, que estaría formada por esos actos que debe realizar el demandado para considerar que efectivamente existe una sumisión tácita, y estos ya no son un concepto autónomo, sino que, en opinión de los citados autores, corresponde delimitarlos al derecho procesal propio de cada Estado Miembro.

Esa comparecencia debe ser con la finalidad de impugnar la competencia del tribunal para evitar que exista sumisión tácita, es decir, remarcando de manera inequívoca el demandado su voluntad en ese sentido, como así exige el propio artículo, pero en opinión y crítica de los dos autores citados anteriormente, el artículo no indica que competencia es la que se debe impugnar, y señalan que la única manera de evitar esa sumisión tácita es impugnar la competencia judicial internacional, ya que actuar en el proceso para impugnar por ejemplo, la competencia territorial del tribunal si debería entenderse como voluntad de litigar en ese proceso, de manera que se

⁴⁸ Se trata del procedimiento prejudicial 150/80 ante el STJCE, Elefanten vs Schuh, y su correlativa sentencia de 24 de Julio de 1981

presenta aquí, a raíz de lo expuesto por estos autores, un importante matiz para nuestros fines.

Respecto a esa comparecencia para impugnar la competencia, haremos una referencia al momento procesal necesario para realizarla⁴⁹, e implicaciones anexas a ese momento: la STJCE *Elefanten vs Schuh*, que sirve de base para la sentencia y conclusiones del abogado general que hemos analizado al principio, introdujo dos “reglas uniformes de procedimiento”, la primera es que los derechos procesales de los Estados miembros no pueden de ninguna manera admitir la impugnación de la competencia del tribunal en un momento posterior a la primera toma de consideración sobre el fondo del asunto, y la segunda regla sería que deben permitir que la primera actuación procesal del demandado sea esa impugnación de la competencia.

Tras los matices presentados, es el momento adecuado para hilar y remarcar lo analizado en la sentencia y conclusiones objeto de estudio, ya que como se estableció en ella, a todo lo anterior hay que añadir la interpretación más que asentada que permite al demandado a la hora de impugnar la competencia judicial internacional del tribunal y al mismo tiempo hacer alegaciones sobre el fondo o, en su caso, una demanda reconventional, sin que ello signifique sumisión tácita a la competencia de dicho tribunal siempre que esa defensa tenga carácter subsidiario, es decir, lo principal es impugnar la competencia, y en el caso de que esta impugnación no prospere, tener la defensa preparada.

Breve referencia al Derecho Español

En este punto, debemos de igual manera mencionar en Derecho Español esta postura tomada a través de la interpretación del TJCE no sería posible, ya que según nuestro derecho la impugnación de la competencia es algo previo a cualquier otro acto procesal que debe proponerse a través de lo que se conoce como un “incidente de previo pronunciamiento”. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español⁵⁰, que no permite esa impugnación con el carácter que hemos presentado, si bien en base a la mayor aplicación del régimen institucional y la primacía de este, serán pocas las ocasiones en las que debamos acudir al régimen autónomo o estatal y opere esta prohibición.

Bibliografía:

- Guzmán Zapater, M y Herranz Ballesteros, M. *Consejo General del Poder Judicial: Escuela Judicial, Red Europea de Formación Judicial: tema 4: “La competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001: ámbito de aplicación, foros objetivos y atribución de la competencia judicial internacional por voluntad de las partes”* pp 20-22

- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. *“La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de Diciembre de 2000”*

- Carrascosa González, J. *“Textos de Derecho Internacional: el reglamento 44/2001 de 22 de Diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”* 2006.

Miguel Álvarez Hernández

⁴⁹ La noción o concepto autónomo de “comparecencia en el marco del instrumento comunitario se interpretó o consolidó en la sentencia de 8/3/2000 *Oberlandesgericht Koblenz*

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Español de 27 de Octubre de 2005, en un caso en el que el demandado impugnaba la competencia en la contestación a la demanda, siendo esto para el Derecho Español un supuesto de sumisión tácita

Análisis de la TJCE 24 junio 1981 (As. 150/80), Elefanten Schuh GmbH / Pierre Jacqmain

Fundamentos de derecho

Cuestión prejudicial de la Cour de Cassation de Bélgica en el litigio pendiente entre Elefanten Schuh GmbH con domicilio en Kleve (Alemania) y el particular Pierre Jackmain con domicilio en Schoten (Bélgica).

Dicha cuestión prejudicial insta al Tribunal de justicia a que se pronuncie sobre la interpretación de los artículos 17, 18 y 22 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Estas cuestiones se suscitan en el marco de un recurso de casación interpuesto contra una resolución de la Cour du Travail de Amberes por la que se condenó con carácter solidario a la sociedad Elefanten Schuh GmbH y a la sociedad belga NV Elefant al pago de 3.120.597 BEF a Pierre Jackmain por haberle despedido sin preaviso.

P. Jacqmain trabajaba como representante de comercio de la empresa alemana, pero a las órdenes de la filial belga y el litigio principal tuvo su origen en las diferencias relativas al modo en que la sociedad Belga debía subrogarse en lugar de la sociedad alemana en el contrato de trabajo.

P. Jacqmain entabló acción judicial contra ambas sociedades en el Tribunal du Travail de Amberes. Las sociedades comparecieron y en las alegaciones iniciales, impugnaron el fundamento de las pretensiones formuladas contra ellas. En las alegaciones posteriores, la sociedad alemana alegó incompetencia del Tribunal porque en el contrato de trabajo había una cláusula de sumisión (expresa) al tribunal de Kleve. El tribunal de Kleve desestimó esta petición. La cláusula no podía contrariar al artículo 627 del Code Judiciaire Belga, que expone que en dicha materia, es competente el órgano judicial del lugar donde se desarrolla la actividad laboral.

En apelación, la Cour du Travail dijo que en virtud del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 si se podía contrariar dicho código, pero no en este caso, pues el contrato de trabajo que contenía esta cláusula, era nulo por no estar redactado en neerlandés como indica el artículo 10 del Decreto por el que se regula la utilización de las lenguas en las relaciones laborales entre empresas y trabajadores y por tanto la cláusula era inválida.

Cuestiones prejudiciales

Estando así las cosas, la Cour de cassation decidió plantear las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia:

- El artículo 18 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil ¿es aplicable cuando las partes han designado juez competente en virtud del artículo 17 del mismo convenio? ¿Es aplicable este artículo 18 cuando además de impugnar la competencia, el demandado ha formulado pretensiones sobre el fondo? En caso afirmativo, ¿debe ser impugnada la competencia *in limine litis*? El artículo 17 no es una de las excepciones del artículo 18. Además el artículo 17 no prohíbe el sometimiento a otros tribunales, de ahí se desprende que el artículo 18 es aplicable aun cuando las partes han designado tribunal competente en virtud del artículo 17. En algunos países, si al impugnar la competencia, el demandado no realiza alegaciones sobre el fondo del

asunto, si el juez desestima tal pretensión de impugnación, el demandado quedaría en posición de indefensión, por lo que la impugnación ha de ser anterior al acto de defensa. De cualquier manera, el artículo 18 debe ser interpretado de tal forma que la regla contenida en el mismo no es aplicable cuando además de impugnar la competencia, formula pretensiones sobre el fondo del asunto.

- Cuestión prejudicial relativa a las demandas conexas ¿pueden formularse simultáneamente, con arreglo al artículo 22 del Convenio, ante uno de dichos Tribunales, siempre que su ley permita la acumulación de asuntos conexos y que dicho Tribunal sea competente para conocer de las dos demandas? El artículo 22 no atribuye competencia y solo es aplicable cuando se presentan demandas conexas ante órganos jurisdiccionales de dos o más estados contratantes.

- ¿Es contrario al artículo 17 del Convenio declarar que un convenio atributivo de competencia es nulo, cuando el documento que contiene el convenio no está redactado en la lengua exigida bajo sanción de nulidad por la legislación de un Estado contratante, y cuando el Tribunal de dicho Estado, ante el que se alega el convenio atributivo de competencia, está obligado en virtud de dicha legislación a declarar de oficio la nulidad del documento? Las cláusulas atributivas de competencia solo se deben tomar en consideración si son objeto de un acuerdo, lo que supone consentimiento de las partes. El art.17 ya impone de por sí los propios requisitos que ha de tener el acuerdo para su validez, por lo que los estados contratantes no están facultados para imponer más requisitos de forma y por tanto éstos no pueden invalidar el convenio de atribución de competencia ni oponerse a su validez solo porque la lengua utilizada no sea la prescrita por la legislación del Estado contratante.

De las cuestiones prejudiciales extraemos que la sumisión tácita del art.18 es válida aun cuando hubiera sumisión expresa del art.17. y que la sumisión tácita no es aplicable cuando además de impugnar la competencia, el demandado formula cuestiones sobre el fondo del asunto.

SUMISION TÁCITA

Concepto y Regulación

Un acuerdo de sumisión tácita, es un acuerdo entre las partes de una relación jurídica en virtud de la cual determinan el órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio que las enfrenta. Este acuerdo ha de surgir una vez presente el litigio, pues si se realizara con anterioridad, no estaríamos hablando de sumisión tácita sino expresa. Además, este acuerdo, es implícito, es decir que no consta ni por escrito ni oralmente se ha dicho nada al respecto con anterioridad.

La sumisión tácita se regulaba en el artículo 18 del Convenio de Bruselas de 1968, y de igual forma, se encuentra ahora regulado en el artículo 22 del Reglamento 44/2001.

Requisitos

Un pacto de sumisión tácita, ha de reunir los siguientes requisitos para su validez:

- Presentación de la demanda por parte del demandante ante uno de los tribunales de los estados miembros del Reglamento.

- Comparecencia del demandado ante dicho tribunal siempre que dicha comparecencia no vaya encaminada a impugnar la competencia del mismo.

Requisito de Comparecencia del demandado ante el tribunal con la voluntad de no impugnar su competencia

Este segundo requisito es el que nos ocupa.

Si el demandado comparece ante el tribunal elegido por el demandante, indica su voluntad de litigar ante dicho tribunal, lo que supone el acuerdo de voluntades necesario entre las partes para que el tribunal en cuestión conozca del litigio.

Sin embargo, la comparecencia del demandado ante el tribunal elegido por el demandante, con la mera intención de impugnar la competencia, no indica su voluntad de someterse ante el tribunal, más bien todo lo contrario, la no voluntad de que dicho órgano jurisdiccional sea el encargado de conocer del litigio.

Momento de impugnar la competencia

Otra cuestión es el momento de impugnar la competencia por parte del demandado. Como indica la sentencia mencionada, la determinación de este momento le corresponde al derecho procesal del estado cuyos tribunales estén conociendo del asunto. Ello es así con ciertos matices⁵¹; El derecho procesal de un estado no puede dejar que la impugnación de la competencia del órgano jurisdiccional se haga con posterioridad a la primera toma de posición sobre el fondo por parte del demandado, y además ha de permitir, que esta impugnación de la competencia se realice en la primera actuación procesal del demandado.

Si el demandado, al comparecer para impugnar la competencia, no plantea una defensa subsidiaria en cuanto al fondo, puede que se encuentre en una situación de indefensión en el momento en el que se le deniegue la petición de incompetencia del tribunal. Por este motivo, se permite que el demandado, además de comparecer e impugnar la competencia, se defienda subsidiariamente en cuanto al fondo del asunto, y ello sin implicar la voluntad de someterse ante el tribunal. Esta voluntad de someterse al tribunal, se entendería si la defensa en cuanto al fondo del asunto, no lo hiciese de manera subsidiaria.

Con todo lo expuesto anteriormente y el contenido de la sentencia, se entiende que la mera comparecencia del demandado para impugnar la competencia del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, no implica la sumisión tácita de dicho demandado a tal tribunal.

Irene Fombellida Martínez

2.2.- Sumisión tácita y domicilio de las partes

Análisis de la STJCE 9 noviembre 2000 (As. C-387/98), Coreck Maritime GmbH / Handelsveem BV y otros

CONCEPTO Y REQUISITOS

Concepto

El acuerdo de sumisión es un pacto entre las partes de una relación jurídica en cuya virtud éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para

⁵¹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000". *International Law*.

conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por ellas.

Tal sumisión puede realizarse mediante acuerdo expreso (art. 23 Reglamento 44/2001) o mediante acuerdo tácito, esto es, ciertas prácticas que denotan la voluntad de las partes de someterse a los tribunales de un determinado país (art. 24 Reglamento 44/2001)⁵²

Ahondando más en el concepto de sumisión tácita, se produce por la presentación de la demanda por parte del demandante y la comparecencia del demandado ante el tribunal, siempre que tal comparecencia no tuviera por objeto impugnar la competencia judicial internacional (art. 24 Reglamento 44/2001)⁵³.

Es importante señalar que la sumisión no puede operar cuando se trata de una de las materias objeto de competencia exclusiva, contempladas en el art. 22 del Reglamento 44/2001, ya que de ese litigio en cuestión no puede conocer ningún otro tribunal.

Requisitos de aplicabilidad

Sumisión expresa

En el Reglamento 44/2001 se establecen distintos requisitos para que opere la sumisión expresa:

- Debe concurrir un auténtico “acuerdo de sumisión” o “convención atributiva de jurisdicción”⁵⁴: un acuerdo entre las partes que refleja su voluntad de que la controversia se decida por un concreto tribunal.

- Que alguna de las partes del acuerdo, bien demandado o demandante, esté domiciliado en un Estado parte en el Reglamento 44/2001. Sobre la concreción del momento en el que hay que tener en cuenta el domicilio, la mayoría de la doctrina considera que el momento a tener en cuenta es el mismo momento en que se celebra el pacto de sumisión.

- Se exige que el pacto de sumisión expresa atribuya competencia a los tribunales de un Estado miembro.

- Que el litigio de que se trate afecte a una situación internacional.

Sumisión tácita

Teniendo en cuenta la definición que establecimos anteriormente, únicamente haremos referencia a que la sumisión tácita opera independientemente del domicilio de las partes⁵⁵. No obstante, ahondaremos más en esta circunstancia en el último apartado de este trabajo.

SENTENCIA “STJCE 9 NOVIEMBRE 2000 (As. 387/98) CORECK MARITIME GMBH/ HANDELSVEEM BV Y OTROS

Introducción

⁵² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Textos de Derecho internacional privado 2006: El Reglamento 44/2001 de 22 Diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* pp. 39-40

⁵³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Textos...*, op. cit. en nota 1, pp 51-54.

⁵⁴ STJCE 10 marzo 1992, as. 214/89, Powell Duffryn vs. Petereit.

⁵⁵ Lo ha dejado claro el TJUE, por ejemplo, en la STJCE de 13 de julio de 2000, asunto C-412/98, Group Josi Reinsurance Company SA vs. Universal General Insurance Company (UCIG)

Las cuestiones prejudiciales se suscitan en el marco de un litigio relativo a la validez de una cláusula de sumisión expresa inserta en conocimientos de embarque entre Coreck, que es la emisora de los conocimientos de embarque y Handelsveem BV, el legítimo tenedor regular de dichos conocimientos de embarque, V. Berg and Sons Ltd y Man Producten Rotterdam BV, empresas propietarias de diversos lotes de cacahuetes transportados sobre la base de dichos conocimientos, así como The Peoples Insurance Company of China, aseguradora de dichas mercancías (en lo sucesivo, Handelsveem y otros).

Es necesario mencionar dos cláusulas insertas en alguno de los conocimientos de embarque:

- En lo relativo a la competencia, se establece un pacto de sumisión expresa a los tribunales del país en que el porteador tenga su establecimiento principal.

- En cuanto a la identidad del porteador, se estipula que sólo el propietario del buque será responsable por los daños o pérdidas causados por una obligación derivada del contrato.

De esta manera, Handelsveem BV y otros demandan a Coreck ante los tribunales de Rotterdam por distintos daños causados a las mercancías. No obstante, Coreck plantea la incompetencia del órgano jurisdiccional debido a la existencia de un pacto de sumisión expresa. El tribunal holandés se declara competente y cuando el caso llega a El Hoge Raad der Nederlanden, éste decide plantear cuatro cuestiones prejudiciales al TJCE.

Cuestiones prejudiciales

Primera cuestión

La primera cuestión se refiere a que si el término contenido en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 “hubieren acordado” debe interpretarse de tal manera de que sea posible la identificación del órgano jurisdiccional. El TJCE responde negativamente, afirmando que tan solo es necesario que la cláusula indique de una manera precisa los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal al que desean someter sus litigios.

Segunda cuestión

Esta cuestión hace referencia a los requisitos de aplicación del artículo 17, es decir, si es aplicable el pacto de sumisión cuando el mismo designa el tribunal del lugar de establecimiento principal de una de las partes, pero dicho establecimiento no se halla en el territorio de un Estado contratante en el Convenio de Bruselas. Para resolver esta cuestión, el TJCE señala que el artículo 17 solo se aplica si se reúnen dos requisitos:

- Que al menos una de las partes tenga su domicilio en el territorio de un Estado contratante

- Que el pacto de sumisión designe el tribunal de un Estado contratante. Así pues, dicho artículo no es aplicable a un pacto que designe un tribunal de un tercer Estado.

- Además, la validez del pacto debe ser examinada en las relaciones entre las partes del contrato inicial⁵⁶.

⁵⁶ Como se ha mencionado en los apartados 41 y 42 de la STJCE de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA vs. Hugo Trumpy SpA*.

Tercera cuestión

La tercera cuestión se refiere a frente a qué terceros una cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador incluida en un conocimiento de embarque produce efectos. El TJCE aduce que dicha cláusula solo puede ser invocada frente al tercero tenedor del conocimiento de embarque desde el momento en que éste se subroga en los derechos y obligaciones del cargador, con arreglo al Derecho nacional aplicable. El Derecho nacional también tiene que determinar si el tercero ha sucedido respecto del contrato en sus derechos y obligaciones a una de las partes originarias.

Cuarta cuestión

La pregunta versa sobre cuál es el Derecho nacional aplicable a la definición de los derechos y obligaciones del tercero tenedor de un conocimiento de embarque. El tribunal de justicia considera que dicha cuestión es ajena a la interpretación del Convenio, por lo que procede a su inadmisibilidad.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

Sobre la primera cuestión

El abogado General menciona las alegaciones de todas las partes. De las alegaciones de la demandante conviene citar una, que permite observar que en este caso el pacto de sumisión se celebra tal y como indica el art. 23.1.2 b) del Reglamento 44/2001 en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes hubieran establecido entre ellas, existiendo relaciones comerciales duraderas entre las mismas empresas:

“Además, el contenido del conocimiento de embarque se corresponde con el modelo de conocimiento de embarque elaborado en 1950 por BIMCO, el Baltic and International Maritime Council, que la demandante ya había utilizado anteriormente en setenta y siete ocasiones en operaciones con Handelsveem y otras”^{57 58}.

El Abogado General señala que la cuestión es cuál debe ser el grado de precisión con el que debe estar formulada una cláusula de sumisión expresa. Así, en la línea de lo señalado por el tribunal, debe tratarse de una formulación clara que pueda determinar conforme a criterios objetivos el tribunal competente.⁵⁹ El órgano jurisdiccional, por su parte, debe determinar si existe un uso comercial internacional, pudiendo basarse, por ejemplo, en la indicación de dónde se encuentra el establecimiento principal de la demandante.⁶⁰

Sobre la segunda cuestión

El Abogado General razona del mismo modo que el tribunal y llega a la conclusión de que debe ser posible determinar con arreglo a criterios objetivos si la empresa demandante tiene su domicilio en un Estado contratante⁶¹.

Sobre la tercera cuestión

⁵⁷ Párrafo 17 in fine de las Conclusiones del Abogado General de la sentencia analizada.

⁵⁸ La STJCE 20 febrero 1997, as. C-106/95, Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) vs Les Gravières Rhénanes SARL y STJCE de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, Trasporti Castelletti Spedizioni InternazionaliSpA vs. Hugo Trumpy SpA, hacen referencia a los usos del comercio.

⁵⁹ Párrafo 29 de las Conclusiones del Abogado General

⁶⁰ Párrafo 31 in fine de las Conclusiones del Abogado General

⁶¹ Párrafos 15 y 46 de las Conclusiones del Abogado General

El Abogado General señala que el tercero tenedor de un conocimiento de embarque está vinculado por el pacto de sumisión si concurren dos circunstancias:

- Si la cláusula es válida en la relación entre las partes iniciales.
- Si mediante la adquisición del conocimiento de embarque el tercero tenedor ha sucedido en derechos y obligaciones al cargador, con arreglo al Derecho nacional aplicable⁶², es decir, la segunda opción de la letra a) de la tercera cuestión prejudicial.

Por otro lado, no es posible deducir de las prolongadas relaciones comerciales entre el tercero tenedor y una de las partes originarias del contrato un consentimiento tácito con respecto del pacto de sumisión⁶³.

Sobre la cuarta cuestión

Al igual que en la sentencia, considera que dicha cuestión es ajena a la interpretación del Convenio.

RESPUESTA A LA PREGUNTA PLANTEADA CON APOYO EN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

En primer lugar, realizaremos un análisis comparativo del artículo 23 del Reglamento 44/2001, relativo a la sumisión expresa; y el artículo 24 del Reglamento 44/2001, relativo a la sumisión tácita. Atendiendo a la literalidad de ambos preceptos, para la sumisión expresa es necesario que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado contratante, mientras que para la sumisión tácita no aparece recogido ningún requisito en cuanto al domicilio de las partes.

En segundo lugar, mediante un análisis jurisprudencial llegamos a la misma conclusión. En atención a la sentencia alegada, para que opere la sumisión expresa es necesario que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado contratante⁶⁴. En virtud de la jurisprudencia del TJCE⁶⁵ y de diversa doctrina, y respondiendo a la pregunta formulada el precepto relativo a la sumisión tácita se aplica con independencia del domicilio de las partes⁶⁶, es decir, se sigue la tesis expansiva en la aplicación de la sumisión tácita.

En cuanto al fundamento de esta exigencia del domicilio en la sumisión expresa, cierta doctrina considera que el Reglamento 44/2001 sólo debe aplicarse a acuerdos de sumisión celebrados entre partes “mínimamente vinculadas” con la UE, partes que podían prever la aplicación, a su acuerdo de sumisión, del Reglamento 44/2001⁶⁷.

En cuanto al fundamento de la no exigencia del domicilio en un Estado contratante para la sumisión tácita es que se respeta la autonomía de la voluntad de ambas partes⁶⁸. Es claro que el objetivo del Reglamento es atender a la autonomía de la voluntad, ya que incluso en el Reglamento 1215/2012 desaparece este requisito para la sumisión expresa; es decir, la sumisión expresa resultará aplicable con independencia del domicilio de las partes, al igual que la tácita⁶⁹, aunque ya

⁶² Párrafo 59 de las Conclusiones del Abogado General

⁶³ Párrafo 64 de las Conclusiones del Abogado General

⁶⁴ Párrafos 17 y 18 de la Sentencia objeto de análisis.

⁶⁵ STJCE de 13 de julio de 2000, asunto C-412/98, Group Josi Reinsurance Company SA vs. Universal General Insurance Company.

⁶⁶ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional. pp. 60-64

⁶⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Textos..., op. cit. en nota 1, pp 39-40.

⁶⁸ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., La sumisión..., op. cit. en nota 15, pp. 22-23

⁶⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P A. El Nuevo Reglamento Sobre Competencia Judicial y Reconocimiento y ejecución de resoluciones. pp. 10-11.

contábamos en el Reglamento 44/2001 con la posibilidad de que partes no domiciliadas en Estados miembros realizaran un pacto de sumisión expresa a favor de un tribunal de un Estado miembro⁷⁰.

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Textos de Derecho internacional privado 2006: El Reglamento 44/2001 de 22 Diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil pp. 39-54.

CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional. pp. 22-23 y 60-64.

DE MIGUEL ASENSIO, P A. El Nuevo Reglamento Sobre Competencia Judicial y Reconocimiento y ejecución de resoluciones. Página 10-11.

STJCE de 9 de noviembre de 2000, asunto C-387/98, Coreck Maritime GmbH vs. Handelsveem BV y otros.

Conclusiones del Abogado General a la STJCE de 9 de noviembre de 2000, asunto C-387/98, Coreck Maritime GmbH vs. Handelsveem BV y otros.

Pablo Blanco Gil

Análisis de la STJCE 13 julio 2000 (As. C-412/98), Group Josi Reinsurance Company SA / Universal General Insurance Company (UGIC)

LA SUMISIÓN TÁCITA

Concepto, caracteres y límites

El foro de la sumisión tácita, recogido en el Art. 24 del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se trata de una norma atributiva de competencia judicial internacional de naturaleza prorrogable, es decir, un criterio susceptible “de otorgar competencia internacional a los Tribunales de un Estado que, en principio, a la luz de la normativa aplicable, carecían de ella”⁷¹.

En el mismo sentido define el foro de la sumisión expresa el autor Fernando Gascón Inchausti, con la diferencia que la sumisión expresa se trata de un pacto por el que las partes acuerdan someter a un determinado tribunal sus conflictos presentes y futuros (por tanto, que pueden no haber surgido todavía), mientras que la sumisión tácita no es una cláusula contractual, y se refiere a un litigio en concreto y ya nacido. Además, una sumisión tácita posterior prevalece sobre una cláusula de sumisión expresa anterior (en este sentido, STJCE 7 de Marzo de 1985, as. 48/84 *Spitzley vs Sommer*).

Respecto a los límites, la sumisión tácita del Art. 24 del Reglamento 44/2001 opera cuando la sumisión se produce ante un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro en el que es aplicable el Reglamento; el tribunal no debe ser competente en virtud de ningún otro foro del Reglamento, ya que entonces fundamentaría su

⁷⁰ Art. 23.3 Reglamento 44/2001

⁷¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Algunas cuestiones en torno a la aplicación judicial de las normas de competencia internacional*, p. 5

competencia en dicho foro, de ahí que la sumisión tácita se conozca como una prórroga de la competencia, porque extiende la misma a un tribunal que no era competente en virtud del Reglamento; además, el litigio sobre el que se produce la sumisión no puede versar sobre cuestiones sometidas a competencia exclusiva por el propio Reglamento (Arts. 22 y 24 in fine del Reglamento 44/2001) (en este sentido STJCE 6 julio 1988, as.158/87, *Scherrens vs. Maenhout*); y, por último, y de manera obvia, para aplicar el Art. 24 mencionado, se deben cumplir los demás ámbitos de aplicación del Reglamento 44/2001, a saber, el material, el temporal y el territorial⁷².

SENTENCIA “STJCE 13 JULIO 2000 (As. C-412/98) GROUP JOSI REINSURANCE/ UNIVERSAL GENERAL INSURANCE COMPANY (UGIC)”

Resumen

Presentación del caso

El caso que nos ocupa tiene como protagonistas a una “empresa de seguros canadiense con domicilio social en Vancouver”, que “encargó a su corredor Euromepa, sociedad francesa con domicilio social en Francia, que colocara un tratado de reaseguro”; ésta a su vez “ofreció a Group Josi una participación en dicho tratado de reaseguro” del que Group Josi Reinsurance aceptó una participación del 7,5%.

Sin embargo, Euromepa había omitido cierta información sobre la participación de otras empresas que no es relevante para nuestro análisis. Lo relevante es que, cuando Group Josi se negó a pagar el saldo deudor que Euromepa le había trasladado, UGIC (Universal General Insurance Company) presentó una demanda contra Group Josi en el Tribunal de Nanterre (Francia) que se declaró competente denegando la excepción de incompetencia interpuesta por Group Josi. Ésta recurrió en apelación al tribunal de Versailles, que presentó cuestión prejudicial ante el TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) ante las dudas surgidas de las alegaciones de ambas partes: Group Josi mantiene la incompetencia de los tribunales franceses ya que los competentes son los belgas en virtud del foro del demandado del Art. 2 del Convenio de Bruselas de 27 de Septiembre de 1968; en sentido contrario, UGIC alega que las reglas de competencia de dicho Convenio sol resultan aplicables cuando el demandante (como el demandado) tiene su domicilio en Estado miembro.

Además, en una segunda pregunta el tribunal duda sobre si el contrato de reaseguro se puede incluir en los contratos de seguro que gozan de reglas de competencia especiales en el Convenio de Bruselas (arts. 7 y ss.)

Sobre la primera cuestión

El TJCE, para resolver esta duda, recurre a un análisis del sentido de los preceptos sobre competencia contenidos en el Convenio de Bruselas de 1968.

En primer lugar alude al principio general de competencia de los tribunales del domicilio del demandado, independientemente de la nacionalidad de las partes, tal y como establece el art. 2 del Convenio de Bruselas de 1968; principio que tiene como única excepción el Art. 3, que prevé ciertos casos, enumerados en las secciones 2 a 6 del Título II de dicho Convenio, según los cuales “el demandado domiciliado en un Estado contratante puede, cuando a la situación se le aplique una regla de competencia especial, o debe, cuando a la situación se le aplique una regla de competencia exclusiva o una prórroga de competencia, dejar de estar sometido a los órganos jurisdiccionales del Estado donde tiene su domicilio y ser demandado ante un tribunal de otro Estado miembro”⁷³. Estas disposiciones se separan, por tanto, del criterio de general del domicilio del demandado.

⁷² CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional*. pp. 60-64.

⁷³ Párrafo 36 de la sentencia discutida.

A continuación, el Tribunal procede a enumerar los casos en los que dichos preceptos excepcionales atribuyen importancia al domicilio del demandante, así: en virtud del Art. 5.2, el acreedor de alimentos puede demandar al deudor ante los tribunales del domicilio del primero, “a fin de facilitar la acción”; en virtud de los arts. 8.2 y 14.1, la parte que se presume más débil (tomador de seguro y consumidor) puede demandar a la contraparte ante los Tribunales de su domicilio⁷⁴; el art. 17 prevé la competencia exclusiva del tribunal elegido por las partes (sumisión expresa) pero con la condición de que alguna de las partes tenga domicilio en un Estado contratante, condición para la que puede ser relevante el domicilio del demandante en caso de que el demandado no tenga domicilio en Estado contratante.

Sin embargo, el Tribunal afirma que “las demás disposiciones recogidas en las Secciones 2 a 6 del Título II del Convenio no atribuyen importancia alguna al domicilio del demandante”⁷⁵. En este sentido, el Art. 16 relativo a los foros de competencia exclusiva no toma en consideración el domicilio de las partes sino que su razón de ser, entiende el Tribunal, es la conexión especialmente estrecha entre el litigio y un Estado contratante.

El Tribunal considera los supuestos en los que se tiene en cuenta el domicilio del demandante son excepcionales y suponen, por tanto, una excepción al principio general, y, de manera decisiva, añade:

“Además, es jurisprudencia reiterada que las reglas de competencia que constituyen excepciones al principio general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en cuyo territorio el demandado tiene su domicilio [...] no pueden dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos contemplados explícitamente por el Convenio”

El Tribunal concluye, en atención a lo expuesto, que el domicilio del demandante no es un criterio en que las reglas de atribución de competencia del Convenio se basen, y, como consecuencia, no pertinente a la hora de aplicar las mismas.

Sobre la segunda cuestión

Muy resumidamente, el Tribunal llega a la siguiente conclusión:

“Resulta, pues, conforme tanto a la letra como al espíritu y a la finalidad de las disposiciones examinadas⁷⁶ concluir que las mismas no son aplicables a las relaciones reasegurador-reasegurado en el marco de un tratado de reaseguro”

Conclusiones del abogado general

Sobre la primera cuestión

El abogado general razona en el mismo sentido que el Tribunal, mencionando las alegaciones de la Comisión, el Reino Unido y Francia, así como el informe Jenard, que indican que “cuando el demandado está domiciliado en un Estado contratante, el domicilio del demandante carece de pertinencia” y solo es pertinente en casos excepcionales.

⁷⁴Respecto a estos foros de competencia, el Tribunal dice en la sentencia que “dichas reglas solo representan una posibilidad adicional ofrecida al demandante”, complementando el foro general del domicilio del demandado.

⁷⁵ Párrafo 42 de la sentencia discutida.

⁷⁶El espíritu y la finalidad de la norma consiste, en palabras del propio Tribunal en el párrafo 65 de esta misma sentencia, en la “protección de la parte contratante que se presume económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada que la otra”.

Group Josi coincide, pero alega un criterio de integración de los litigios en la Comunidad cuando este está cubierto por una de las reglas de competencia del Convenio, pero este criterio es rechazado por el abogado general por ser impreciso.

El abogado general hace referencia al sistema del Convenio de Bruselas para rechazar la pertinencia del domicilio del demandante, basándose en el art. 1 que reza “se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional” y en los arts. 26, sobre reconocimiento, y 31⁷⁷, sobre ejecución de resoluciones judiciales. “El tenor de todas las disposiciones principales presupone que el ámbito material del Convenio se define en función de las demandas presentadas ante los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes, prescindiendo de las partes”.

El abogado general alega que no aplicar el principio general del domicilio del demandado a los demandantes domiciliados en países no contratantes crearía una considerable laguna en el sistema del Convenio, ilógica además.

Así mismo, el abogado general rechaza igualar el criterio del domicilio del demandante para la competencia judicial internacional a la exigencia de que la resolución haya sido dictada en Estado contratante para su reconocimiento y ejecución, ya que éstos últimos casos, a diferencia de los primeros, carecen de conexión con la Comunidad.

Por ello, propone al Tribunal que confirme la carencia de pertinencia del domicilio del demandante a menos que se trate de los casos en el Convenio lo indica expresamente.

Sobre la segunda cuestión

Muy resumidamente, el abogado general rechaza las alegaciones de UGIC diferenciando el seguro y el reaseguro como conceptualmente distintos, pero como argumento decisivo esgrime el mismo utilizado por el Tribunal, que es considerar como objetivo de los arts. 7 y ss del Convenio de Bruselas la protección de la parte considerada más débil económicamente, que es el asegurado, de contratos de adhesión que pueden contener condiciones poco equitativas. Por tanto, y dado que en este caso ambas partes son empresas, no se puede considerar que haya una parte débil en el contrato de reaseguro, no pudiendo así incluirse en la identidad de razón o ratio legis los mismos.

RESPUESTA A LA PREGUNTA PLANTEADA CON APOYO EN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

En atención a lo expresado anteriormente y con apoyo en la doctrina de Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, en la línea de otros autores como Georges A. L. Droz , Pierre Gothot o Dominique Holleaux⁷⁸ (entre otros) y las sentencias mencionadas por el abogado general en sus conclusiones para el caso analizado, hemos de concluir que para que se aplique el foro de la sumisión tácita no es requisito que ninguna de las partes esté domiciliada en Estado miembro que forme parte del Reglamento 44/2001.

En palabras de los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González:

⁷⁷El abogado general, en su nota al pie número 12 cita el Informe Jenard: “se aplicará a cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado contratante en las materias civiles y mercantiles que entren en el ámbito del Convenio (añadiendo el abogado general: “con independencia de que las partes hayan estado o no domiciliadas dentro de la Comunidad”) y sea cual fuere su nacionalidad.

⁷⁸ CALVO CARAVACA, A-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La sumisión...* *Op. cit.* en nota 2, p. 70, nota al pie 20.

“La explicación de esta tesis [tesis expansiva, es decir, la aplicación de la sumisión tácita independientemente de los domicilios de demandante y demandado] es clara como el cristal: las normas del Reglamento 44/2001 determinan, cada una por separado, sus propias “condiciones espaciales de aplicación”: si el art. 24 Reglamento 44/ 2001 no exige el domicilio de ninguna de las partes en el territorio de un Estado miembro, ello quiere decir que la voluntad del legislador comunitario es que dicho precepto se aplique con total independencia del domicilio de las partes, sin exigir lo que el art. 24 Reglamento 44/ 2001 no exige. La razón de fondo por la que el art. 24 Reglamento 44/ 2001 no exige el domicilio de ninguna de las partes en el territorio de un Estado miembro es fácil de comprender y ha sido avanzada ya: se respeta la autonomía de la voluntad de ambas partes (= las partes han querido someterse, tácitamente, a un tribunal de un Estado miembro: nada les obliga a ello); además, las partes han podido perfectamente “prever” la aplicación del art. 24 Reglamento 44/2001 a su pacto tácito de sumisión.”

Además del argumento utilizado por estos dos autores de la previsibilidad de la aplicación de las disposiciones⁷⁹, también se debe esta interpretación del art. 24 del Reglamento a que, cuando las partes se someten a un tribunal de Estado miembro es porque el litigio tiene, previsiblemente, alguna conexión con dicho Estado, ya que de otra manera, o bien el demandante no acudiría a ese Estado a interponer la demanda, o bien el demandado interpondría una excepción de competencia.

En lo que respecta a la autonomía de la voluntad, tan acertada es esta interpretación (indiferencia del domicilio de las partes), que en el nuevo Reglamento 1215/2012, art. 25, llamado a sustituir al Reglamento 44/2001, el legislador suprime la exigencia, que en éste se recogía expresamente, del domicilio de una de las partes en Estado miembro para aceptar un acuerdo de sumisión expresa. El Reglamento 1215/2012 entrará en vigor el 10 de Enero de 2015.

Apoyando la línea jurisprudencial iniciada por la sentencia Group Josi, analizada en este trabajo, el abogado general en dicho caso mencionó dos sentencias⁸⁰: “así, en el asunto Rich, el Tribunal de Justicia no se detuvo en el hecho de que el procedimiento principal se refería a un demandante suizo que había solicitado ante los órganos jurisdiccionales ingleses la designación de un árbitro frente a una persona domiciliada en Italia. Del mismo modo, en el asunto Tatry, [...] no se sugirió que los órganos jurisdiccionales que conocieron de las demandas presentadas con posterioridad en Inglaterra pudieran prescindir de los requisitos de litispendencia del art. 21 del Convenio sobre la base de que dicho Convenio no es aplicable a la demanda interpuesta con anterioridad en los Países Bajos”⁸¹

BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional*, “Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional”, Madrid, COLEX, 2005, pp. 49-72.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Algunas cuestiones en torno a la aplicación judicial de las normas de competencia internacional*, “Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal”, No 12, 2001, pp. 81-96.

STCE 13 Julio 2000 (As. C-412/98) Group Josi Reinsurance/Universal General Insurance Company (UGIC)

Conclusiones del abogado general a la STCE 13 Julio 2000 (As. C-412/98) Group Josi Reinsurance/Universal General Insurance Company (UGIC)

⁷⁹ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La sumisión... Op. cit.* en nota 2, p. 67.

⁸⁰ STJCE 25 Julio 1991, Rich (C-190/89) y STJCE 6 Diciembre 1994, Tatry (C-406/92).

⁸¹ STJCE 13 Julio 2000 (As. C-412/98) Group Josi Reinsurance/Universal General Insurance Company (UGIC), Conclusiones del Sr. Fenelly presentadas el 9 de Marzo del 2000 (Rec. p. I-5934).

2.3.- Sumisión respecto a contratos con parte débil

Análisis de la STJUE 20 mayo 2010 (As. C-111/09) Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group / Michal Bilas

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL:

El Reglamento 44/2001 establece un conjunto de normas de competencia judicial internacional ordenadas de forma jerárquica, cuya estructura se organiza de la siguiente manera: en primer lugar debemos atender a lo previsto en los foros para las materias que son objeto de competencia exclusiva establecidas en su art 22, el cual atribuye competencia exclusiva a los tribunales de un estado miembro, no pudiendo conocer del litigio ningún otro tribunal. En segundo lugar, si no se trata de una materia de competencia judicial internacional exclusiva del art 22 acudimos a la sumisión, expresa o tácita, de las partes, contemplada en los arts 23 y 24 del Reglamento. La sumisión expresa atribuye competencia a los tribunales designados por las partes pero no puede operar cuando se trata de una materia de competencia exclusiva. Este foro de sumisión puede modificarse por las partes si el demandado comparece ante un tribunal distinto al del caso anterior frente al que ha sido demandado, y no impugna la competencia mediante la declinatoria. De esta manera, independientemente del estado en que estén domiciliadas las partes, éstas podrán prorrogar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de Estados miembros que en un principio carecían de ella. En tercer lugar, el último escalón jerárquico de los foros de competencia son los foros que operan siempre que no haya ninguno de los dos anteriores: los tribunales del Estado miembro en que se halle el domicilio del demandado, art 7 del Reglamento, o bien los tribunales del Estado miembro designado de acuerdo a los foros de competencia especial previstos en los arts 5 a 21 del Reglamento 44/2001.

Las secciones 3 (competencia en materia de seguros), 4 (competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores) y 5 (competencia en materia de contratos individuales de trabajo) del Reglamento 44/2001 conforman los denominados “foros de protección”: foros de competencia judicial internacional que establecen los tribunales que conocerán en caso de conflicto respecto a esos tres asuntos. La pregunta ¿opera el foro de la sumisión tácita respecto a litigios en materia de contratos con parte débil? se refiere pues, a la validez de la sumisión tácita realizada por las partes para someterse a unos tribunales distintos a los establecidos en las tres citadas secciones.

Para tratar de llegar a una respuesta certera, contamos con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2010.

En concreto, su párrafo número 21, dispone: *«el artículo 24, primera frase, del Reglamento n° 44/2001 establece una regla de competencia basada en la comparecencia del demandado, aplicable a todos los litigios en los que la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto no resulte de otras disposiciones de dicho Reglamento. La referida disposición se aplica también en los casos en los que se ha sometido un litigio a un órgano jurisdiccional contraviniendo las disposiciones del referido Reglamento e implica que la comparecencia del defensor pueda considerarse una aceptación tácita de la competencia del órgano jurisdiccional al que se ha sometido el litigio y, por lo tanto, una prórroga de su competencia»,* por lo que podemos deducir

que la sumisión tácita es operativa en relación con todos los litigios en los que la competencia del Órgano jurisdiccional no resulte de otras disposiciones del Reglamento.

Respecto a las excepciones al foro de la sumisión tácita contemplado en el art 24 del Reglamento 44/2001, podemos advertirlas en el propio artículo: *«Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia o si existiere otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 22.»*

La primera opción se refiere a que la impugnación de competencia que realice el demandado tendrá lugar a través de la declinatoria, por la que expresará su voluntad de no aceptar la competencia del órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto, lo que viene a representar la ruptura en la concordancia de voluntades de demandante y demandado de someterse a ese concreto tribunal.

La segunda opción contiene la posibilidad de que ese litigio represente uno de los casos contemplados como de competencia exclusiva en el art 22 del Reglamento, debiendo entonces el órgano declararse de oficio incompetente, tal como establece el art 25 del mismo instrumento.

No aparecen otras excepciones aparte de las dos expresadas en el articulado del Reglamento: a lo largo de los cinco apartados del art 22 del Reglamento no hallamos los contratos de seguro (materia que dio lugar a la Sentencia analizada), ni los contratos con consumidores, así como tampoco los contratos de trabajo, por lo que podemos asegurar que la segunda parte del art 24 supone que hay solamente dos excepciones y no más a la norma general de la primera parte del artículo. Así se advierte en el vigesimotercer párrafo de la Sentencia: *«la segunda frase contiene una norma que delimita el ámbito de aplicación de la regla general. Por lo tanto, como han señalado los Gobiernos checo, alemán y eslovaco y la Comisión de las Comunidades Europeas, debe considerarse una excepción y debe ser objeto de interpretación restrictiva.»*

Si unimos las dos ideas expuestas hasta ahora, esto es, la posibilidad de que la sumisión tácita tenga lugar en litigios en los que la competencia del Órgano jurisdiccional no resulte de otras disposiciones y, por tanto, en materia de contratos con parte débil, así como que esos tres contratos no sean materia objeto de competencia exclusiva, podremos concluir que la preguntada planteada al respecto de la operatividad del foro de la sumisión tácita en materia de contratos con parte débil merece una respuesta positiva.

El párrafo número 30 de la Sentencia indica: *«a pesar de que, en los ámbitos a que se refieren las secciones 3 a 5 del capítulo II del mismo Reglamento, las reglas de competencia tienen la finalidad de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada (véase, a este respecto, la sentencia de 13 de diciembre de 2007, FBTO Schadeverzekering, C 463/06, Rec. p. I 11321, apartado 28), no puede imponerse a esta parte la competencia judicial determinada en dichas secciones. Si dicha parte decide deliberadamente comparecer, el Reglamento n° 44/2001 le brinda la posibilidad de defenderse en cuanto al fondo ante un órgano jurisdiccional distinto de los determinados en virtud de las referidas secciones».* Resulta clave en este punto, tal como hemos estudiado, el momento en que tenga lugar la sumisión tácita: debe ser posterior al inicio del litigio, de manera que una vez surgido éste y a pesar de contar con los foros de protección que recogen las secciones 3, 4 y 5 del Reglamento, el demandado decida comparecer frente al tribunal de un estado concreto ante cuyo órgano jurisdiccional el demandante ha interpuesto acción. Advertimos pues, que el demandado ha decidido comparecer y lo ha hecho sin imposición alguna por parte del demandante, por propia decisión y voluntad, debiéndose respetar tal determinación, a la que ha llegado y ha querido llegar por sí mismo, por ejemplo por conveniencia, oportunidad o eficiencia.

Ahora bien, el hecho de que esa decisión sea propia del demandado y se exprese por la comparecencia sin declinatoria de competencia, no exime al juez conocedor del asunto de informarle de las consecuencias que ello representa. Así se deduce del párrafo 31 de la Sentencia: *«Los Gobiernos checo y eslovaco destacaron en sus observaciones que, para calificar la comparecencia del demandado de prórroga de la competencia en un litigio de la índole del que se examina en el procedimiento principal, el demandado, parte más débil, debería haber tenido la oportunidad de conocer plenamente las consecuencias de su defensa en cuanto al fondo. Así pues, en su opinión, el juez al que haya sido sometido el litigio debería verificar de oficio, en interés de la protección de la parte más débil, que la manifestación de voluntad de ésta es efectivamente consciente y que con ella se pretende fundamentar su competencia»*

Sin embargo, y como recoge el siguiente párrafo de la Sentencia, el Reglamento carece de una norma que contemple esa “obligación” del juez de verificar la consciencia de la manifestación de voluntad que supone la comparecencia ante el órgano jurisdiccional, la cual *“únicamente podría imponerse estableciendo una regla expresa”* con el claro objetivo de que el juez que conoce del asunto, recuerde al demandado que él no es el juez que le correspondería según los foros de protección, y de esa forma se asegure de que el demandado tiene conocimiento *pleno* de las consecuencias de su comparecencia.

Javier Díez Corredera

3.- El foro del domicilio del demandado y la imposibilidad de su determinación

Análisis de la STJUE 15 marzo 2012 (As. C-292/10), G. / Cornelius de Visser

LITIGIO PRINCIPAL:

El caso que nos plantea que sucede cuando surge un litigio en el que se cree que el domicilio del demandado se encuentra en un estado miembro pero es imposible determinarlo.

El caso que se da en la Sentencia del Tribunal de Justicia (STJ) de 15 de marzo de 2012 es el siguiente: se trata de unas fotografías que aparecen en una página de internet, en las que G aparece prácticamente desnuda. Esta mujer en el año 2003 contactó con dicha página, de la que aparece como propietario y responsable Sr de Visser, para hacerse algunas fotos que “supuestamente” se iban a utilizar para una fiesta. Las fotografías fueron tomadas por medio de una colaboradora y un fotógrafo a los que el Sr de Visser había apoderado.

Años después un compañero de trabajo reconoció a G en dichas fotos publicadas en esa página web, a lo que G decidió entablar una acción de responsabilidad con la página de internet, ya que ella en ningún momento contrato ni llegó a ningún acuerdo para publicar sus fotos en la web www.****.de.

El problema surgió al intentar comunicar a la parte demandada la denuncia ya que la información legal del sitio web y la base de datos DENIC indican como administrador al Sr. N*****, con dirección en Dortmund (Alemania), pero no contra nadie con ese nombre en la guía telefónica. Consta como propietaria de dominio del sitio de internet el Sr.de Visser con dirección en Terneuze (Países Bajos) y una dirección postal en Venlo (Países Bajos) pero no fue posible la comunicación pues todos los envíos fueron devueltos con el asunto “desconocido en destino” y tras ser consultado al consulado del Reino de los Países Bajos en Múnich, estos declararon que no constaba en ningún censo el Sr. De Visser.

Se le concede a G el derecho de justicia gratuita y el día 8 de febrero de 2010 se notifica por edicto el escrito de demanda en el que se dispone la realización de la fase

rpevia escrita. El edicto del escrito de demanda es comunicado en el tablón de anuncios del Landgericht Regensburg. Finalmente el demandado no comparece y se entiende que es porque no llegó a recibir notificación de la demanda al no conocerse ciertamente su domicilio y ante lo que se decide plantear al tribunal de justicia las cuestiones prejudiciales para que resuelva este caso de desconocimiento del domicilio del demandado.

Cuestiones prejudiciales:

Si el art. 4.1 permite la aplicación del art. 5.3 del reglamento 44/2001 para este caso en el que es probable que el domicilio del demandado este en un estado miembro pero no se sabe con certeza.

En primer lugar hay que ver si *es aplicable el reglamento 44/2001 a esta cuestión:*

- En su ámbito material: estamos ante una materia delictual o cuasi delictual art 1 del reglamento por lo que se cumple.

- Ámbito temporal: se establece la irretroactividad art 66 y el convenio entro en vigor el 1 de mayo de 2004 art 76 del reglamento, por lo tanto como la demanda se interpone en 2010 si se cumple.

- Ámbito espacial personal: hay un desconocimiento del lugar de domicilio del demandado, aunque se piensa que puede estar en un estado miembro, aquí es donde está el problema.

- Ámbito territorial: art 1.3 del reglamento territorio de un estado miembro de la UE.

Concurrencia con el convenio de Lugano de 2007, art 64 del convenio de Lugano 07, porque prevalece el reglamento al ser los estados, estados miembros tanto del convenio como del reglamento, por lo tanto es aplicable el reglamento 44/2001.

El art 4.1 lo que dice es que “si el demandado no está domiciliado en un estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada estado miembro por la ley de ese estado miembro...” por lo tanto la cuestión es si este artículo prohíbe la aplicación del 5.3 que establece lo siguiente: “las personas domiciliadas en un estado miembro podrán ser demandadas en otro estado miembro...en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.

Esto ocurre porque aunque se sospecha que puede estar domiciliado en un estado miembro no es seguro, por lo que se discute si se puede aplicar ese art. 5.3.

El art 59 del reglamento establece que para determinar si una parte está domiciliada en un estado miembro el tribunal debe aplicar su ley interna, por lo tanto el reglamento no determina la competencia judicial internacional en el caso de que no se sepa donde se encuentra el demandado.

Ante tal situación el TJ -respecto del Reglamento Bruselas I que establece la protección de las personas que están domiciliadas en la Unión Europea (UE) que les permite determinar fácilmente el órgano jurisdiccional y ante la cusa de que no se conozca el domicilio del deudor se ha establecido que solo se tendrá en cuenta como

domiciliado fuera de la UE cuando haya indicios probatorios de que realmente el demandado está domiciliado fuera de la Unión.⁸²

Por lo tanto se determina que se aplicara el art 5.3 del reglamento en caso de que se considere que el demandado es ciudadano de un estado miembro, pero no es posible localizarlo, siempre que se hayan realizado todas las actuaciones posibles, para localizarlo y se esté convencido de que no es miembro de un tercer estado fuera de la Unión, función que corresponde al tribunal de origen.

¿Se opone el derecho europeo a que se pueda dictar sentencia en rebeldía ante un demandado que se desconoce su domicilio y se le notifico la demanda mediante un edicto?

En primer lugar aquí hay que recordar que el reglamento 44/2001 y su modificación del Reglamento Bruselas I, su finalidad no es unificar las normas de los procedimientos de los estados miembros, sino que lo que hace es regular las normas de la competencia judicial internacional y facilitar la ejecución de las resoluciones judiciales. Por lo tanto son los estados miembros los que tienen que fijar las normas procesales. Ahora bien lo que hay que ver aquí es si esas normas procesales alemanas, en concreto la comunicación de la demanda por el edicto, son compatibles con el reglamento.

Lo principal a examinar aquí es si realmente ese derecho de defensa del que se priva al demandado, al no conocerse realmente su domicilio y por lo tanto no poder comunicarle la demanda, esta salvado por la comunicación por edictos de la demanda. Hay que ver si en este caso la forma de actuar del derecho alemán es compatible con el reglamento.

El art 26.2 del reglamento establece que “El tribunal estará obligado a suspender el procedimiento, cuando no se acredite que el demandado ha podido recibir escrito de demanda o documento equivalente con el tiempo suficiente para defenderse o que se haya tomado diligencia a tal fin”. Por lo que en virtud de este artículo estará justificada la restricción del derecho de defensa, en el caso de que se hayan tomado todos los medios posibles y todas las diligencias necesarias para localizar al demandado y comunicarle la demanda, mediando siempre buena fe.

Hay una sentencia del TEDH de 10 de abril de 2003 que confirma esto, porque establece que el derecho fundamental del art 6 CEDH no tiene carácter absoluto, por lo que no se opone al edicto fijado en el tablón de anuncios para la comunicación de la notificación, pero siempre que se proteja como debe ser los derechos de los interesados.

Esta restricción del derecho de defensa se ve justificada, a su vez, por el derecho a la tutela judicial efectiva de G, por lo que será el tribunal de origen quien tenga que valorar cuando el menoscabo del derecho de defensa queda justificado.

Otra cuestión a tratar aquí es la de la eficacia extraterritorial de la resolución dictada en rebeldía

Aunque estas notificaciones restringen el derecho de defensa del demandado, este sigue teniendo la posibilidad de oponerse a la eficacia de la sentencia en virtud del art. 34.2 del reglamento, algo que no se podría hacer si el procedimiento no continúa. A su vez como se dijo antes, no en todos los casos se acepta la eficacia de la

⁸² Ver Reglamento Bruselas I motivo 39 y 40, ST de 17 de noviembre de 2011 apartado 44 y 50, ST de 25 de octubre de 2011, eDate advertising y otros, C-509/09 y C-161/10, Rec. p. I-0000, apartado 50, ST Gambazzi apartado 29.

resolución, aunque se cumplen los requisitos del 26.2 ya que es el estado miembro requerido el que tiene que ponderar si existió lesión del derecho de defensa y si está justificado o no.

Esta cuestión se plantea en la siguiente cuestión prejudicial:

¿El derecho de la unión se opone a la certificación, como título ejecutivo europeo en el sentido del reglamento 805/2004, de una sentencia dictada en rebeldía del demandado, cuando su domicilio es desconocido?

En primer lugar habrá que determinar la *aplicabilidad del Reglamento 805/2004*:

- *Ámbito material*: materia civil y mercantil, material delictual o cuasidelictual art 2 del reglamento 805/2004.

- *Ámbito territorial*: estados miembros de la UE salvo Dinamarca art 2.3 del reglamento por lo que también es aplicable.

- *Ámbito temporal*: tiene carácter irretroactivo art 26 y entro en vigor el 21 de octubre de 2005 por lo tanto también se cumple.

- *Ámbito espacial/personal*: que la resolución haya sido dictada o la transacción judicial haya sido celebrada o el documento público haya sido emitido en un estado miembro y se pueda ejecutar en otro estado miembro.

Concurrencia con otros convenios: concurre con el reglamento 44/2001 pero son alternativos, por lo que no se deroga ninguno art 27 del reglamento 805/2004. Por lo tanto si es aplicable el reglamento 805/2004.

En virtud del art 3 del reglamento, la sentencia en rebeldía si podría ser objeto de titulo ejecutivo europeo, ya que entra dentro de los títulos ejecutivos que lo pueden ser, pero sin embargo el art 14.2 de este reglamento establece que no sería admisible una certificación sin acuse de recibo si no se conoce con certeza el domicilio del deudor, y eso es precisamente lo que ocurre en este caso en que no conocemos ciertamente el domicilio del deudor y le estamos notificando la demanda mediante una publicación en un tablón de anuncios.

Además si esta sentencia se certificase como titulo ejecutivo europeo al demandado no le quedaría otra opción más que solicitar ante el tribunal de origen la rectificación o revocación de lo certificado y la resolución sería reconocida y ejecutada en los demás estados miembros art 2 y 21 del reglamento. Pero sin embargo como se dijo antes en virtud del art 34.2 del reglamento 44/2001 el demandado puede ejercer su derecho de defensa en fase de reconocimiento y/o ejecutividad en virtud de dicho artículo cosa que no ocurriría si se certificase como titulo ejecutivo europeo.

Por lo tanto no cabe la certificación de titulo ejecutivo europeo de una sentencia dictada en rebeldía cuando se desconoce ciertamente el domicilio del demandado.

¿El art 3.1.2 de la directiva 2000/31 debe ser interpretado en el sentido de que se aplica a una situación en la que se desconoce el lugar del establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información?

Lo que se pretende en este caso es que se asegure la libre circulación de los servicios de la información entre los estados miembros, al someterse los servicios del comercio electrónico al régimen jurídico del estado miembro de establecimiento de sus prestaciones, esto no será posible si los prestadores debieran cumplir en el estado miembro que los acoge requisitos más estrictos que los que son aplicables en el estado

miembro de establecimiento⁸³. Esto es algo que no se puede averiguar si no se conoce el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información, puesto que es necesario conocer cuál es el estado miembro en el que se halle el prestador de servicios. Por lo tanto no se puede aplicar.

BIBLIOGRAFIA:

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M.A. “*de nuevo una sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del reglamento Bruselas I*”

CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL Vol. 4, Nº 2, pp.356-366

Sandra Andrés Diego

Análisis de la STJUE 17 noviembre 2011 (As. C-327/10), Hypoteční banka a.s. / Udo Mike Lindner

INTRODUCCIÓN

En la siguiente sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta que ocurre con el foro del domicilio del demandado cuando resulta imposible averiguar el mismo.

El TJUE debe resolver acerca de la notificación de la demanda, de los requisitos de aplicación de las reglas de competencia judicial y el conflicto entre la tutela de los derechos y garantías del demandado contra los del demandante.

HECHOS, LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

La demandante (Hypotecní banka a.s) y el demandado (Sr- Lidner) celebraron un contrato de préstamo hipotecario. En la fecha en la que se firmó dicho contrato, el demandado estaba domiciliado en la República Checa. Dentro del contrato se firmó una cláusula, en la que se acordó que en relación con las controversias derivadas del contrato sería competente el tribunal donde estaba domiciliado el demandante.

Se planteó posteriormente ante el órgano jurisdiccional de competencia general correspondiente al demandado, una demanda de condena al pago de una cantidad correspondiente a las cuotas impagadas del préstamo acordado entre ambas partes.

Se estima la demanda y se expide un requerimiento de pago. Sin embargo dicho requerimiento fue anulado, por no poder ser notificado en persona al Sr. Lidner⁸⁴. Se probó que el demandado no residía en ninguna de las residencias conocidas por el

⁸³ Véase ST eDate Advertising apartado 66

⁸⁴ La ley de Enjuiciamiento Civil checa en su artículo 173. 1 establece que la notificación del requerimiento de pago ha de hacerse personalmente, queda excluida cualquier otra forma de notificación.

órgano jurisdiccional. Nos encontramos con que el demandado no tiene domicilio conocido, ante esta situación se nombra en el procedimiento un curador⁸⁵.

Dadas estas circunstancias, el órgano jurisdiccional decide suspender el procedimiento iniciado y plantear cuestiones prejudiciales acerca de distintos aspectos: Se pregunta acerca de si el hecho de que el demandado sea nacional de otro país constituye un requisito de aplicabilidad del reglamento 44/2001. La segunda cuestión y más relevante para el caso es si se opone el reglamento 44/2001 a la aplicación de disposiciones de derecho nacional que permitan la tramitación de un procedimiento de personas sin domicilio.

En caso de ser negativa, si las alegaciones del curador pueden considerarse un sometimiento del demandado, a efectos del artículo 24 del Reglamento. Y por último, se plantea si puede considerarse un pacto sobre la competencia territorial de un determinado órgano jurisdiccional elegido a efectos del artículo 17. 3 del reglamento.

CARÁCTER INTERNACIONAL DEL PROCEDIMIENTO

En primer lugar, el órgano jurisdiccional plantea la cuestión de si el hecho de que una de las partes sea nacional de otro estado distinto de la República Checa, tiene trascendencia para que el Reglamento 44/2001 pueda considerarse aplicable.

La internacionalidad del Reglamento es condición *sine qua non* para la aplicabilidad de las normas del Reglamento 44/2001 en el litigio⁸⁶

Según la jurisprudencia que ha venido estableciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la aplicación de las normas del reglamento 44/2001, está sujeta a la presencia de un elemento de extranjería.⁸⁷

En este caso es clara la presencia del elemento de extranjería dada la distinta nacionalidad del demandado. El reglamento se aplica en el caso de situaciones controvertidas, dicha situación se da en el presente litigio dado que el tribunal de un estado conoce de un nacional de otro estado miembro, cuyo domicilio es desconocido por el órgano judicial.

COMPETENCIA DEL ORGANISMO JURISDICCIONAL

En primer lugar, tenemos que subrayar que nos encontramos ante un caso, en el cual se desconoce el domicilio del demandado, en este sentido estudiando el Reglamento 44/2001 apreciamos que no hay ningún precepto que ofrezca una solución a este respecto. Hay que acudir en un principio, al precepto que resultaría aplicable para la resolución del caso. Nos encontramos ante un contrato de consumidores, dicho contrato se encuentra regulado en el artículo 16 del citado reglamento.

El artículo 16 en su apartado 2 nos indica que únicamente podrán interponerse acciones ante los tribunales donde el consumidor tenga su domicilio. Cuando se de un contrato de consumidores lo primero que tiene que ver el órgano jurisdiccional ante el que se plantea la acción es ver si es competente, a causa de que el demandado se halle domiciliado en su estado.

⁸⁵ El art. 29 de la Ley de Enjuiciamiento civil checa prevé la posibilidad de nombrar un curador en diversas causas, una de ellas es cuando el domicilio del demandado se desconozca.

⁸⁶ M^a Angeles Rodríguez Vázquez, "El difícil equilibrio entre el derecho a la tutela judicial del demandante y la protección de los derechos de defensa: el asunto Lindner". *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, N^o 1, p. 347

⁴ Sentencia de 1 de marzo de 2005, Owusu C- 281/02 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de marzo de 2005. Andrew Owusu contra N. B. Jackson, que actúa con el nombre comercial "Villa Holidays Bal-Inn Villas" y otros.

Para atender al domicilio del demandado hay que acudir al artículo 59 que en su apartado 1 nos establece que *para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna*. Cuando no estuviese domiciliada en el Estado Miembro *el tribunal para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro*.

Como vemos el Reglamento 44/2001 no ha considerado hacer una definición autónoma del concepto domicilio, esta ausencia de aplicación uniforme plantea conflictos.⁸⁸

En este caso, el órgano jurisdiccional a pesar de las investigaciones realizadas no consiguió resolver donde se hallaba el domicilio del demandado, sabiendo que no se hallaba domiciliado en la República Checa, el artículo 16.2 venía siendo inaplicable.

El órgano jurisdiccional tampoco tenía indicios probatorios para saber si el demandado tenía su domicilio en un tercer estado fuera de la UE, si esto hubiese sido así, se tendría que haber aplicado el artículo 4 del Reglamento 44/2001.

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que ante este caso de demandado sin domicilio conocido *la regla de competencia de los tribunales del estado miembro en el que se encuentre el domicilio del consumidor, establecida en este último precepto, comprende igualmente el último domicilio conocido del consumidor*.

El tribunal da una interpretación en la que se favorece la aplicación de las normas del Reglamento en detrimento de las normas nacionales de competencia judicial internacional, dado que considera que cuando se desconoce el domicilio del demandado nacional de un Estado miembro sólo procede aplicar las normas nacionales si existen indicios probatorios que permitan al tribunal llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la UE.⁸⁹

Para entender la situación dictada por el tribunal hay que tener en cuenta dos planteamientos. Por un lado, se había pactado entre las partes un acuerdo en el cual se estipula que si el consumidor se cambiaba de domicilio se notificaría a la otra parte. Por otro lado, si se adoptara una solución diferente esta perjudicaría al demandado.

Vemos por tanto que se da un conflicto entre la tutela de los derechos del demandado y los derechos de defensa del demandante.

La solución acordada como dice el propio tribunal, es la que más encaja con la lógica del reglamento 44/2001. La finalidad del reglamento consiste en fortalecer la protección jurídica de las personas domiciliadas en la Unión Europea, se debe ayudar al demandante a fijar el órgano jurisdiccional.

Si no se adoptara esta solución, veríamos como se atenta contra el derecho de tutela judicial efectiva. El demandado en el pacto suscrito entre las partes, firmo que avisaría ante un cambio de domicilio, ante la gran duración del contrato de préstamo, que iba a vincular a estas partes durante un periodo de tiempo muy amplio.

⁸⁸ Garcimartín Alférez F.J “Foro general del demandado” *Derecho internacional privado*, 2ªed, Madrid, Editorial Civitas S.A, Madrid.

⁸⁹ De Miguel Asensio. P. “Infracción de derechos y demandas frente a responsables de sitios de Internet cuyo domicilio se desconoce”

Debido a la respuesta de considerar domicilio al último domicilio del deudor, aunque este no sea el actual, equipara a las partes, y hay un equilibrio entre demandado demandante.

Debemos hacer referencia a que nos encontramos ante un contrato de consumidores, en este tipo de contratos no hay un justo equilibrio normal entre las partes, se reconoce al demandado una mayor protección, dado a que se encuentra en una posición inferior respecto a la otra parte. Pero en este caso el consumidor tiene una conducta inadecuada, y no se le puede ofrecer una protección total, ya que con esto estaría siendo denegada la protección al demandado.

¿SE OPONE EL REGLAMENTO AL NOMBRAMIENTO DEL CURADOR ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 29 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CHECA?

En primer lugar debemos ver si se respetan los derechos de defensa.⁹⁰ El demandado tiene derecho a su defensa, pero también dentro del derecho de defensa enunciado por la Carta de los derechos fundamentales, se entiende que el demandante tiene derecho de acudir ante un órgano jurisdiccional que determine su pretensión.

Una interpretación muy amplia del derecho de defensa puede perjudicar a muchos demandantes, por tanto hay que analizar los casos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido considerando que no se puede interpretar el derecho de defensa como una prerrogativa absoluta sino que se deben establecer límites.⁹¹ Estas reservas a este derecho deben ser motivadas e importantes. El tribunal de Justicia de la Unión Europea considera como una limitación motivada la situación de denegación de justicia del demandante en que se encontraría por ignorar el domicilio del demandado.

Visto esto, debemos contestar a la pregunta planteada, es decir, resolver si el reglamento 44/2001 se opone o no a la disposición procesal interna establecida en el artículo 29 de la Ley de Enjuiciamiento Checa.

El nombramiento de un curador hace posible que se siga un procedimiento sin estar presente el demandado, y sin conocimiento este del procedimiento iniciado.

Debemos hacer referencia al artículo 26.2 del Reglamento 44/2001

“Este tribunal estará obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin.”

Respecto a este artículo ha de entenderse, expone el tribunal, en el sentido de que no se hubiese acreditado que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda.

El tribunal, por tanto, no se opone a la aplicación de dicho precepto del régimen estatal checo, pero entiende que si se produce una denegación de justicia. No obstante se debe llevar a cabo por el órgano judicial una comprobación exhaustiva, realizada con buena fe y de acuerdo con los principios de diligencia, para encontrar el domicilio del demandado. El tribunal es consciente que la aplicación de este artículo restringe los derechos de defensa reconocidos al demandado pero es la única forma de amparar de una forma efectiva al demandante.

⁹⁰ Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de abril de 2009. Asunto C-394/07. Marco Gambazzi contra DaimlerChrysler Canada Inc. y CIBC Mellon Trust Company

Aunque se adopte esta medida, tampoco se estaría vulnerando el derecho del demandado de la tutela judicial, ya que se puede oponer al reconocimiento de la sentencia dictada en contra de sus derechos, así se establece en el artículo 32.2 del Reglamento 44/2001.

CONCLUSION

En el caso en que resulta imposible determinar la domiciliación del demandado, el TJUE ha admitido que se puede establecer como domicilio del mismo, el último domicilio donde había residido el demandado, esto se ha interpretado en este sentido para garantizar los derechos de ambas partes, y no proteger únicamente al demandado, sino también al demandante. Se establece una protección para tutelar los intereses del demandante que está domiciliado en un estado miembro de la unión.

Únicamente se podrá interpretar el foro del domicilio del demandado este sentido, cuando el tribunal haya comprobado fehacientemente que es imposible la determinación del domicilio del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Rodríguez Vázquez M.A, “El difícil equilibrio entre el derecho a la tutela judicial del demandante y la protección de los derechos de defensa: el asunto Lindner.” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2012, Vol. 4, Nº 1, p. 345-353

Garcimartín Alférez F.J “Foro general del demandado”. *Derecho internacional privado*, 2ªed, Madrid, Editorial Civitas S.A, Madrid, enero 2014

De Miguel Asensio. P. “Infracción de derechos y demandas frente a responsables de sitios de Internet cuyo domicilio se desconoce,” <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2012/03/infraccion-de-derechos-y-demandas.html>

Ana Arias Vivas

4.- Foros especiales en materia contractual general

4.1.- Determinación del “lugar de entrega de las mercancías” y el “lugar de prestación de los servicios”

Análisis de la STJUE 9 junio 2011 (As. C87/10) Electrosteel Europe SA / Edil Centro SpA y de la STJUE 25 febrero 2010 (As. C-381/08) Car Trim GmbH / Key Safety Systems Srl

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de Junio de 2011: En el asunto C-87/10.

En este litigio hay dos empresas, la empresa demandante EDIL CENTRO SpA (Edil Centro en adelante) con domicilio en Italia, y a la empresa demandada ELECTROSTEEL EUROPE SA (Electrosteel en adelante) con domicilio En Francia. Ambas empresas celebraron un contrato de mercaderías mediante el cual la empresa compradora (Electrosteel) es demandada por la empresa vendedora (Edil Centro) ante el Tribunale Ordinario di Vicenza⁹², porque no recibió el pago de 36.588,26€ por las mercaderías recibidas.

⁹² Tribunale Ordinario di Vicenza: Tribunal Ordinario de la ciudad de Vicenza, capital de la provincia homónima ubicada en la región del Véneto (Italia).

La empresa Electrosteel alega que el juez italiano no tiene competencia para conocer el asunto porque dicha empresa esta domiciliada en Francia y que por tanto, la demanda debería haberse interpuesto ante un órgano jurisdiccional francés.

En contra de lo anterior, Edil Centro alega que dicho contrato contiene un Incoterm⁹³ llamado EXV que contiene la cláusula “*Resa: Franco ns. [nostra] sede*”, que marca el lugar de entrega de las mercancías, y de esto Edil Centro desprende que la jurisdicción italiana es competente para conocer del asunto.

Edil Centro se está refiriendo a los Incoterms de la versión del año 2000, y alega que la cláusula “*Resa: Franco ns. [nostra] sede*” es una cláusula correspondiente al Incoterm del tipo “EXW”, que designa el lugar de entrega de las mercancías, y según el cual el vendedor (en este caso Edil Centro) pone la mercancía a disposición del comprador en sus propias instalaciones en Italia, y todos los gastos a partir de ese momento son por cuenta del comprador (Electrosteel), pudiéndose utilizar para ello cualquier tipo de transporte o una combinación de los mismos.

Una vez que se firmó el contrato, la mercancía fue entregada a Electrosteel por un transportista que se hizo cargo de la mercancía en Italia (en las instalaciones de Edil Centro) y la entregó en Francia (En el domicilio social de Electrosteel).

Es entonces cuando el Tribunale Ordinario di Vicenza establece que el concepto de “lugar de entrega” en Italia, en cuanto nos referimos al “lugar de ejecución que sirve de base a la demanda” en virtud del art. 5.1 b), primer guión del Reglamento 44/2001, ha dado lugar a múltiples interpretaciones tanto por parte del propio Tribunale Ordinario di Vicenza como de la Corte Suprema di cassazione⁹⁴.

Finalmente, debido a esas múltiples interpretaciones, el Tribunale Ordinario di Vicenza suspende el procedimiento y plantea una única cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), para que se pronunciara acerca de lo siguiente.

-¿Cómo se debe interpretar el art. 5.1 b), primer guión del Reglamento 44/2001? ¿Debe entenderse por lugar del cumplimiento de la obligación, en el caso de contrato de mercaderías, el lugar del destino final de las mercaderías, o debe entender como tal el lugar en el que el vendedor cumple la obligación de entrega? ¿Se podría buscar otro lugar con una interpretación distinta del art. 5.1 b), primer guión del Reglamento 44/2001?

Para resolver todas estas preguntas de la cuestión prejudicial que el Tribunale Ordinario di Vicenza plantea al TJUE, el propio tribunal europeo establece que la expresión “según el contrato” que se recoge en el art. 5.b), primer guión, del Reglamento 44/2001 para determinar el lugar de entrega de las mercancías en el caso de las ventas por correspondencia, de cara a fijar el tribunal competente, se determinará en función de lo que establezca el propio contrato. En caso de no poderse determinar ese lugar, se acudirá al Derecho sustantivo, y el mismo será el lugar de entrega material de las mercancías.

Como habrá que estar a lo que diga el propio contrato para determinar ese lugar de entrega de las mercancías, el TJUE le da una gran importancia y relevancia a los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio, ya que desempeñan un papel importante por el reconocimiento y uso que tiene en el comercio internacional. Por tanto, y en virtud de lo anterior, el juez competente que conozca del asunto, para determinar el lugar de entrega, debe tener en cuenta todos los términos y cláusulas

⁹³Incoterm (acrónimo del inglés *Internacional Commercial Terms*, “términos internacionales de comercio): conjunto de reglas internacionales, regidas por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional.

⁹⁴ Corte Suprema di Cassazione: Es el Tribunal Supremo Italiano (equivalente al Tribunal Supremo español), y es el tribunal de la última instancia de la legitimidad de las sentencias de los tribunales ordinarios.

incluidos en el contrato, como son los Incoterms, dado que permiten identificar el lugar de entrega de las mercancías de manera clara.

En este caso, el Incoterm al que hace referencia el contrato es el Incoterm “EXW” o *Ex Works* que regula la transmisión de los riesgos, el reparto de los gastos y determina cual es el lugar de entrega de las mercancías. En la misma postura se reafirma la Abogado General J. Kokott en el punto 40 de sus conclusiones generales de 3 de Marzo de 2011 al asunto C-87/10, cuyas conclusiones se enfocan principalmente en determinar el significado de la cláusula “*Resa: Franco ns. [nostra] sede*”, y según la Abogado General dicha cláusula serviría sin más para determinar el lugar de entrega, además de determinar la transmisión del riesgo y el lugar de entrega de la mercancía, es decir, que mediante ésta cláusula “*Resa: Franco ns. [nostra] sede*” se puede determinar el lugar de entrega de las mercancías y el cumplimiento en el sentido del art. 5.1 b), primer guión del Reglamento 44/2001.

En virtud de lo dicho anteriormente, la Abogado General establece en sus puntos 44 y 46 de sus conclusiones que los Incoterms y otras cláusulas comerciales similares constituyen estipulaciones contractuales sobre las cuales se puede determinar perfectamente el lugar de entrega de las mercancías.

Entonces, siguiendo con el Incoterm, en el Incoterm *Ex Works* la entrega se entiende realizada en el establecimiento de Edil Centro, entonces el tribunal competente, en virtud del art. 5.1 b), primer guión del Reglamento 44/2001, será el de Vicenza (Italia) ya que es el lugar donde tenía su establecimiento Edil Centro y conocerá de todos los litigios relativos al contrato de compraventa internacional de Electrosteel y Edil Centro.

Finalmente, y en respuesta ya a la última pregunta de la cuestión prejudicial referida a si se podría buscar otro lugar de entrega de las mercancías con una interpretación distinta a la del art. 5.1 b), primer guión del Reglamento 44/2001, el TJUE la responde al principio de la sentencia (como se ha señalado anteriormente) respondiendo que si no se puede determinar sobre la base de lo que disponga el contrato, sin acudir al Derecho sustantivo aplicable al contrato, ese lugar será el de la entrega material de las mercancías en virtud del cual el comprador (Electrosteel) adquirió las mercancías.

En estos mismos términos se refiere la Abogado General en su punto 47 de sus conclusiones, estableciendo que, en virtud del principio de la “designación pragmática del lugar del cumplimiento”, el lugar de entrega de las mercancías será el lugar de la entrega física de las mercancías al comprador en virtud de la cual se adquiere la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías.

A modo de conclusión final, remarcaremos los comentarios realizados por la Profesora Esperanza Castellanos Ruiz⁹⁵ en su texto titulado “El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega”⁹⁶, en los cuales la autora señala que con esta sentencia se remarca la importancia y la superioridad de los Incoterms en la individualización del lugar de entrega respecto al criterio de la entrega material, donde la voluntad de las partes queda reforzada y se establece el lugar de entrega de las mercancías de manera clara y cristalina. Esta sentencia supone un complemento a la Sentencia Car Trim sobre el problema de la individualización del lugar de entrega en los contratos de compraventa.

Se ve claramente, en palabras de la autora, que con esta sentencia el TJUE da un paso atrás en los casos en los que las partes no pactan dicho lugar de entrega, y en su opinión cree que en ausencia de pacto debe primar la aplicación de los usos y

⁹⁵ Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

⁹⁶ Texto perteneciente al libro titulado “Cuaderno de Derecho Transnacional (Octubre 2012), Vol. 4, pp. 93-122

prácticas comerciales internacionales, ya que ofrecen soluciones más acordes al contrato de compraventa internacional. También es cierto que el TJUE establece que los Incoterms solo serán aplicables en caso de haberse incluido en los contratos y que, por consiguiente, no se podrá remitirse al juez nacional a las soluciones de Derecho material aplicable al contrato internacional. En este caso solo se podría acudir al lugar de entrega material de las mercancías, entendido éste como el “*destino final de la operación de compraventa*”, aunque dicha expresión ha sido criticada por la Abogado General al afirmar que crea más confusión que aclaración.

La autora acaba concluyendo que para evitar que se den soluciones contradictorias sobre la determinación del tribunal competente para litigios similares, lo idóneo es añadir al contrato una cláusula que determina quien tiene la competencia judicial internacional, como señala por ejemplo el artículo 23 del Reglamento 44/2001. Otra opción más difícil de darse es acordar tácitamente cual será el tribunal competente, o directamente añadir una cláusula que permita identificar de manera inequívoca el lugar de entrega de las mercancías, como ocurre al añadir un Incoterm, aunque la Abogado General de este caso consideró como un “avispero jurídico” el problema de determinación del lugar de entrega.

Opinión personal

Para terminar, señalaré que en mi opinión, yo también me decanto por la opción señalada tanto por el TJUE, por la Abogado General como por la profesora Esperanza Castellanos Ruiz, que tienen en común la idea de que los Incoterms, en caso de estar recogidos en dicho contrato de compraventa internacional, priman sobre todas las cosas y son de especial relevancia, y gracias a ellos no queda nunca ningún género de dudas a la hora de determinar tanto el lugar de entrega de las mercancías como del juez competente, aunque si es cierto que este tema es un poco variopinto a la hora de determinar el lugar de entrega si no ha quedado de manera clara cual es el lugar de entrega, aunque en este caso gracias al Incoterm del Grupo E se deduce fácilmente.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 25 de febrero de 2010 en el asunto C-381/08

El litigio principal versa sobre un conflicto entre dos empresas. La empresa KeySafety domiciliada en Italia, trabajaba en la distribución de sistemas de airbags a fabricantes italianos de automóviles comprando en un periodo desde 2001 a 2003 a otra empresa, Car Trim, componentes necesarios para fabricar esos sistemas de airbags, mediante cinco contratos de suministro.

En el año 2003 KeySafety resolvió los contratos. Por su parte Car Trim consideró estas resoluciones como incumplimientos de contrato interponiendo una demanda de indemnización por daños y perjuicios ante el Landegericht Chemintz⁹⁷. Este tribunal consideró que existía falta de competencia de los tribunales alemanes declarándose incompetente para conocer esta demanda.

El Oberlandesgericht⁹⁸ desestimó el recurso de apelación del recurrente observando que los contratos obligaban a la sociedad recurrente a fabricar los airbags de una forma determinada, comprándole a proveedores determinados previamente para cumplir en tiempo con la entrega de los airbags según se fueran solicitando. Por su parte Car Trim interpuso recuso de casación ante el Bundesgerichtshof⁹⁹. Este tribunal se cuestiona sobre su el Landegericht Chemintz incurrió en error negando su competencia y para dar respuesta a ello hay que acudir a la interpretación del art. 5.1 b) del Reglamento 44/2001 considerando que los tribunales alemanes solo serán competentes para conocer de la demanda de indemnización por daños y perjuicios si

⁹⁷ Landegericht Chemintz: tribunal de distrito de Chemintz (Alemania)

⁹⁸ Oberlandesgericht : tribunal de apelación alemán

⁹⁹ Bundesgerichtshof: tribunal federal alemán

se considera que el lugar de producción es el lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda siempre en el sentido del art. 5.1 b) del Reglamento 44/2001. Así determina que el órgano competente es aquel que el vínculo de conexión geográfico sea más estrecho, en función del lugar de ejecución de la prestación característica del contrato, que se determinará de acuerdo a criterios económicos si no hay otro elemento de conexión. Ante tal situación se suspende el procedimiento y se plantean por parte del Bundesgerichtshof dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia para que éste se pronuncie sobre las mismas:

La primera cuestión prejudicial hace referencia a la interpretación del artículo 5.1 b) del Reglamento 44/2001 en el sentido de si los contratos de suministros de bienes que se fabrican previamente se deben considerar compraventa de mercaderías y no prestaciones de servicios, teniendo en cuenta exigencias previas del comprador respecto de los productos y en función de esta distinción, los criterios utilizados para la misma.

En esta cuestión el tribunal atiende a la interpretación del art. 5.1 b) del Reglamento 44/2001 señalando la gran cooperación que en este sector automovilístico existe y viene acompañada esta producción de mercancías de la prestación de servicios. Teniendo en cuenta también a la hora de establecer esta distinción las exigencias previas del comprador a la hora de calificar como servicio o no esa compraventa de mercancías. Así el art. 5.1 recoge como uno de los criterios de conexión con el tribunal competente la obligación establecida en los propios contratos. Pero para determinar esta obligación característica de los contratos a fin de considerar tal obligación como “compraventa de mercaderías” o “prestación de servicios” han de tenerse en cuenta distintos elementos.

En primer lugar, señala el tribunal uno de los elementos, apuntando distinta normativa europea e internacional como el art. 1.4 de la Directiva 1999/44 en cuanto a que los contratos de suministro de bienes de consumo que se fabrican o producen son considerados contratos de compraventa. Señala también el art. 3.1 de la CCIM igual consideración de contratos de compraventa en la misma dirección de la Directiva 1999/44, también el art. 6.2 de la Convención de Naciones Unidas. Así teniendo en cuenta estas disposiciones normativas dan lugar a considerar que el hecho de que una mercancía que ha de entregarse deba fabricarse o manufacturarse previamente da lugar a que siga considerándose tal contrato como contrato de compraventa.

Otro de los elementos señalados es el suministro por el comprador de la mayor parte o de todos los materiales, apuntando el tribunal que, en el caso de que el comprador aportase tales materiales para la fabricación de las mercancías podría considerarse como “prestación de servicios”, sin embargo, en el caso tratado no se da esta circunstancia, existiendo un elemento más para calificar tal contrato como “compraventa de mercaderías”.

En último lugar, otro elemento a señalar es la responsabilidad del proveedor en cuanto a la calidad y conformidad con el contrato de mercancía, en cuyo caso se considerará “contrato de compraventa de mercaderías” mientras que si tal responsabilidad se refiere solo a una ejecución correcta estaremos ante un contrato de “prestación de servicios”.

Con consideración de lo expuesto, el tribunal responde a la interpretación del art.5.1 b) del Reglamento 44/2001 a esta primera cuestión y con los elementos a tener en cuenta, que tal artículo debe interpretarse de manera que los contratos que tengan por objeto la entrega de mercancías que tengan que ser producidos o fabricados previamente, serán considerados contratos de “compraventa de mercaderías”

Por su parte, el Abogado General, ante esta primera cuestión, opina que puede interpretarse de diversas formas. Apuntando en primer lugar que la jurisprudencia del

tribunal de Justicia y los conceptos y criterios que establece no son suficientes para delimitar si se trata de un contrato de “ compraventa de mercaderías” o de “ prestación de servicios” y no serían válidos para aplicarlo al contexto del Reglamento 44/2001, ya que la definición dada por el tribunal respecto al contrato de “ prestación de servicios” es negativa no pudiéndose obtener conclusiones claras y no puede hacerse una interpretación generalizada sino caso por caso. De manera que respecto al caso analizado, considera el abogado responder teniendo en cuenta el caso particular, estableciendo que los contratos celebrados por las empresas son contratos de entrega de bienes y que a pesar de existir obligaciones dentro de los mismos de prestación de servicios son subsidiarias y no modifican el carácter de contrato de “compraventa de mercaderías”, teniendo en cuenta el principio *accessorium sequitur principale*.¹⁰⁰

De esta manera concluye en esta cuestión el Abogado General que existe una relación contractual entre las empresas considerándose tales contratos como “compraventa de mercaderías” y por tanto debiéndose interpretarse tal relación contractual al art. 5.1 b) del Reglamento 44/2001.

La segunda cuestión prejudicial se refiere a , si en el caso de que se trate de una compraventa de mercaderías, como se determina el lugar de entrega o deberían entregarse las mercancías en el caso de ventas por correspondencia, bien atendiendo a la entrega material al comprador o bien al lugar en el que se entregan al primer transportista para su transmisión al comprador.

El tribunal respecto de esta cuestión y en cuanto a las ventas por correspondencia, a la hora de interpretar el art. 5.1 b) del Reglamento en la cuestión de determinar el lugar de entrega de las mercancías, señala en primer lugar la primacía de la autonomía de la voluntad a la hora de determinar el lugar de entrega de las mercancías. Y para responder a tal cuestión, el tribunal acude al Reglamento a su génesis, objetivos y su sistema. Refiriéndose al art. 5.1 del Reglamento en cuanto a que se refiere al estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que deba conocer del mismo para la compraventa de mercaderías.

Se consagra como regla de competencia especial aplicable a todas las demandas basadas en un mismo contrato de compraventa de mercaderías, no pudiendo acudir a las normas de Derecho Internacional Privado de cada Estado.

Determina que el órgano jurisdiccional remitente tiene que analizar si el lugar de entrega ha sido determinado por las partes o no, de manera que en defecto de pacto del lugar de entrega habrá que acudir a distintos puntos para fijar el criterio que determine el lugar de la entrega. De esta forma se señalan dos puntos: el lugar de entrega material de la mercancía al comprador, y la entrega de la mercancía al primer transportista para su transmisión al comprador.

Teniendo en cuenta la génesis, los objetivos y el sistema del Reglamento que es lo que utiliza el Tribunal para responder a la cuestión en defecto de que no lo disponga el propio contrato, el art. 5.1 b) del Reglamento debe interpretarse de manera que el lugar en el que se entregaran o debieran ser entregadas las mercancías será el de la entrega material al comprador de las mismas , pues es el punto que se acerca más al criterio de mayor conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del asunto y cumpliendo con el objetivo de todo contrato de compraventa de mercaderías, que es que tales bienes lleguen efectivamente al comprador.

El Abogado General, sobre esta segunda cuestión hace referencia a lo dicho por el gobierno del Reino Unido, el gobierno checo y la parte demandada así como la Comisión, considerando que tal lugar de entrega de las mercancías se determina en función del lugar en el que el comprador adquiere efectivamente los bienes en virtud

¹⁰⁰ *Accessorium sequitur principale*: lo accesorio sigue a lo principal

del contrato. Así señala el abogado que “venta por correspondencia” es un concepto nacional y que el Tribunal de Justicia en lo referente a la expresión “ el lugar del Estado miembro en el que según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías” debe interpretarlo respecto al contrato de compraventa general y no solo refiriéndose a la “venta por correspondencia”. Bajo el punto de vista del Abogado general esta expresión se tiene que interpretar en base a unos hechos como que el Reglamento 44/2001 permite la sumisión por las partes a un tribunal de un estado miembro dotándolas de mayor protección y por otra parte coincide en la interpretación del art. 5.1 sobre la competencia especial configurándose como criterio de proximidad entre contrato y tribunal que debe conocer del mismo. De esta manera concluye el abogado general que la expresión anteriormente citada hace referencia al lugar en el que se ponen o deben ponerse en poder material del comprador, permitiendo una mejor identificación de dicho lugar.

Opinión personal.

Respecto al asunto tratado, en mi opinión , creo que en el TJUE generaliza a la hora de tratar el caso y englobarle dentro del art. 5.1 b) del Reglamento 44/2001 como así dice el Abogado General, a la hora de concretar el concepto de “compraventa de mercaderías” o “prestación de servicios” , pues considero que debe analizarse caso por caso dentro del marco de ese art 5.1 b) pero teniendo en cuenta los aspectos diferentes de cada contrato como puede ser que exista o no especificaciones por parte del comprador o colaboración más o menos estrecha entre las empresas; y como dice Pedro Miguel de Asensio¹⁰¹ “ el Tribunal incorpora cierta flexibilidad y exige valorar las circunstancias de cada caso a los efectos de delimitar entre estos dos tipos de contratos, sin excluir que contratos combinen elementos de ambos hayan de ser calificados en ocasiones como contratos de prestación de servicios”.

Respecto del “lugar de entrega de las mercancías”, el Tribunal señala, bajo mi punto de vista de forma adecuada, en primer lugar a la autonomía de la voluntad a la hora de delimitar tal lugar, pudiendo utilizar el llamado contrato de INCOTERM que sirven para determinar el lugar de común acuerdo por las partes. Pero en defecto de este pacto el Tribunal utiliza una solución material determinando acudir al Derecho aplicable al contrato, determinado según la norma de ley aplicable del foro. Apostando el Tribunal, acertadamente, que el lugar de entrega en caso de bienes transportados será el de la entrega material del comprador; solución que dista de la dada por el art 31 CCIM, el cuál establece que para los casos en que el contrato de compraventa implica el transporte de las mercaderías, la obligación de entrega consistirá, salvo pacto en contrario, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador.

Llamándome la atención en este aspecto la afirmación recogida por Fernando Esteban de la Rosa¹⁰² considerando que la respuesta material que ofrece el TJ al problema de la determinación del lugar de entrega de la mercancía no se puede considerar completa o cerrada pues no se proporcionan soluciones efectivas para todos los casos, no dando el Tribunal una respuesta clara y cerrada en este asunto.

BIBLIOGRAFÍA

-Tribunale Ordinario di Vicenza:

<http://www.tribunale.vicenza.it/>

-Corte Suprema di Cassazione

<http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/>

¹⁰¹ Véase opinión del blog del Prof. Pedro Miguel de Asensio

¹⁰² DIARIO LA LEY, N° 7392, Sección Doctrina, 30 Abr. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY pp.17-18

-Business Cool:

<http://www.businesscol.com/comex/incoterms.htm>

-CASTELLANOS RUIZ, E., *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), Vol. 4, pp. 93-122.

-Blog del Profesor Pedro Miguel Asensio:

<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2010/03/la-sentencia-del-tribunal-de-justicia.html>

- Diario La Ley, N° 7392, Sección Doctrina, 30 Abr. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY

Fernando Castilla Crego, y Laura Barbero Miguel

Análisis de la STJUE 11 marzo 2010 (As. C- 19/09) Wood Floor Solutions, Andreas Domberger GmbH / Silva Trade SA

CONTRATO DE AGENCIA:

En Derecho Comunitario el contrato de agencia viene recogido en el artículo 1, apartado 2, de la directiva 86/ 653/ CEE del Consejo:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario».

APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 5.1. DEL REGLAMENTO 4/2001:

En materia contractual general, de no existir pacto de sumisión ni expresa ni tácita, según el art. 5.1 a) del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007, será competente el tribunal del lugar donde hubiere sido o hubiere de ser cumplida la obligación que hacía de base de la demanda.

Este precepto 5.1 a) solo es aplicable si el demandando está domiciliado en un estado miembro, y se le demanda en otro estado miembro distinto al de su domicilio. En el apartado b) del art. 5.1 se introducen dos reglas especiales; cuando se trata de contratos de compraventa de mercancías, el lugar de cumplimiento que sirve de base a la demanda será, salvo pacto en contrario, el lugar del estado miembro en el que según el contrato debieran entregarse las mercancías, y si se trata de un contrato de prestación de servicios, el lugar del cumplimiento de la obligación que sirve de base de la demanda, salvo pacto en contrario será el lugar según el contrato debieran ser prestados los servicios.

En el apartado c) del artículo 5.1 se establece que el apartado a) solo será aplicable cuando no lo sea el b).

Pero pueden surgir problemas. Por ejemplo, al aplicar la letra b), esa obligación ha de ser cumplida en varios Estados miembros ¿Sigue aplicándose este foro especial? Esta cuestión se irá concretando en los siguientes puntos.

BREVE RESUMEN SOBRE LOS HECHOS DE LA STJUE 11 marzo 2010 (As. C-19/09), Wood Floor Solutions, Andreas Domberger GmbH / Silva Trade S.A.

Todo empieza con una demanda de Wood Floor contra Silva Trade ante el Landesgericht Sankt Pölten de Austria, con el fin de que se le indemnizara, fundamentando la competencia del tribunal ante el que se interpuso la demanda en el art. 5.1., letra b), ya que solo desempeñó su actividad exclusivamente en Austria, entonces Silva Trade impugnó la competencia de tal órgano, argumentando que Wood Floor había estado prestando servicios en otros países y el anterior artículo no contiene ninguna disposición expresa para ello. Luego el caso se fue yendo a posteriores instancias y ante tal duda el Oberlandesgericht Wien decide suspender el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales sobre, la aplicabilidad del artículo 5.1. letra b) del Reglamento 44/2001 cuando los servicios se presten en varios Estados miembros, en el caso de que si sea aplicable, el lugar de cumplimiento de la obligación característica y si se puede presentar la demanda en cualquier Estado miembro en el que se presten servicios y, por último, si no se aplica la letra b), si es aplicable la letra a) del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001.

CONCRECIÓN DEL LUGAR QUE SIRVE DE BASE A LA OBLIGACIÓN (y, por tanto, jurisdicción competente para conocer la demanda):

Lugar de entrega de mercaderías: cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías.

Pero en este punto no hay que centrarse, ya que el tema a tratar es un contrato de prestación de servicios.

Lugar de prestación de servicios: cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

Hasta aquí bien, pero uno de los temas a tratar en esta exposición es cuando el servicio se presta en más de un Estado miembro. Debido a esto si no se aplicara este foro especial, habría que aplicar el foro general del domicilio y se podría de demandar pretensiones distintas en distintos Estados miembros. Pero para ello hay que señalar que los objetivos de proximidad y de previsibilidad que pretende el Reglamento 44/2001, se verían violados si esto ocurriese, por ello ha de haber una única competencia judicial para todas las pretensiones, ya que este Reglamento contribuye al desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Entonces como solo va a haber una demanda, ¿qué los órganos de que Estado miembro conocerán la demanda?

Hay un precedente, que es la sentencia *Color Drack*, la cual establece que se entiende por lugar de cumplimiento de la obligación característica, el que garantice el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, que se entiende por ello el lugar donde se realiza la entrega principal, en este caso el lugar donde se da la prestación principal.

¿Cómo se determina el lugar de la prestación principal?

En el caso de que nos encontremos ante un contrato de Agencia como en este caso, el lugar en el cual se da la prestación principal ha de deducirse de las cláusulas del contrato, es decir, de la voluntad de las partes y, por ello, cumple con el objetivo de proximidad. En el caso de que no se prevea a través de ninguna cláusula u otro en sitio explícito, se ha de tomar el lugar de la prestación principal, el lugar de cumplimiento efectivo, que es donde se halla desarrollado la prestación de manera más preponderante y corresponde al órgano jurisdiccional al que se haya presentado

la demanda determinar su competencia en función de los elementos de prueba aportado. Si aun resulta imposible hay que buscar otro lugar que ha respetar los objetivos de previsibilidad y proximidad. Como última opción se toma el lugar donde tenga el domicilio el agente.

CONCLUSIÓN:

Entonces, encajando la argumentación anterior Silva Trade, debe acudir a las cláusulas que conformaron el contrato para ver cual es el lugar donde se presta la obligación principal, sino tiene otras vías de averiguar el Estado miembro que tiene la competencia judicial, a través del cumplimiento efectivo y, como último recurso, su domicilio, en este caso Austria.

El Reglamento 44/2001 busca la finalidad de establecer un espacio de seguridad, libertad, justicia... y estos principios se verían violados en el caso de que se presentasen distintas pretensiones o mismas pretensiones ante distintos Estados miembros sobre el mismo caso, que puedan dar lugar a contradicciones en las sentencias y la parte sufra cierta indefensión por ello, además de que la cooperación entre los países miembros pueda sufrir algún menoscabo y, por ello, que se busquen objetivos como los de proximidad y de previsibilidad, ya que solo debe haber una sola competencia judicial.

Las pretensiones han de figurar en una misma demanda, ante el país miembro que corresponda, y que se pronuncie sobre ella una misma sentencia

Iñaki Arana Sierra

4.2.- La multiplicidad de los lugares de entrega de las mercancías o de los lugares de prestación de los servicios

Análisis de la STJCE 9 julio 2009 (As. C-204/08) Peter Rehder / Air Baltic Corporation y de la STJCE 3 mayo 2007 (As. C-386/05) Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH

MARCO JURÍDICO

Nos encontramos en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001, basado el principio de que la competencia corresponde a los tribunales del domicilio del demandado, al que se le añaden reglas de competencia especiales. Así, el art. 2.1 dispone: "Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado" Sin embargo, el art. 5 del mismo establece: "Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandas en otro Estado miembro:

a) En materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda;

b) A efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

- Cuando se tratase de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que según el contrato hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;

- cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

c) Cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a)”

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 3 DE MAYO DE 2007, ASUNTO C-386/05

Hechos

La empresa Color Drack, con domicilio social en Schwarzach, Austria, compró gafas de sol a la empresa alemana LEXX International Vertrieb, con domicilio social en Nuremberg, Alemania, pagándolas ella misma íntegramente, pero haciendo que se entregaran directamente por esta última a sus clientes situados en diferentes lugares de Austria. Color Drack devolvió las gafas no vendidas a LEXX International Vertrieb, reclamando a esta la devolución de una determinada cantidad de dinero. Dado que no se le reembolsó dicha cantidad, Color Drack presentó una demanda de reclamación de cantidad contra LEXX¹⁰³, ante el Bezirksgericht² St. Johannim Pongau¹⁰⁴ (Austria), en cuya demarcación se encuentra su domicilio social.

Dicho órgano se declaró territorialmente competente en base al art. 5.1.b del Reglamento 44/2001, considerando que el lugar de cumplimiento de la obligación incumplida era el lugar de implantación de Color Drack. Sin embargo, el Landesgericht Salzburg¹⁰⁵ consideró que el art. 5.1.b no resulta aplicable cuando existen varios lugares de entrega, que había que acudir al art. 5.1.c y que, en base al mismo, la demanda debería haberse interpuesto ante el tribunal de Nuremberg. El caso llegó hasta el Oberster Gerichtshof¹⁰⁶, quién, ante las dudas suscitadas, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

Cuestión prejudicial

El Oberster Gerichtshof planteó dos preguntas: si el art. 5.1.b, primer guión del Reglamento 44/2001 es aplicable en el supuesto de compraventa de mercancías que implica una pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro y, si cuando la demanda se refiere a todas las entregas, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección¹⁰⁷

Análisis

Sobre la aplicación del art. 5.1.b en el supuesto de pluralidad de lugares de entrega

LEXX International Vertrieb y los Gobiernos alemán e italiano entienden que no resulta aplicable en el supuesto de pluralidad de entregas, porque, de serlo, ello sería contrario a la finalidad del Reglamento, dado que permitir al demandante interponer la demanda en uno de los lugares de entrega o en todos ellos no se adecua a los objetivos de previsibilidad y de proximidad perseguidos por el Reglamento.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que admitir que la disposición es aplicable al caso de pluralidad de lugares de entrega en un mismo estado se adecua a los objetivos perseguidos por el Reglamento 44/2001.

Por una parte, respeta el objetivo de previsibilidad, dado que el demandado puede prever razonablemente ante los órganos jurisdiccionales de qué concreto Estado puede

¹⁰³ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, asunto C-386/05, apartados 11 y 12

¹⁰⁴ Juzgado de primera instancia e instrucción, juzgado municipal

¹⁰⁵ Tribunal de apelación

¹⁰⁶ Tribunal Supremo

¹⁰⁷ STJCE de 3 de mayo de 2007, apartado 15.

ser demandado, puesto que solo puede ser demandado ante los tribunales del Estado miembro donde se han realizado las entregas. Esta idea no queda desvirtuada por el hecho de que el demandado no pueda prever ante qué concreto órgano se ejercitará la acción. En este sentido, indica el Abogado General que “para el demandado no existe una diferencia significativa entre una única entrega y una pluralidad de entregas que pueden provocar que haya una pluralidad de tribunales competentes en único Estado miembro [...] Una vez que el demandado ha encontrado un abogado y ha decidido depositar en él su confianza, la cuestión de si este último debe representarle ante el tribunal de una u otra localidad, en un mismo Estado, solo tiene incidencia real sobre la cuantía de sus gastos”¹⁰⁸

Por otro lado, se adecua al objetivo de proximidad, puesto que son competentes para conocer de litigio, en cualquier caso, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tienen lugar las entregas.

En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda que la regla de competencia especial establecida en el art. 5, apartado 1 del Reglamento 44/2001 en materia contractual, que completa la regla de competencia del principio del foro del domicilio del demandado, responde a un objetivo de proximidad y viene motivada por la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo¹⁰⁹. Así, el tribunal del lugar en el que hubiera sido o debiera ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda tiene un vínculo de conexión estrecho con el contrato.

En base a lo dicho, el art. 5.1.b, primer guión del Reglamento 44/2001 se aplica cuando hay tanto uno como varios lugares de entrega.

Sobre si, en virtud del art. 5.1.b del Reglamento 44/2001, el demandante puede ejercitar su acción ante el tribunal del lugar de entrega de su elección

Antes de determinar esta cuestión, subraya el Tribunal de Justicia que para resolver todas las demandas basadas en el contrato debe ser competente un único tribunal. En este sentido, el criterio establecido en el Reglamento conforme al cual el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda es el lugar del Estado miembro en el que hubieran sido o debieran ser entregadas las mercancías, tiene el fin de reforzar los objetivos de unificación de las reglas de competencia judicial y previsibilidad y romper con la solución anterior según la cual el lugar de cumplimiento se determinaba, para cada una de las obligaciones litigiosas, en virtud del Derecho internacional privado del órgano que conocía del litigio. De esta forma, dicho criterio debe aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato de compraventa¹¹⁰.

Finalmente, el Tribunal de Justicia consideró que el lugar que garantiza el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente es el de la entrega principal, que debe determinarse en función de criterios económicos y, en caso de no poderse determinar, cada uno de los lugares de entrega deberá presentar un vínculo de proximidad suficiente con los elementos materiales del litigio ya que, en tal caso, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el Tribunal del lugar de entrega de su elección¹¹¹.

¹⁰⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, asunto C-386/05, apartado 107

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Obligaciones, bienes e insolvencia. Textos y Materiales. Derecho Internacional Privado* (BIB 2013/2405), Aranzadi, 2014, p. 44.

¹¹⁰ STJCE de 3 de mayo de 2007, apartados 38 y 39.

¹¹¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Obligaciones, bienes e insolvencia. Textos y Materiales. Derecho Internacional Privado* (BIB 2013/2405), Aranzadi, 2014, p. 44.

Esta idea, no obstante, ha sido criticada por el Abogado General, que considera que adoptar esta postura obligaría a introducir criterios complejos, que el legislador comunitario quería abandonar. Así, fundamentalmente se opone a la introducción del criterio de la entrega principal¹¹².

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 9 DE JULIO DE 2009, ASUNTO C-204/08

Litigio principal

En el asunto C-204/08 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se plantea una petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesgerichtshof (Alemania) ante el Tribunal de Justicia en el procedimiento entre Peter Redher y Air Baltic Corporation.

El litigio principal tiene como objeto una demanda interpuesta ante el Amtsgericht Erding (en cuya demarcación se halla el aeropuerto de Múnich) en la que se solicita una compensación por un importe de 250 euros por parte del Sr. Rehder contra Air Baltic con arreglo a los artículos 5, apartado 1, letra c) y 7, apartado 1, letra a) del Reglamento n° 261/2004¹¹³.

En concreto, el Sr. Rehder, residente en Múnich, había reservado un vuelo de Múnich a Vilnius en la compañía Air Baltic, domiciliada en Riga, que fue cancelado treinta minutos antes de la hora de salida fijada. Debido a ese imprevisto, el Sr. Rehder tomó un vuelo para Vilnius vía Copenhague, llegando a su destino más de seis horas después de la hora a la que hubiese llegado tomando el vuelo que había reservado en un primer momento.

El Amtsgericht Erding se declaró competente para conocer esta demanda, atendiendo al artículo 5, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento n° 44/2001, al considerar que los servicios de transporte aéreo se prestan en el lugar de salida del avión, Múnich, y por tanto, este es el lugar de cumplimiento de la obligación contractual.

Air Baltic, no estando de acuerdo con la competencia del Amtsgericht Erding, interpuso recurso de apelación, en el que se estimó que los servicios de transporte aéreo se prestan en el lugar donde la compañía que realiza el vuelo tiene su domicilio, en este caso, en Riga, anulando la resolución de primera instancia. Ante esta sentencia, el Sr. Rehder presentó recurso de casación ante el Bundesgerichtshof.

Este tribunal tiene como objetivo analizar si el Amtsgericht Erding es o no competente para conocer de la demanda interpuesta por el Sr. Rehder en primera instancia, en virtud del artículo 5, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento n° 44/2001. Este órgano jurisdiccional señala que el Tribunal de justicia de la Unión Europea ha venido señalado con respecto a la venta de mercancías (primer guión del mismo artículo), que el lugar de entrega de las mercancías como criterio de vinculación autónomo se aplicará a todas las demandas basadas en el mismo contrato de mercancías y no solamente a aquellas demandas basadas en la obligación de entrega de las mismas. Además, añade que, en caso de varios lugares de entrega de las mercancías, se entenderá por lugar de cumplimiento, el lugar que garantice el vínculo de conexión más estrechos entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, ya que esta conexión se encuentra en el lugar de la entrega principal, en función de criterios económico. Subsidiariamente, en el caso de que no pueda determinarse el

¹¹² Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, asunto C-386/05, apartados 124 y 125.

¹¹³ Nos referimos al Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91. Este Reglamento entró en vigor el 17 de febrero de 2005.

lugar de la entrega principal, el demandante podrá ejercitar la acción ante el tribunal del lugar de entrega a su elección.

Habida cuenta de esta regla, que fue consolidada en la sentencia *Color Drack* de 3 de mayo de 2007 del Tribunal de Justicia¹¹⁴, este órgano jurisdiccional se pregunta si debe interpretarse el artículo 5, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento n° 44/2001 en el sentido de que en los vuelos de un Estado miembro a otro Estado miembro, el único lugar de cumplimiento para todas las obligaciones contractuales es el lugar de la prestación principal, que se determinará con arreglo a criterios económicos y, si es así, cuáles son los criterios relevantes para su determinación y si este lugar está determinado principalmente por el punto de partida o el punto de destino del vuelo.

Contrato de prestación de servicios

Es necesario hacer una breve referencia a la noción de contrato prestación de servicios, pues al analizar el ámbito material de aplicación del artículo 5, punto 1, letra b), el primer problema que surge es ver qué contratos recaen dentro del concepto “prestación de servicios”.

El Tribunal de Justicia de la UE se pronunció sobre la noción de contrato de prestación de servicios en la Sentencia *Falcó*¹¹⁵, en la que el Tribunal sostuvo que “el concepto de servicios implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración” (apdo. 29). Esta es “una interpretación ciertamente restrictiva, especialmente si tenemos en cuenta la posición doctrinal mayoritaria anterior a dicha sentencia, que abogaba por una interpretación amplia de este concepto, a partir de la noción de servicios contenida en otras normas del Derecho de la UE y que considera como servicios “las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración”. Sin embargo, el TJUE rechazó expresamente este tipo de argumentos¹¹⁶.”

Es necesario manifestar que el Tribunal de Justicia en la sentencia que resuelve el caso del Sr. Rehder no analiza a si en realidad o no estamos ante un contrato de prestación de servicios, sino que simplemente lo da por supuesto, y no existe una posición unánime en la doctrina sobre que el contrato de transporte sea un contrato de prestación de servicios¹¹⁷.

Competencia judicial internacional

¹¹⁴ En esta sentencia el TJUE resolvió: “debe interpretarse en el sentido de que esta disposición es aplicable en caso de pluralidad de lugares de entrega en un mismo Estado miembro. En tal caso, el tribunal competente para conocer de todas las demandas basadas en el contrato de compraventa de mercancías es aquél en cuya demarcación se encuentra el lugar de entrega principal, que debe determinarse en función de criterios económicos. De no existir factores determinantes para precisar el lugar de entrega principal, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado ante el tribunal del lugar de entrega de su elección”.

¹¹⁵ Esta sentencia versa sobre un litigio entre *Falco Privatstiftung*, fundación establecida en Viena, y el Sr. *Rabitsch*, con domicilio en Viena, y la Sra. *Weller-Lindhorst*, con domicilio en Múnich (Alemania), sobre, por una parte, la ejecución de un contrato en virtud del cual los demandantes en el litigio principal facultaron a la demandada en el litigio principal para comercializar en Austria, Alemania y Suiza grabaciones de vídeo de un concierto y, por otra parte, la comercialización de grabaciones de audio del referido concierto, efectuada sin base contractual alguna.

El TJUE falla lo siguiente: “el artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento (CE) n° 44/2001, debe interpretarse en el sentido de que un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no es un contrato de prestación de servicios en el sentido de dicha disposición.” (CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ / DURÁN AYAGO, *Sentencias dictadas por el TJCE sobre el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y Reglamento (CE) 44/2001 de 22 de diciembre 2000*, pp. 41-42).

¹¹⁶ ORÓ MARTÍNEZ, C., *El artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia*, pp. 7-11.

¹¹⁷ MAESTRE CASAS, P. *El pasajero aéreo desprotegido: obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos de las compañías aéreas*, pp. 5.

En los contratos de transporte es muy habitual la presencia de uno o varios elementos extranjeros, como es el caso de la ubicación en distintos estados miembros del lugar de salida o del lugar de destino, la nacionalidad de los viajeros o de la compañía aérea... De modo que, cuando se plantea alguna acción de responsabilidad contractual es necesario determinar qué órgano jurisdiccional tiene competencia judicial internacional, atendiendo, al Reglamento n° 44/2001.

El contrato de transporte es un contrato en masa, es decir, un contrato en el que el transportista impone al viajero o pasajero el contenido del contrato a través de las condiciones generales de la contratación. Se trata de un contrato excluido del concepto de contrato celebrado por consumidores y por tanto, del ámbito de aplicación del artículo 15, punto 3, del Reglamento n° 44/2001. De modo que tenemos que atender a los criterios generales de determinación de la competencia contenidos en los artículos 23 y 24, 2 y 5.1 y 3° del Reglamento n° 44/2001¹¹⁸.

En el caso que nos ocupa, debemos prestar especial atención al foro especial en materia contractual, contenido en el artículo 5, punto 1, letra b), segundo guión. Este artículo “constituye un foro de ataque, en tanto que otorga al demandante la facultad de accionar contra el demandado ante Tribunales de un Estado distinto al de su domicilio. Por regla general, los foros especiales se basan en el principio de proximidad, esto es, atribuyen competencia judicial internacional a los Tribunales del Estado con el que el litigio presenta un vínculo relevante.¹¹⁹”

El artículo 5, punto 1, establece una regla general para determinar la competencia judicial internacional: el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Sin embargo, se prevén dos presunciones, en primer lugar, respecto al contrato de compraventa de mercancías, el lugar donde deban entregarse las mercancías, y en segundo lugar, respecto al contrato de prestación de servicios, donde hayan sido o vayan a prestarse dichos servicios.

El Tribunal de Justicia alega que este artículo responde a un objetivo de proximidad y a la existencia de un vínculo estrecho de conexión entre el contrato y el tribunal que ha de conocer del asunto y el órgano jurisdiccional competente es el del lugar donde debe realizarse la entrega principal determinada en función de criterios económicos.

Los servicios cuya prestación es necesaria para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de transporte aéreo de personas son el registro y el embarque de pasajeros así como la acogida de éstos a bordo del avión en el lugar de despegue pactado en el contrato de transporte, la salida del avión a la hora prevista, el transporte de pasajeros y de sus equipajes desde el lugar de partida hasta el lugar de llegada, la atención a los pasajeros durante el vuelo y, finalmente, el desembarque de éstos en condiciones de seguridad en el lugar de aterrizaje y a la hora convenida en el citado contrato, siendo irrelevantes las posibles escalas del avión¹²⁰.

Se establece que el lugar del domicilio o del establecimiento principal de la compañía aérea así como el lugar de celebración del contrato de transporte aéreo y el de expedición del billete no presentan una vinculación suficiente con el contrato, por tanto, quedan excluidos de la competencia judicial internacional¹²¹.

¹¹⁸ En primer lugar, se atiende a la sumisión expresa o a la sumisión tácita. En su defecto, debemos atender a los foros especiales en materia contractual o al foro general del domicilio del demandado.

¹¹⁹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: Algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable*, pp. 191, apartado 36.

¹²⁰ Apartado 40 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, caso Rehder

¹²¹ Apartado 39 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, caso Rehder. Se entiende que las medidas realizadas en estos lugares, como la puesta a disposición del aparato y de un equipo adecuados, son medidas preparatorias y logísticas con vistas al cumplimiento del contrato de transporte aéreo y no servicios cuya prestación esté vinculada al contenido propiamente dicho del contrato.

Así, los únicos lugares que presentan un vínculo directo con los servicios prestados en cumplimiento de las obligaciones derivadas del objeto del contrato son tanto el lugar de salida como el lugar de llegada del avión, según sean convenidos en el contrato de transporte, como lugares de prestación principal de los servicios que son objeto de este tipo de contrato¹²².

El Tribunal de Justicia añade que los transportes aéreos prestan servicios de una forma unitaria e indivisible, de modo que no es posible distinguir, en función de criterios económicos, una prestación principal, que deba ser prestada en un lugar concreto.

Por tanto, el tribunal competente para conocer de una demanda de compensación basada en dicho contrato de transporte aéreo de pasajero es, a elección del demandante, aquél en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato. Recordando, además, que el demandante siempre tendrá la posibilidad de acudir al foro general del domicilio del demandado del artículo 2 del Reglamento nº 44/2001, es decir, al órgano jurisdiccional en cuya demarcación tenga el transportista su domicilio, su administración central o su establecimiento principal¹²³.

Conclusiones

El tribunal competente para conocer de todas las demandas basadas en el contrato de compraventa de mercaderías es el del lugar de entrega principal, determinado en función de criterios económicos. Si no es posible determinarlo, el demandante puede ejercitar su acción ante el tribunal de entrega de su elección¹²⁴.

En todo caso, una interpretación literal del precepto llevaría a su inaplicabilidad al supuesto de compraventa de mercaderías con pluralidad de lugares de entrega. El precepto se refiere “al lugar del Estado miembro” en el que ha de llevarse a cabo la prestación característica, lo cual no es identificable con una pluralidad de lugares. En consecuencia, habría que acudir al art. 5.1.c, que remite de nuevo a la aplicación de la regla general establecida en el art. 5.1.a. “Sin embargo, dado que esta no ha sido la solución adoptada por el TJ, éste rompe con la literalidad del precepto. Además, esta solución plantea nuevos interrogantes, como el significado y el modo de concreción y cuantificación de los criterios económicos que han de ayudar a determinar el lugar de entrega principal, la posibilidad de extender su alcance a los contratos de prestación de servicios o la conveniencia de extender esta doctrina a los supuestos de entrega de mercaderías o prestaciones de servicios en diversos Estados miembros”¹²⁵.

“El TJUE dio respuesta a algunos de estos interrogantes en el asunto *Peter Rehder*, en el que dispuso que las consideraciones efectuadas en el asunto *Color Drack* son también aplicables en lo que atañe a los contratos de prestación de servicios, incluidos los casos en los que la prestación no se lleve a cabo en un único Estado miembro”.¹²⁶

Por otra parte, lo que hace el Tribunal de Justicia de la UE para los contratos de prestación de servicios es otorgarle al pasajero tres lugares distintos para interponer la demanda: el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal como estén previstos en el contrato, y además, el lugar del domicilio del demandado, es decir, de la compañía aérea. Será el propio demandante el que lleve a cabo esta elección. De modo que se

¹²² Apartado 41 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Rehder*

¹²³ Apartado 41 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Rehder*

¹²⁴ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p.19

¹²⁵ ORÓ MARTÍNEZ, C., *El artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia*. Barcelona, Indret, 2012, p. 13.

¹²⁶ ORÓ MARTÍNEZ, C., *El artículo... op. Cit.*, en nota 12, pp. 14.

ofrece una gran protección al pasajero. Sin embargo, esta gran protección no es trasladable a la compañía aérea, que no sólo no sabe ante qué órgano se va a presentar esta demanda, sino que tampoco en qué Estado concretamente se encuentra el órgano ante el que se presenta, pues sí sabe que puede ser demandado en el lugar de salida, de llegada del avión o en el lugar donde se halla su domicilio.

La solución que ofrece el Tribunal de Justicia de la UE es una solución basada única y exclusivamente en los objetivos de proximidad y de previsibilidad que se persiguen a través de la concentración de la competencia judicial en el lugar de prestación de los servicios y a través de la atribución a un mismo órgano jurisdiccional de la competencia sobre todas las pretensiones basadas en un mismo contrato¹²⁷.

Así las cosas, como estamos ante un contrato de parte débil, el Tribunal trata de proteger en mayor medida a esa parte débil de la relación jurídica, que en este caso, es el pasajero. Es por este motivo, que de permitir la sumisión expresa, establecida en el contrato en masa, o la sumisión tácita, se producirían graves efectos para el demandante.

En nuestra opinión, debería permitírsele al demandante poder interponer la demanda ante los tribunales de su propio domicilio, ya que es posible que el lugar de salida o de destino del avión o el lugar donde se halla el domicilio del demandado no coincidan con el del domicilio del pasajero, con lo cual, debería desplazarse para solicitar la compensación por los perjuicios causados por el transportista demandado.

En definitiva, la extensión de la doctrina al ámbito de las prestaciones de servicios parecía lógica, puesto que la *ratio* subyacente en los argumentos del Tribunal no parecía predicable solo de los contratos de compraventa de mercaderías.” Sin embargo, dicha extensión a supuestos de entregas o prestaciones a realizar en diferentes Estados miembros “parece menos evidente, puesto que el TJUE se había cuidado de subrayar en el asunto *Color Drack*, que se trataba de una interpretación aplicable a supuestos de plurilocalización intraestatal”. Además, el TJUE había argumentado que “su solución no iba en detrimento de los derechos del demandado debido al hecho de que, aunque éste no pudiera prever el órgano jurisdiccional concreto ante el que sería demandado, quedaba garantizado que podría conocer de antemano el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales terminarían resultando competentes”¹²⁸.

BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ / DURÁN AYAGO, *Sentencias dictadas por el TJCE sobre el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y Reglamento (CE) 44/2001 de 22 de diciembre 2000*.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Obligaciones, bienes e insolvencia. Textos y Materiales. Derecho Internacional Privado* (BIB 2013/2405), Aranzadi, 2014.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Obligaciones, bienes e insolvencia. Textos y Materiales. Derecho Internacional Privado* (BIB 2013/2405), Aranzadi, 2014.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: Algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable*.

¹²⁷ Apartado 37 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, caso Rehder.

¹²⁸ ORÓ MARTÍNEZ, C., *El artículo... op. Cit*, en nota 12, pp. 13 y 14.

MAESTRE CASAS, P. *El pasajero aéreo desprotegido: obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos de las compañías aéreas.*

ORÓ MARTÍNEZ, C., *El artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia.* Barcelona, Indret, 2012.

Cristina Domínguez Esteve y Lucía García Moreno

4.3.- Concepto de contrato de mercaderías: fabricantes

Análisis de la STJUE 25 febrero 2010 (As. C-381/08) Car Trim GmbH / Key Safety Systems Srl

HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL Y PROCEDIMIENTO ANTE EL ÓRGANO REMITENTE

El litigio principal enfrenta, por un lado, a KeySafety Systems Srl (en los sucesivos KeySafety), con domicilio social en Italia y, por otro, a Car Trim GmbH (en los sucesivos Car Trim), con domicilio social en Alemania.

En el periodo comprendido entre julio de 2001 y diciembre de 2003, KeySafety, empresa dedicada al suministro de sistemas de airbag a fabricantes italianos de automóviles, compra a Car Trim componentes que se utilizan en la fabricación de dichos sistemas, de conformidad con cinco contratos de suministro.

Estos contratos obligaban a Car Trim, en su condición de empresa productora de partes, equipos y piezas de automóviles, a fabricar airbags de una forma determinada ajustándose a las necesidades de la sociedad KeySafety. Muestra de ello es que utilizaba para la fabricación de airbags productos comprados a proveedores fijados de antemano así como se encontraba sujeta a un elevado número de prescripciones relativas a la organización del trabajo, el control de calidad, empaquetado, etiquetado, albaranes de entrega y facturas.

El litigio se produce a finales de 2003 cuando KeySafety decide resolver los contratos que tenía con Car Trim. Esta última, al estimar que los contratos debían surtir parcialmente efectos hasta el verano de 2007, consideró que las resoluciones suponían incumplimientos de contrato, de modo que presentó una demanda de indemnización por daños y perjuicios ante el Landgericht Chemnitz, tribunal del lugar de producción de los componentes (Alemania). Este tribunal se declaró incompetente para conocer de la demanda por falta de competencia internacional de los tribunales alemanes. En consecuencia, Car Trim interpuso recurso de apelación ante el Oberlandesgericht que lo desestimó y posteriormente recurso de casación ante el Bundgerichtshof.

Para este último órgano jurisdiccional, la solución del recurso de casación depende de determinar si el Landgericht Chemnitz incurrió en error al negar su competencia internacional en virtud del Reglamento nº 44/2001. En este sentido, no podría servir de criterio para determinar la competencia de los tribunales alemanes, el artículo 22 Reglamento 44/2001, ya que no es materia de competencia exclusiva; ni los artículos 23 y 24 Reglamento 44/2001 porque no existe sumisión expresa o tácita; ni tampoco el foro del domicilio del demandado (artículo 2 Reglamento 44/2001), puesto que el demandado está domiciliado en Italia. Por consiguiente, los tribunales alemanes únicamente podrían ser competentes para conocer de la demanda de indemnización de daños y perjuicios si se considera que Alemania (lugar de

producción de los bienes) es el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, en el sentido del artículo 5, número 1, del Reglamento.

CUESTIONES PREJUDICIALES

Para conocer cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación principal que sirve de base a la demanda, el Bundesgerichtshof decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales, subyaciendo la segunda cuestión prejudicial de la primera:

“1. ¿Debe interpretarse el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento [...] en el sentido de que los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse previamente deben considerarse compraventas de mercaderías (primer guión) y no prestaciones de servicios (segundo guión), aunque el comprador haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de los productos que han de fabricarse, incluida la garantía de la calidad de fabricación, la fiabilidad de suministro y la buena gestión administrativa de los pedidos? ¿Cuáles son los criterios pertinentes para establecer la distinción?”

2. Si se trata de una compraventa de mercaderías: ¿El lugar en el que, según el contrato, se han entregado o deberían haberse entregado las mercancías, debe determinarse, en el caso de ventas por correspondencia, atendiendo al lugar de la entrega material al comprador o al lugar en el que las mercancías se entregan al primer transportista para su transmisión al comprador?”

Sobre la primera cuestión prejudicial

El problema que se suscita es que los contratos que acuerdan Car Trim (parte demandante) y KeySafety (parte demandada) parecen reunir características tanto de los contratos de compraventa de mercancías como de los contratos de prestación de servicios. En este sentido, en caso de tratarse de un contrato de compraventa de mercancías, el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda es, salvo pacto en contrario y afectos de determinar el tribunal competente, el lugar en el que hubieren sido o debieren ser entregadas las mercancías; mientras que el caso de un contrato de prestación de servicios sería el lugar en el que hubieren sido o debieren ser prestados los servicios. Ello implica que si consideráramos el contrato como contrato de prestación de servicios se atenderá al lugar en el que éstos han sido prestados (Alemania) y, por ende, podrán ser competentes los tribunales alemanes.

A continuación analizaremos cada una de las cuestiones que se pactan en el contrato para clarificar ante qué contrato nos encontramos:

En primer lugar, no sólo se acuerda la entrega del producto acabado (característica propia del contrato de compraventa de mercancías) sino también que el vendedor lo fabrique previamente adaptándose a las especificaciones e instrucciones que imparte el comprador para la producción (característica propia del contrato de prestación de servicios). A este respecto, el artículo 5, apartado 1, letra b) primer guión del Reglamento, en lo relativo al contrato de compraventa de mercancías, “no especifica si también se aplica cuando el vendedor tiene la obligación de fabricar o producir la mercancía en cuestión ciñéndose a determinadas exigencias formuladas al respecto por el comprador cuando se da la circunstancia de que tal fabricación o producción o una parte de la misma podría calificarse de “servicio” en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra b) segundo guión del Reglamento”.

Por ello, la cuestión es determinar cuáles son los elementos de diferenciación entre las dos categorías de contratos. En este sentido, se debe partir del artículo 5, número 1 del Reglamento que recoge como criterio de conexión con el tribunal competente la obligación característica de los mencionados contratos. Así pues, un

contrato cuya obligación principal sea la entrega de un bien habrá de ser calificado de "compraventa de mercaderías" en el sentido del primer guión del artículo 5, número 1, letra b; por el contrario, un contrato cuya obligación característica sea una prestación de servicios habrá de ser calificado de "prestación de servicios" en el sentido del segundo guión del artículo 5, número 1, letra b).

A fin de determinar la obligación característica debe observarse lo siguiente:

En virtud del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 1999/4; artículo 3, apartado 1 de la CCIM; y artículo 6, apartado 2, de la Convención de Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, de 14 de junio de 1974; así como de los criterios de la Comisión de las Comunidades Europeas relativas al origen de los materiales que han de transformarse; el hecho de que la mercancía que ha de entregarse deba fabricarse o producirse previamente no modifica el contrato en cuestión como contrato de compraventa siempre que el comprador no haya suministrado la totalidad o la mayor parte de los materiales con los que el vendedor fabrica la mercancía. En caso contrario, tal circunstancia puede constituir un indicio a favor de la calificación del contrato como "contrato de prestación de servicios". De la documentación remitida al tribunal se deduce que si bien Kafety determinó a qué proveedores debía acudir Car Trim para abastecerse en determinadas piezas, tal sociedad no puso ningún material a disposición de la sociedad productora y vendedora.

Por otro lado, aunque el órgano jurisdiccional remitente no facilita información alguna a este respecto, es necesario considerar la responsabilidad del proveedor que difiere según nos encontremos en uno u otro contrato. Así, se debe poner de manifiesto que si el vendedor es responsable de la calidad y conformidad de los productos con el contrato, deberá calificarse como contrato de "compraventa de mercancías", mientras que si el vendedor únicamente es responsable de realizar una ejecución correcta siguiendo las instrucciones del comprador, tal circunstancia hará que la balanza se incline en el sentido de calificar el contrato como "contrato de prestación de servicios". De los hechos relatados se aduce que la responsabilidad del proveedor (en este caso se refiere pues a la responsabilidad del vendedor) es la propia de un contrato de compraventa de mercancías puesto que se le exige una responsabilidad mayor, en concreto, una obligación de resultado, que escapa de delimitarse como una mera ejecución correcta de las instrucciones del comprador.

Por todo lo expuesto el tribunal responde a la primera cuestión prejudicial estableciendo que:

"1) El artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 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 aquellos contratos cuyo objeto sea la entrega de mercancías que hayan de fabricarse o producirse previamente deberán calificarse de «compraventa de mercaderías», en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento, aunque el comprador, sin facilitar los materiales, haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de las mercancías, y aunque el proveedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato".

No obstante, se debe poner de manifiesto que aunque el Abogado General llega prácticamente, con matizaciones, al mismo pronunciamiento que el Tribunal; su argumentación jurídica difiere. El Abogado General entiende que no puede resolverse esta cuestión partiendo de los criterios de distinción entre compraventa de mercaderías y prestación de servicios en general sino en virtud de las particularidades que presenta el litigio principal.

En este sentido, señala que el artículo 5, apartado 1, letra b) Reglamento nº44/2001 no define los conceptos de compraventa de mercaderías y prestación de servicios. De la misma manera, los elementos aportados por el Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no bastan para establecer criterios de delimitación con carácter general entre ambas categorías contractuales. A tal efecto, del apartado 33 de la sentencia de 23 de abril de 2009, Falco Privatstiftung y Rabitsh, se desprende que el concepto de servicio utilizado en el Reglamento tiene un contenido autónomo, independiente de la interpretación de este concepto en el marco del artículo 50 CE o normas de Derecho comunitario derivado distintas del Reglamento. A su juicio, se puede formular la misma afirmación en relación con el concepto compraventa de mercadería por lo que la interpretación de los conceptos que nos atañe que realiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el Derecho comunitario no son de aplicación en el contexto del Reglamento.

En concreto, y partiendo de lo antedicho, el Abogado General pone de relieve que *“no es necesario analizar con carácter general la delimitación solicitada. Habida cuenta de las múltiples facetas de la vida económica, esa delimitación con carácter general no es posible”*. Así, viene a justificar lo siguiente: siendo el objeto final de los contratos en cuestión la entrega de bienes, no modifica su calificación como contrato de mercaderías el hecho de que la parte compradora planteara cuestiones relativas a la calidad de los componentes. Además manifiesta que la actividad consistente en el corte y la transformación de la parte vendedora de los elementos adquiridos a los proveedores que intervienen en una fase anterior al proceso de producción para adaptarlos a las necesidades de la parte compradora, son obligaciones subsidiarias a la entrega de las mercancías (*accessorium sequitur principale*).

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, finalmente el Abogado General concluye con su respuesta a esta cuestión prejudicial estableciendo que: *“el artículo 5, apartado 1, letra b) del Reglamento nº44/2001 debe interpretarse en el sentido de que los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse deben considerarse compraventas de mercaderías, aunque el comprador haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de los productos que han de fabricarse, incluida la garantía de calidad de fabricación”*. Este pronunciamiento dista del dictaminado por el Tribunal de Justicia en tanto no hace referencia expresa a que esos bienes han de fabricarse y producirse previamente por el vendedor así como añade como exigencia que no modifica la calificación de contrato de compraventa de mercaderías, la garantía de calidad de fabricación.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

Una vez que ha sido calificado el contrato como contrato de mercancías, la segunda cuestión prejudicial se formula para determinar concretamente cuál es el órgano competente para conocer de la demanda de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de los contratos de compraventa de mercancías al darlos por resueltos antes de la fecha en la que, en opinión de la demandante, dejaban de producir efectos. Para ello se debe prestar atención a qué se entiende por *“el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieran ser entregadas las mercaderías”* (el artículo 5, número 1, apartado b).

Como bien establece el citado artículo, el lugar de entrega será aquel que venga fijado por el contrato. No obstante, es posible, como ocurre en este caso, que el contrato no tenga ninguna cláusula que revele, sin tener que recurrir al Derecho aplicable, la voluntad de las partes en cuanto al lugar de entrega de las mercancías. En tales situaciones, al tener esta norma carácter autónomo, procederá determinar dicho lugar en función de algún otro criterio que se atenga a la génesis, los objetivos y el sistema del Reglamento. A tales efectos, este tribunal llega a la conclusión de que los dos lugares más idóneos para determinar el lugar de entrega de las mercancías en defecto de cláusula contractual son: el lugar de entrega material de la mercancía al

comprador y el lugar de la entrega de la mercancía al transportista para su transmisión al comprador.

El tribunal declara que el lugar en el que las mercaderías hubieren sido o debieren ser entregadas materialmente al comprador en su destino final es el que casa mejor con la génesis, los objetivos y el sistema del Reglamento, en tanto que “lugar de entrega” en el sentido del artículo 5, número 1, apartado b) primer guión, del Reglamento. Se atiende a este criterio porque presenta un alto grado de previsibilidad, así como responde al objetivo de proximidad en la medida en que garantiza la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo. Además se infiere que será el lugar en el que las mercancías habrán de encontrarse tras la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que el objetivo fundamental de esta categoría de contratos es transmitir las mercancías del comprador al vendedor, “operación que tan sólo culmina por completo cuando las mismas llegan a su destino final”.

Inés Bermejo Bartolomé

4.4- Concepto de contrato de prestación de servicios: el contrato de agencia

Análisis de la STJUE 11 marzo 2010 (As C-19/09) Wood Floor Solutions, Andreas Domberger GmbH / Silva Trade SA

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE AGENCIA

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

Con el fin de armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE en lo relativo a los agentes comerciales independientes, se adoptó 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 (en lo sucesivo, Directiva 86/653). Así, la legislación de los Estados miembros en esta materia se corresponde, desde el punto de vista de las características fundamentales del contrato, con esta Directiva 86/653¹²⁹.

Definición del contrato de agencia

Según el art. 1.2 de la Directiva 86/653, se entiende por agente comercial toda persona que, como intermediario independiente, se encarga de manera permanente, bien de negociar por cuenta del empresario la venta o la compra de mercancías, bien de negociar y concluir esas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.

Derechos y deberes de las partes del contrato

Las partes del contrato de agencia tienen una serie de derechos y obligaciones¹³⁰:

¹²⁹ Punto 54 de las conclusiones presentadas por la Abogada General V. Trstenjak el 12 de enero de 2010 en el asunto en que recayó la STJUE de 11 de marzo de 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH contra Silva Trade SA*, (C-19/09).

¹³⁰ Véanse los arts. 3 y 4 de la Directiva 86/653.

El agente debe velar por los intereses del empresario y actuar de forma leal y de buena fe, ocuparse de la negociación y, en su caso, de la conclusión de las operaciones de las que esté encargado, comunicar al empresario toda la información necesaria de que disponga y ajustarse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario.

Por su parte, el empresario debe actuar de forma leal y de buena fe, poner a disposición del agente la documentación necesaria en relación con las mercancías, procurarle la información necesaria para la ejecución del contrato, así como avisar al agente cuando prevea que el volumen de las operaciones comerciales va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.

Por otro lado, el agente comercial tiene derecho a una comisión, cuyo importe será acorde a los usos habituales donde ejerza su actividad, sin perjuicio de lo que hayan podido pactar las partes y de la aplicación de las disposiciones obligatorias de los Estados miembros (arts. 6 y 7 de la Directiva 86/653).

Celebración y terminación del contrato

La Directiva 86/653 no exige la forma escrita para la celebración de este contrato, si bien cada Estado miembro puede disponer en su legislación nacional que este contrato sea sólo válido si se hace constar por escrito¹³¹.

Estos contratos podrán ser de duración ilimitada, si bien las partes pueden poner fin a los mismos mediante preaviso, sin perjuicio de que los Estados miembros pueden prever la terminación sin preaviso por diversos motivos¹³². Además, también se recoge la posibilidad de que el agente comercial tenga derecho a una indemnización al término del contrato y bajo ciertas condiciones¹³³.

EL CONTRATO DE AGENCIA COMO CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El primer problema que surge a la hora de determinar si cabe la aplicación del art. 5.1, letra b), segundo guión, del Reglamento (CE) n°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 (en lo sucesivo Reglamento 44/2001), es el de identificar qué contratos pueden incluirse dentro del concepto de “prestación de servicios”.

La noción de “contrato de prestación de servicios”

Teniendo en cuenta las divergencias que en las definiciones de tal concepto se da en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹³⁴, el TJUE elaboró un concepto autónomo, concretamente, en la sentencia de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch* (C-533/07, Rec. P. I-3327), en lo sucesivo sentencia *Falco*.

En este sentido, el Tribunal de Justicia señaló en esta sentencia que “el concepto de servicios implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración” (apartado 29).

Así, en sentido contrario a la posición doctrinal mayoritaria anterior a la sentencia (que defendía una interpretación amplia del concepto, en el sentido de

¹³¹ Véase el art. 13.2 de la Directiva 86/653.

¹³² Véanse los arts. 14 a 16 de la Directiva 86/653.

¹³³ Véanse los arts. 17 y 18 de la Directiva 86/653.

¹³⁴ Tal y como señala ORÓ MARTÍNEZ, C., «El artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho). Abril 2013, p. 7, con referencia a HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 9, pp. 55-84.

preceptos como el art. 50 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), el TJUE adoptó un concepto de “prestación de servicios” restrictivo.

Calificación por el TJUE del contrato de agencia como contrato de prestación de servicios

Siguiendo la definición autónoma dada en la sentencia *Falco* sobre el concepto de “prestación de servicios” y, teniendo en cuenta las características del contrato de agencia dadas por la Directiva 86/653, en la sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH y Silva Trade SA* (C12/09)¹³⁵, el TJUE califica el contrato de agencia como contrato de prestación de servicios a efectos del art. 5.1, letra b), segundo guión, del Reglamento 44/2001.

El TJUE señala que el agente comercial es quien efectúa la prestación de servicios a efectos del art. 5.1, letra b), segundo guión, del Reglamento 44/2001, a tenor de la definición del mismo dada por el art. 1.2 de la Directiva 86/653 y de sus obligaciones establecidas en el art. 3 de dicha Directiva¹³⁶.

Así, tal y como señala V. Trstenjak en sus conclusiones¹³⁷, al realizarse por parte del agente los servicios contenidos en la Directiva 86/653, obteniendo una remuneración por ello (en la medida en que el agente comercial tiene derecho a una comisión por su actividad¹³⁸), se cumple con la definición dada por el TJUE en el asunto *Falco*, siendo el contrato de agencia un contrato en el que la parte que presta los servicios lleva a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración.

Aplicación del art. 5.1, letra b), segundo guión, del Reglamento 44/2001 a los contratos de agencia en una pluralidad de Estados miembros

Ante una pluralidad de lugares de cumplimiento de la prestación característica en el caso de un contrato de prestación de servicios, una interpretación literal del art. 5.1, letra b), segundo guión, del Reglamento 44/2001 lleva a la conclusión de su inaplicabilidad al no ser identificable “el lugar del Estado miembro” en el que ha de llevarse a cabo la prestación característica¹³⁹. Sin embargo, esta no fue la solución adoptada por el TJUE.

Esta cuestión se planteó ante el TJUE como cuestión prejudicial en el asunto *Wood Floor*, resolviendo el Tribunal a la luz de las sentencias *Color Drack*¹⁴⁰ y *Rehder*¹⁴¹.

En la sentencia *Color Drack*, el Tribunal de Justicia mantuvo que el art. 5.2 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse a la luz del objetivo de proximidad y previsibilidad que dicho precepto persigue¹⁴² y que, por lo tanto, es también aplicable en caso de pluralidad de lugares de entrega de mercancías en un mismo Estado miembro.

Si bien la sentencia *Color Drack* versa sobre contratos de compraventa de bienes, el Tribunal de Justicia extendió los principios formulados en esta sentencia a contratos de prestación de servicios, indicando en la sentencia *Rehder* que, dado que

¹³⁵ En lo sucesivo, sentencia *Wood Floor*.

¹³⁶ Sentencia *Wood Floor*, *op.cit.* en nota 7, apartados 34 y 35.

¹³⁷ Punto 59 de las conclusiones presentadas por la Abogada General V. Trstenjak en el asunto *Wood Floor*, *op.cit.* en nota 1, punto 59.

¹³⁸ Véanse los arts. 6 y 7 de la Directiva 86/653.

¹³⁹ ORÓ MARTÍNEZ, C., «El artículo..., *op.cit.* en nota 6, p. 14.

¹⁴⁰ Sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack* (C-386-05, Rec. P. I-3699).

¹⁴¹ Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2009, *Rehder* (C-204/08, Rec. P. I-6073).

¹⁴² Sentencia *Color Drack*, *op.cit.* en nota 11, apartado 22.

tanto el primer como el segundo guión del art. 5.1, letra b) persiguen los mismos objetivos de proximidad y previsibilidad, no pueden ser objeto de un planteamiento distinto¹⁴³.

En definitiva, el TJUE determinó que el art. 5.1, letra b), segundo guión, del Reglamento es aplicable en caso de prestación de servicios en varios Estados miembros.

Determinación de la competencia sobre la base del art. 5.1, letra b), segundo guión, del Reglamento 44/2001

Siguiendo el principio de proximidad¹⁴⁴ y por extensión de nuevo a los casos de prestación de servicios de lo dispuesto en la sentencia *Color Drack*, el TJUE establece en el asunto *Wood Floor*¹⁴⁵ que, por regla general, el órgano jurisdiccional competente para conocer de todas las demandas basadas en el contrato de prestación de servicios según el art. 5.1, letra b), segundo guión, del Reglamento 44/2001 es el del lugar de la prestación principal de los servicios.

Seguidamente, señala el Tribunal que, en el caso del contrato de agencia, el lugar de la prestación principal de los servicios del agente se desprende de las cláusulas del contrato, siendo el lugar en el que el agente debía desempeñar principalmente su trabajo por cuenta del empresario (donde debe preparar, negociar y, en su caso, concluir las operaciones de las que esté encargado).

Subsidiariamente, en el caso de que de las cláusulas del contrato no se pueda desprender el lugar de la prestación principal de los servicios (porque se prevén una pluralidad de lugares o porque no se prevé explícitamente ninguno), el órgano jurisdiccional competente será el del lugar en el que el agente haya desarrollado, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato, siempre que esto no sea contrario a la voluntad de las partes según resulte de las cláusulas del contrato¹⁴⁶.

Determinación de la competencia en caso de que no pueda identificarse el lugar en que se efectuó la principal prestación de servicios

Por último, si resultase imposible determinar el lugar de la prestación principal de los servicios del agente, el órgano jurisdiccional competente será el del lugar donde esté domiciliado el agente, lugar que, según el Tribunal, es totalmente previsible y que presenta un vínculo de proximidad con el litigio puesto que, muy probablemente, sea allí donde el agente preste gran parte de sus servicios en la mayoría de los casos.

BIBLIOGRAFÍA:

FACH GÓMEZ, K., «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: aspectos jurisdiccionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, enero-abril 2003, pp. 181-222.

HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 9, pp. 55-84.

¹⁴³ Sentencia *Rehder*, *op.cit.* en nota 12, apartados 36 y 37.

¹⁴⁴ En el sentido de “vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente”.

¹⁴⁵ Sentencia *Wood Floor*, *op.cit.* en nota 7, apartados 31 a 33.

¹⁴⁶ Sentencia *Wood Floor*, *op.cit.* en nota 7, apartados 38 y 40.

ORÓ MARTÍNEZ, C., «El artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia», *InDret* (Revista para el análisis del Derecho), abril 2013.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA:

Reglamento (CE) n°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.

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.

Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH y Silva Trade SA* (C12/09), junto con las conclusiones presentadas por la Abogada General V. Trstenjak el 12 de enero de 2010 en el asunto en que recayó esta sentencia.

Sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack* (C-386-05, Rec. P. I-3699).

Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2009, *Rehder* (C-204/08, Rec. P. I-6073).

Ana Ayuso Vázquez

4.5.- Concepto de contrato de prestación de servicios: contrato de transporte

Análisis de la STJCE 9 julio 2009 (As. C-204/08) Peter Rehder / Air Baltic Corporation

INTRODUCCIÓN

Para analizar esta cuestión utilizaremos como base la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2009.

Nos encontramos ante una Sentencia que tiene por objeto en la petición de decisión prejudicial interpretar el art. 5.1.c), segundo guión, del Reglamento (CE) Número 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 (en adelante, R44/2001).

Se trata de determinar cuál es el tribunal competente para conocer de la demanda de compensación, teniendo en cuenta el Reglamento (CE) Número 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre la compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (en adelante, R261/2004). Haremos especial mención a los arts. 5.1.c) y 7.1.a) de dicho Reglamento.

Además hay que tener en cuenta en el Régimen convencional la existencia del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, concluido en Montreal el 28 de mayo de 1999 (en lo sucesivo, Convenio de Montreal); observando, en particular, su art. 33.1.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

El litigio surge entre el Sr. Rehder, residente en Múnich, y la compañía Air Baltic, domiciliada en Riga. El primero había reservado un vuelo de Múnich a Vilnius, que fue cancelado y se avisó a los pasajeros 30 minutos antes de la hora prevista para su partida, ocasionando el perjuicio al Sr.

Rehder de llegar a su destino con 6 horas de retraso debido a que tuvo que viajar en otro vuelo.

El Sr. Rehder solicitó mediante demanda interpuesta ante el Amtsgericht Erding (que se declaró competente) que se condenara a Air Baltic a pagarle una compensación de 250 euros, con arreglo a lo establecido en los arts. 5.1.c) y 7.1.a) R261/2004 (distancia inferior a 1500 km).

Air Baltic interpuso recurso de apelación y el Oberlandesgericht München anuló la resolución del órgano jurisdiccional de primera instancia por estimar que los servicios de transporte aéreo se prestan en el lugar donde tiene su domicilio la compañía que realiza el vuelo.

Por su parte, el Sr. Rehder presentó recurso de casación contra dicha sentencia ante el Bundesgerichtshof, que observa que la cuestión de si Amtsgericht Erding es competente en el caso de autos depende de la interpretación del art. 5.1.b) R44/2001. Este órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales, que son las que nos ocupan:

a.- Si debe interpretarse el art. 5.1.b), segundo guión, R44/2001 en el sentido de que también en los vuelos de un Estado miembro a otro ha de considerarse, como único lugar de cumplimiento para todas las obligaciones contractuales, el lugar de la prestación principal, que deberá determinarse en función de criterios económicos.

b.- Qué criterios son relevantes para determinar el único lugar de cumplimiento, en caso de que se estime de este modo y si está determinado el lugar único de cumplimiento principalmente por el punto de partida o por el punto de destino.

Se trata mediante estas cuestiones de que el Tribunal de Justicia aclare si debe darse a la cuestión controvertida la misma interpretación que dio al primer guión de la disposición en su sentencia Color Drack (pluralidad de lugares de entrega de mercancías en un mismo Estado miembro).

Pues bien, como establece la Sentencia en su FJ 37:

“Los objetivos de proximidad y de previsibilidad, que se persiguen a través de la concentración de la competencia judicial en el lugar de prestación de los servicios, en virtud del contrato de que se trate, y a través de la determinación de una competencia judicial única para todas las pretensiones basadas en el referido contrato, no pueden ser objeto de un planteamiento distinto en caso de pluralidad de lugares de prestación de los servicios en diferentes Estados miembros. En efecto, una diferenciación semejante, además de no tener fundamento en lo dispuesto en el Reglamento n° 44/2001, sería contraria a la finalidad perseguida con la aprobación de éste, el cual, mediante la unificación de las reglas de conflicto jurisdiccional en materia civil y comercial, contribuye al desarrollo de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, así como al correcto funcionamiento del mercado interior dentro de la Comunidad (véanse los considerandos primero y segundo del Reglamento n° 44/2001).”

Para el caso de pluralidad de lugares de prestación de servicios en distintos Estados miembros debe determinarse cuál es el lugar que presenta la vinculación más estrecha entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente para conocer. En el caso que nos ocupa, el lugar del domicilio de la compañía aérea no presenta necesaria vinculación con el contrato.

Los únicos lugares que presentan esa estrecha vinculación con el contrato son los de salida y llegada del avión, en este caso, Múnich y Vilnius, que deberán considerarse como los lugares de prestación principal de los servicios que son objeto de un contrato de transporte aéreo, ya que son servicios prestados de manera indivisible y unitaria desde el lugar de partida al de llegada del avión y no cabe distinguir en función de un criterio económico una parte concreta de la prestación que constituya la prestación principal y se preste en un concreto lugar (como sí ocurre en las entregas de mercancías en lugares distintos).

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), acaba declarando en virtud de lo anteriormente expuesto que el art. 5.1.b), segundo guión, R44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de transporte aéreo de personas desde un Estado miembro hasta otro Estado miembro, llevado a cabo en ejecución de un contrato celebrado con una única compañía aérea, el tribunal competente para conocer de la demanda de compensación basada en el contrato de transporte y en el R261/2004 es aquel en cuya demarcación se halle el lugar de salida o llegada del avión, a elección del demandante.

CONCLUSIONES

Podemos considerar el contrato de transporte como un contrato de prestación de servicios, ya que la compañía de transporte se obliga con respecto a una persona a realizar una serie de servicios a cambio de un precio. En el caso del transporte se trata de un contrato de carácter indivisible y que consiste en que la persona que celebró el contrato sea conducida al lugar de destino desde el lugar de origen en las condiciones pactadas ¹⁴⁷.

El problema que se abordó en la sentencia era determinar cuál es el lugar que presenta más vinculación con el contrato de transporte, concluyendo que son los de salida y llegada del avión.

Esta solución parece la más acertada ya que responde a las exigencias de seguridad jurídica, permitiendo que tanto los pasajeros como la compañía aérea conozcan cuál será el órgano jurisdiccional competente para resolver los posibles litigios que se planteen. Serán, a elección del demandante, los órganos jurisdiccionales del lugar de partida o del lugar del destino del vuelo. Además, el demandante siempre podrá acudir al foro general del domicilio del demandado que se prevé en el art. 2.1 R44/2001.

Por otro lado, esta previsión permite proteger a la parte débil de la relación jurídica, el usuario que contrata los servicios, porque no tiene que acudir necesariamente al órgano jurisdiccional del domicilio del demandado para interponer su demanda, sino que se le ofrece un abanico de soluciones más a su alcance.

147 “El transporte aéreo de pasajeros se sustenta, desde el punto de vista jurídico, sobre la base de un contrato: el denominado contrato de pasaje. De forma general éste puede definirse como aquel en cuya virtud una empresa –el transportista o porteador– se compromete a trasladar de un lugar a otro al pasajero y a su equipaje por vía aérea a cambio de un precio conforme a las condiciones pactadas”. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable.

Estas consideraciones que he mencionado aparecen recogidas en el FJ 45 de la Sentencia que tratamos:

“Esta posibilidad de elegir reconocida al demandante, además de respetar el criterio de proximidad cumple también la exigencia de previsibilidad, ya que permite tanto al demandante como al demandado identificar fácilmente los órganos jurisdiccionales a los que pueden recurrir. Además, es conforme con el objetivo de seguridad jurídica, dado que la posibilidad de elección del demandante se limita a dos órganos jurisdiccionales, en virtud del artículo 5, punto 1, letra b), segundo guión, del Reglamento nº 44/2001. Ha de recordarse, además, que el demandante siempre tiene la posibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado, previsto en el artículo 2, apartado 1, del referido Reglamento, es decir, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional en cuya demarcación tenga el transportista aéreo su domicilio estatutario, su administración central o su establecimiento principal, lo cual se ajusta al artículo 33 del Convenio de Montreal.”

Ana M^a Antón Muñños

4.6.- El “lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda”

4.6.1.- Casos que no pueden ser subsumidos en la letra b) del art. 5.1 Reglamento 44/2001 (art. 7.1.b. Reglamento 1215/2012)

Análisis de la STJUE 14 marzo 2013 (As. C-419/11) Česká sporitelna a.s. /Gerald Feichter

INTERPRETACION DEL CONCEPTO DE “LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN QUE SIRVE DE BASE A LA DEMANDA” EN AQUELLOS CASOS QUE NO PUEDEN SER SUBSUMIDOS EN LA LETRA B DEL ART.5.1 REGLAMENTO 44/2001

En primer lugar debemos hacer referencia al artículo 5, y más específicamente al apartado primero que incluye la letra b que después nos propondremos analizar. Este apartado en relación a la letra que debemos analizar establece que:

“las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro; a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías; cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios”.

Junto a esto, debemos mencionar que el TJUE ha dictado hasta ahora seis sentencias en relación con el artículo 5.1.b) del Reglamento (CE) 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 (Reglamento Bruselas I). Estas resoluciones han incidido en la delimitación del ámbito de aplicación material de esta disposición en el tratamiento de los supuestos de pluralidad de lugares de

entrega de las mercaderías o de prestación de los servicios, y en el método de identificación de dichos lugares de cumplimiento.

Sin embargo, hay casos concretos en los que las soluciones directas a las que hace referencia el citado artículo en su párrafo b no pueden ser utilizadas. Algunos de estos casos son:

- El pacto en contrario entre las partes, mediante el cual, las partes pueden pactar que, aunque se trate de un contrato de “compraventa de mercaderías” o de “prestación de servicios”, el tribunal competente no se fije a través del lugar de entrega de las mercancías o de prestación de los servicios.

- Los contratos que no son ni compraventas de mercaderías ni prestaciones de servicios como puede ser la venta de inmuebles o la venta de acciones o participaciones sociales (Sent. Tribunale Mantova, Italia, 21 abril 2006).

- La compraventa de mercaderías o prestación de servicios, cuyo lugar pactado de entrega de las mercancías o de prestación del servicio es un Estado no miembro.

- La compraventa de mercaderías o prestación de servicios, con múltiples lugares de prestación de los servicios o de entrega de las mercancías en Estados Miembros distintos previstos en el contrato. El art. 5.1 R.44/2001 no puede operar si la mercancía debe entregarse en varios lugares de varios Estados miembros, y no puede identificarse un lugar de “entrega principal” desde el punto de vista económico (STJCE 19 febrero 2002, Besix, STJUE 3 mayo 2007, Color Drack).

- La falta de precisión, en el contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios, del lugar de entrega de las mercaderías o del lugar de prestación de los servicios. En tal caso, tampoco son operativas las “soluciones directas” recogidas en el art. 5.1 R.44/2001 (P. MAYER / V. HEUZÉ, A. MARMISSE, J.-P. BÉRAUDO).

En aquellos en los que no son operativas las soluciones que establece el artículo 5.1.b del R 44/200, el tribunal competente se determinará mediante el método analítico distributivo, establecido por el TJCE en copias jurisprudencia, y que otorga la competencia al tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda. Para concretar el lugar referido en la línea anterior, debe ser aplicada la Ley del Contrato en virtud de las normas de DIPr. Hay, en relación a esto una excepción, referida a aquellos casos en los que existan varios lugares de cumplimiento de la obligación.

Siguiendo con el método analítico distributivo, éste puede suscitar conflictos de competencia. Además, existen casos en los que no opera el método analítico distributivo, que hace que tampoco sea aplicable el art. 5.1 R.44/2001. Estos casos a los que acabamos de hacer referencia son: en primer lugar, la pluralidad de lugares de cumplimiento, es decir, cuando existen “varios lugares de cumplimiento de la obligación” o tales lugares son “indefinidos”, lo que provoca que el art. 5.1 R.44/2001 no sea aplicable en virtud de la STJCE 19 febrero 2002, Besix, ya que, dicho artículo ya no conduce a un “lugar único”, por lo que se pierde la “previsibilidad del tribunal competente” y el riesgo de sentencias contradictorias es muy alto, pues “múltiples tribunales estatales” podrían conocer de las pretensiones derivadas de un mismo contrato. Junto a lo anterior, el art. 5.1 R.44/2001 es inaplicable también en aquellos casos en los que las obligaciones carecen de “lugar de ejecución”.

En resumen, el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 establece que son competentes para conocer de los litigios derivados de un contrato de compraventa internacional los tribunales del «lugar de entrega», según el contrato, en cuanto «lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda. El problema más grave se plantea cuando las partes no pactan el lugar de entrega, para lo que existen distintas

soluciones posibles, con el fin de determinar dicho lugar de entrega. alguna de estas soluciones serían: los Incoterms, la Convención de Viena de 1980, el Reglamento Roma I...

Por otro lado, en relación al tema en cuestión, parece evidente que el Tribunal de Luxemburgo ha ido más allá de su función interpretativa, lo que se observa en la voluntad de dicho Tribunal de reconducir al ámbito del artículo 5.1.b) supuestos que deberían haberse subsumido en el artículo 5.1.a). Para ello, el Tribunal se ha visto obligado a crear normas que van más allá de la dicción de la disposición interpretada y, lo que es peor, que atentan contra la previsibilidad y la seguridad jurídica que el Reglamento pretende garantizar.

En cuanto a la sentencia en cuestión, nos encontramos en el ámbito de la prestación de servicios. La sentencia hace referencia a las garantías de contratos de créditos, y más concretamente a un pagaré que no fue abonado ante la sociedad Česká spořitelna, que entabló una acción ante el Městský soud v Praze (Tribunal municipal de Praga) dirigida a obtener del Sr. Feichter gerente de la sociedad Feichter que emitió el pagaré, el pago dicho pagaré. Ante esto, el tribunal municipal de Praga se pregunta si la obligación está libremente aceptada, si su competencia debe determinarse según las normas en materia de contratos celebrados por los consumidores y si es posible determinar la competencia conforme al artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001. Ante esto, dicho tribunal pregunta al TJUE acerca de las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Se puede interpretar que la expresión “en materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional” del artículo 15, apartado 1, del [Reglamento nº 44/2001] abarca también las demandas derivadas de un pagaré emitido de forma incompleta, iniciadas por el tenedor contra el avalista del emisor del pagaré?

2) Tanto si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa como si es negativa, ¿se puede interpretar el concepto de demandas “en materia contractual” del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001, en el sentido de que, teniendo en cuenta exclusivamente el contenido del documento como tal, abarca también las demandas derivadas de un pagaré emitido de forma incompleta, iniciadas por el tenedor contra el avalista del emisor del pagaré?”

El TJUE considera en relación a la primera cuestión, que en relación a la admisibilidad, ésta debe ser admitida, y en relación al fondo, “que el artículo 15, apartado 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que tiene estrechos vínculos profesionales con una sociedad, como su gestión o una participación mayoritaria en ella, no puede considerarse consumidor en el sentido de dicha disposición cuando avala un pagaré emitido para garantizar las obligaciones asumidas por esta sociedad en virtud de un contrato relativo a la concesión de un crédito. Por consiguiente, esta disposición no es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro”.

En cuanto a la segunda cuestión, el TJUE entiende que “el concepto de «materia contractual» en el sentido del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001, es preciso señalar que este concepto debe ser interpretado de manera autónoma”, y “que el artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001 es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en

otro Estado miembro”, en relación a «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda», que es el asunto que nos ocupa en esta disección.

De esta forma el Tribunal falla que el artículo 15, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 44/2001 disposición no es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro, ya que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que una persona física que tiene estrechos vínculos profesionales con una sociedad, no puede considerarse consumidor en el sentido de dicha disposición cuando avala un pagaré emitido para garantizar las obligaciones asumidas por esta sociedad en virtud de un contrato relativo a la concesión de un crédito ; y que “El artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento n° 44/2001 es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro”.

Álvaro Acera Muñoz

Análisis de la STJCE 17 enero 1980 (As. 56//1979), Zelger / Salinitri

Se plantea una cuestión sobre la interpretación del art. 5.1 y 17 del convenio de 27 de septiembre de 1968, en el marco de un litigio entre dos comerciantes uno domiciliado en Alemania y otro en Italia, que versaba sobre el reembolso por parte del demandado por el préstamo basándose en un acuerdo verbal, a través del cual se fijó Múnich como lugar de reembolso.

Se presentó la demanda ante el Landgericht de Múnich el cual se declaró incompetente, dado que el mero acuerdo verbal sobre lugar de cumplimiento no se consideró suficiente para fundar la competencia internacional y dicho acuerdo solo podrá tener efecto atributivo de competencia si se hubiera respectado la forma prescrita en el art. 17.

Lo cual se elevó en recurso, obteniendo la confirmación de la sentencia anterior, por lo cual se solicitó al tribunal de justicia interpretación de los art. 5.1 y 17 del convenio de Bruselas de 27 de oct. De 1968.

En este caso partiendo de la sentencia y de las conclusiones del abogado general Sr Francesco Capotorti, tenemos que observar que el hecho de establecer un acuerdo para someter un determinado litigio ante los tribunales de otro estado en principio suspende la aplicación de los art. 2 y 5.1 del convenio, ya que se produce una atribución exclusiva de competencia por las partes hacia ese tribunal designado.

Por otra parte para que tal acuerdo o pacto sea válido debe de cumplir los requisitos que se establecen en el art. 17 del convenio, pero así mismo acudiendo a una sentencia ¹⁴⁸dictada por el tribunal de justicia en 1976 el cual estableció que corresponde al juez nacional determinar si conforme a sus normas de derecho internacional privado, la ley reconoce la facultad de las partes contratantes de designar el lugar de cumplimiento de una obligación sin imponer ningún requisito

¹⁴⁸ Sentencia dictada por el tribunal de justicia el 6 de octubre de 1976, Tessili

especial de forma.

Por lo tanto teniendo en cuenta este antecedente, podemos determinar que si el derecho internacional privado del estado que conoce del asunto no impone ningún requisito especial de forma a los pactos de establecimiento de lugar de cumplimiento de la obligación, no deberíamos someter a tal pacto a los criterios establecidos en el art. 17 del convenio y sería válido.

En este caso podemos observar que el juez alemán uso como fundamento la disposición que establece su derecho que el lugar de cumplimiento de una obligación contractual coincide, salvo pacto en contrario, con el domicilio del deudor¹⁴⁹.

Por lo tanto implícitamente no considera válido el pacto llevado a cabo verbalmente por las partes, fundando tal decisión en la falta de cumplimiento de los requisitos del art. 17 del convenio en el acuerdo llevado a cabo por las partes.

Pero en la cuestión que planteó el tribunal alemán al tribunal de justicia, afirma que en su derecho alemán es considerado válido el acuerdo atributivo de competencia, y pregunta si el hecho de que sea válido para el derecho alemán es suficiente para llevar a cabo competencia a efectos del art. 5.1 del convenio.

Así teniendo presente la resolución pronunciada anteriormente en la sentencia Tessili el juez alemán debe interpretar que el hecho de que su derecho alemán acepte como válido el acuerdo llevado a cabo por las partes aunque no observe los requisitos que impone el art. 17 del convenio debe considerarse válido ya que lo importante es que tal acuerdo sea válido para el derecho del estado del tribunal que está conociendo del asunto.

Por lo tanto teniendo presente esto para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación podemos acudir a los criterios que encontramos en el art. 2 del convenio que establece que *las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.*

Así como del art. 5.1. que establece que en materia contractual, será competente *el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda*, y así mismo podemos suspender ambos artículos si establecemos un criterio especial de competencia a otro tribunal mediante un pacto válido, respecto al derecho del tribunal que está conociendo del asunto independientemente de que tal pacto cumpla los requisitos del art. 17.

Por tanto el lugar de cumplimiento podemos determinarlo de acuerdo al art. 2, así como al art. 5 y podemos en último lugar establecerlo según acuerdo o pacto entre las partes.

Así debemos determinar que el lugar de cumplimiento con independencia de la manera en que se fije, constituye la base de una competencia especial concurrente con la competencia general y con las demás competencias especiales.

También debemos tener presente que el convenio¹⁵⁰ no contiene ninguna disposición por la cual se establezca que solo se contempla el lugar de cumplimiento de las obligaciones establecido por la ley.

Así mismo si acudimos al art. 5.1.b del reglamento 44/2001 encontramos que establece una serie de tribunales competentes en casos determinados pero establece

¹⁴⁹ apartado 269 burgergesetzbuch

¹⁵⁰ artículo 5. 1 concretamente.

que éstos tendrán lugar salvo que haya pacto en contrario, por lo tanto si en el caso concreto se debería aplicar tal reglamento, obtendríamos la misma situación anterior, dado que encontramos un pacto entre los contratantes, teniendo preferencia tal pacto ante los tribunales establecidos en el art. 5.1.b

Así que el tribunal alemán debería declararse competente para conocer del asunto ya que el tribunal de justicia deja la validez del acuerdo llevado a cabo por las partes en manos de la ley del tribunal que conoce del asunto, y en nuestro caso el derecho alemán si otorga validez a tal acuerdo, independientemente del art. 17 del convenio.

Jonatan Emanuel Cuevas Robledo

4.6.2.- La ausencia de determinación en el contrato del “lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda”.

Análisis de la STJUE 14 marzo 2013 (As. C-419/11) Česká spořitelna a.s. /Gerald Feichter

El caso que nos ocupa, es el Asunto C419/11 en el que como parte demandante en el procedimiento principal, actúa la sociedad Česká spořitelna a.s. (en lo sucesivo, «Česká spořitelna») contra el Sr. Feichter.

En relación a este Asunto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lleva a cabo una sentencia con fecha 14 de marzo de 2013 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Městský soud v Praze, es decir, por el Tribunal Municipal de Praga. En este caso, mediante la presente petición de decisión prejudicial a la que hemos hecho referencia, se solicita al Tribunal de Justicia que interprete determinadas reglas sobre competencia judicial previstas en el Reglamento (CE) n° 44/2001.

Haciendo referencia en sí al caso que nos ocupa, conviene precisar los aspectos más relevantes. En este sentido, el litigio tiene su origen el 28 de abril de 2004, cuando la sociedad Feichter-CZ s.r.o., con domicilio en la República Checa, celebró un contrato de crédito en cuenta corriente con Česká Spořitelna, que asimismo tiene su domicilio en el mismo Estado miembro. El préstamo concedido en virtud del contrato de crédito estaba destinado a la actividad comercial de la prestataria. En la misma fecha, la prestataria otorgó y entregó a la prestamista un pagaré por el importe de 5.000.000 de CZK el cual se emitió de forma incompleta, ya que se dejaron en blanco los detalles del importe, la fecha de vencimiento y el lugar de pago, que se añadieron posteriormente por la prestamista con arreglo a otro acuerdo concluido entre la prestamista, la prestataria y el Sr. Feichter.

Este pagaré estaba firmado en nombre de la prestataria por el Sr. Feichter (que estaba estrechamente vinculado a la prestataria al ser su director general pero además tenía, en el momento en que se firmó el acuerdo de crédito, una participación del 60 % en ella) en calidad de director general de la entidad, aunque también firmó el pagaré a título personal, junto a las palabras «por aval», asumiendo de este modo una responsabilidad en su propio nombre por el pago del pagaré según las condiciones estipuladas. Finalmente, lo que ocurre es que el pagaré se presentó al pago a su vencimiento y en el lugar de pago, pero no se abonó, ante lo cual la prestamista y demandante en el procedimiento principal, llevó a cabo ante el Tribunal de la ciudad

de Praga, una acción contra el Sr. Feichter reclamando el pago del importe principal del pagaré, más los intereses.

Ante ello y en dicho procedimiento, el Sr. Feichter se opuso alegando que el Tribunal de Praga no es competente para conocer y resolver la demanda interpuesta debido a que, como es una persona física con domicilio en Austria, cualquier procedimiento para la ejecución del pago del pagaré está sujeto a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Reglamento con respecto a la competencia jurisdiccional en materia de contratos celebrados por un consumidor, por lo que el procedimiento debe entablarse en Austria.

En este sentido, el órgano jurisdiccional nacional estima que, para poder decidir si es competente en este asunto, es necesario un pronunciamiento sobre la interpretación del artículo 15 del Reglamento y plantea dos cuestiones prejudiciales:

1) *¿Se puede interpretar que la expresión “en materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional” del artículo 15, apartado 1, del [Reglamento n° 44/2001] abarca también las demandas derivadas de un pagaré emitido de forma incompleta, iniciadas por el tenedor contra el avalista del emisor del pagaré?*

2) *Tanto si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa como si es negativa, ¿se puede interpretar el concepto de demandas “en materia contractual” del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento n° 44/2001, en el sentido de que, teniendo en cuenta exclusivamente el contenido del documento como tal, abarca también las demandas derivadas de un pagaré emitido de forma incompleta, iniciadas por el tenedor contra el avalista del emisor del pagaré?»*

Debido a que la pregunta que se plantea en este laboratorio de jurisprudencia es “¿Cómo se determina “el lugar de cumplimiento” de la obligación que sirve de base a la demanda cuando en el contrato no se indica nada al respecto?”, conviene ahora analizar la respuesta que da el TJUE a estas cuestiones prejudiciales con el fin de analizar el caso concreto que nos atañe así como las conclusiones de la Sra. Eleanor Sharpston, Abogada General.

Sobre el fondo de la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia señala que el artículo 15, apartado 1, del Reglamento n° 44/2001 es aplicable cuando se cumple de manera cumulativa tres requisitos: en primer lugar, una parte contractual tiene la condición de consumidor que actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional; en segundo lugar, el contrato entre dicho consumidor y un profesional ha sido efectivamente celebrado y, en tercer lugar, este contrato pertenece a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a) a c), del referido artículo 15.

En relación a esto, establece el Tribunal de Justicia que sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico para la protección del consumidor, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional. Por ello, en el presente caso, no se cumple el requisito de la existencia de un consumidor en el sentido del artículo 15.1, del Reglamento n° 44/2001 ya que no existe ningún indicio de que el Sr. Feichter se obligara mediante el aval o el acuerdo complementario para satisfacer necesidades de consumo privado o para un uso ajeno a su actividad profesional puesto que, además, ocurría lo contrario ya que dichos acuerdos se firmaron en el marco de un crédito concedido a la prestataria, que es una entidad mercantil, para su actividad empresarial y el Sr. Feichter tenía una estrecha relación con tal entidad puesto que su apellido forma parte del nombre de la sociedad y era su director general y socio mayoritario.

Así, y como aspecto relevante, señala el TJUE que la mera circunstancia de que el avalista sea una persona física no basta para determinar su condición de consumidor en el sentido del artículo 15, apartado 1, del Reglamento n° 44/2001. De esta forma, esta disposición no resulta aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

En relación a la segunda cuestión prejudicial que nos ocupa, ésta plantea como hemos dicho, si el artículo 5.1 a), del Reglamento n° 44/2001 (que establece que *«Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda»*.) es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

En este sentido y en primer lugar, el TJUE interpreta el concepto de «materia contractual» según el mencionado artículo y establece que éste debe ser interpretado de manera autónoma y que no puede entenderse como una remisión a la calificación dada por la ley nacional aplicable a la relación jurídica que es objeto de debate ante el órgano jurisdiccional nacional ya que la aplicación de la regla de competencia especial prevista en materia contractual en dicho 5.1 letra a), presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra. En el presente caso que nos ocupa, lo que ocurre es que el avalista, al firmar en el anverso del pagaré con la mención «por aval», aceptó voluntariamente actuar como garante de las obligaciones del emisor del pagaré y de este modo, mediante su firma, su obligación de garantizar dichas obligaciones fue libremente aceptada a efectos de la referida disposición. Además y según establece el TJUE, debe tenerse en cuenta que el avalista, al firmar igualmente el acuerdo relativo a la adición de los datos que faltaban, aceptó libremente los requisitos relativos a la manera en que el tenedor completaría el pagaré incorporando esos datos, aun cuando la firma de dicho acuerdo, en sí misma, no originase el aval. Por lo tanto, la relación jurídica entre el tenedor y el avalista de un pagaré, incompleto en el momento de su emisión y completado posteriormente, está comprendida en el concepto de «materia contractual».

Por otro lado, también se lleva a cabo en la sentencia un análisis del concepto de «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda», que a su vez es la pregunta principal que nos ocupa en este laboratorio. En el caso presente, dado que el lugar de cumplimiento de la obligación controvertida en el litigio principal se indica expresamente en el pagaré, el Tribunal de Praga está obligado, en la medida en que el Derecho aplicable permite esa elección del lugar de cumplimiento de la obligación, a tener en cuenta dicho lugar para determinar el órgano jurisdiccional competente con arreglo al artículo 5.1 letra a), del Reglamento n° 44/2001.

En estas circunstancias, se establece que el artículo 5.1 letra a), del Reglamento n° 44/2001 es aplicable a afectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro.

Rebeca Cejas Cabrera

Análisis de la STJCE 5 octubre 1999 (As. C-420/97), Leathertex Divisione Sintetici SpA / Bodetex BVBA

RESUMEN DE LA SENTENCIA

Asunto C-420/97. Leathertex y Bodetex

Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre Leathertex Divisione Sintetici SpA (en lo sucesivo, «Leathertex»), sociedad con domicilio en Montemurlo (Italia), y Bodetex BVBA (en lo sucesivo, «Bodetex»), sociedad con domicilio en Rekkem-Menen (Bélgica), relativo al pago de comisiones atrasadas y de una indemnización compensatoria por falta de preaviso, reclamado por Bodetex a Leathertex, de la que era agente comercial en los mercados belga y neerlandés.

El Hof van Cassatie plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial para resolver el litigio. Mediante esa cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, que se dilucide si los artículos 2 y 5, número 1, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, deben interpretarse en el sentido de que el mismo Juez es competente para conocer en su integridad de una demanda basada en dos obligaciones equivalentes derivadas de un mismo contrato, cuando, según las normas de conflicto del Estado de dicho Juez, tales obligaciones deben cumplirse una en dicho Estado y la otra en un Estado contratante distinto.

Ante tal cuestión, Leathertex, el Gobierno alemán y, con carácter subsidiario, el Gobierno del Reino Unido alegan que, de conformidad con el artículo 5.1 un órgano jurisdiccional de un Estado contratante no es competente para conocer en su integridad de una acción judicial basada en varias obligaciones equivalentes derivadas de un mismo contrato, cuando el lugar de cumplimiento de una o varias de dichas obligaciones está situado en un Estado contratante distinto. Sostienen que el artículo 5.1 del Convenio debe interpretarse de modo estricto. Procede reconocer la competencia del Juez del lugar donde cada una de ellas debe cumplirse y aceptar la división de las competencias que de ello pueda derivarse.

Bodetex, en cambio, alega, en primer lugar, que el contrato del que se derivan las dos obligaciones que son objeto de litigio es análogo a un contrato de trabajo de representante de comercio. Por consiguiente, para la aplicación del artículo 5.1 se deberá tomar en consideración la obligación que caracteriza al contrato, en particular en Bélgica. Sostiene también, en segundo lugar, que ambas obligaciones tienen un vínculo de conexión y que ambas se derivan del contrato de agencia. Esta conexión justifica que el Juez competente para pronunciarse sobre la obligación de pagar tal indemnización también lo sea para pronunciarse sobre la obligación de pagar las comisiones. Esta interpretación evita una fragmentación de competencias.

Por último, la Comisión alega que, en el supuesto de que un demandante formule dos demandas basadas en dos obligaciones equivalentes, el Juez que es competente para conocer de una de las demandas con arreglo al artículo 5.1 del Convenio también lo es para conocer de la otra, si entre ambas demandas existe una relación lo bastante estrecha para generar un interés en sustanciarlas y juzgarlas simultáneamente con el fin de evitar soluciones que pudieran ser inconciliables si los asuntos se juzgaran por separado. Llega a la conclusión de que el artículo 5.1 del Convenio debe interpretarse de modo que se eviten de antemano situaciones a las que fuera aplicable el artículo 22 del Convenio.

El Tribunal de Justicia dedujo (en sentencias anteriores) que, a efectos de determinar el lugar de cumplimiento en el sentido del citado artículo 5.1 del Convenio, la obligación que había de tenerse en cuenta era la que se correspondía con el derecho contractual en el que se basaba la acción del demandante. El Tribunal de Justicia ha afirmado en varias ocasiones que el lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda debe determinarse conforme a la ley por la que se rige la obligación controvertida según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio.

Como ha precisado el Tribunal de Justicia, el artículo 22 del Convenio tiene por objeto regular el tratamiento procesal de demandas conexas de las que conocen órganos jurisdiccionales de diferentes Estados contratantes.

Cuando el litigio se refiere a varias obligaciones equivalentes derivadas de un mismo contrato, el Juez ante el que se presentó la demanda no puede guiarse, para determinar su competencia, por el principio elaborado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Shenavai*, según el cual lo accesorio sigue a lo principal. En tales circunstancias, el mismo Juez no es competente para conocer en su integridad de una demanda basada en dos obligaciones equivalentes derivadas de un mismo contrato cuando, según las normas de conflicto del Estado de dicho Juez, tales obligaciones deban cumplirse una en este Estado y la otra en un Estado contratante distinto.

El artículo 5.1 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, debe interpretarse el sentido de que el mismo Juez no es competente para conocer en su integridad de una demanda basada en dos obligaciones equivalentes derivadas de un mismo contrato, cuando, según las normas de conflicto del Estado de dicho Juez, tales obligaciones deben cumplirse una en este Estado y otra en un Estado contratante distinto.

CONCEPTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Nos encontramos ante un contrato de agencia, por lo que lo podemos calificar como un contrato de “prestación de servicios”. La “obligación que sirve de base a la demanda” es la “prestación del servicio”. El lugar de prestación de los servicios será el pactado por las partes en el contrato. El concepto de “contrato de prestación de servicios” incluye, entre otros muchos, los contratos de agencia (Sent. Cour Cass Francia 3 octubre 2006 [contrato de agencia a ejecutar en Francia y agente con domicilio en Portugal])

Concepto de “contrato de prestación de servicios”. Varias consideraciones son necesarias:

Por un lado, la existencia de un concepto autónomo, es decir, un concepto propio del Reglamento 44/2001. Dicha interpretación autónoma del concepto evita el *Forum Shopping*.

Por otro lado, un concepto amplio, ya que de ese modo se alcanza un efecto útil del art. 5.1 R.44/2001, cuyo objetivo es evitar, en la mayor medida posible, que el lugar de ejecución de la obligación deba determinarse por el art. 5.1 c) R.44/2001, inciso de aplicación muy complicada, y lograr la precisión del lugar de ejecución del modo más automático posible, sin tener que consultar cuál es la Ley aplicable al contrato.

CONCEPTO DE “LUGAR DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO”

Deben tenerse presentes diversos aspectos.

1º) Dicho lugar es un “dato de hecho” y no un “dato jurídico”

2º) En el caso de contratos de prestación de servicios que deben realizarse en varios países, como los contratos de transporte de bienes o personas entre aeropuertos situados en diversos Estados, el TJCE mantiene una interpretación muy expansiva del art. 5.1.b R.44/1001. En efecto, el lugar de prestación de los servicios es, en estos casos, tanto el “lugar de salida” como el “lugar de llegada del avión” (STJCE 9 julio 2009, as. C-204/08, *Air Baltic*, FD 43). En consecuencia, el demandante puede ejercitar su acción contra el demandado, a su elección, ante el tribunal del Estado miembro en cuya demarcación se halla el lugar de salida o ante el tribunal en cuya demarcación se encuentra el lugar de llegada del avión, tal como dichos lugares estén previstos en el contrato, con arreglo al art. 5.1.b R.44/2001.

¿CÓMO SE DETERMINA "EL LUGAR DE CUMPLIMIENTO" DE LA OBLIGACIÓN QUE SIRVE DE BASE A LA DEMANDA CUANDO EN EL CONTRATO NO SE INDICA NADA AL RESPECTO?

En cuanto a la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación, hay que distinguir:

En primer lugar, deberá estarse al lugar de cumplimiento que las partes hayan acordado en el contrato, puesto que el TJUE ha aceptado que la elección contractual del lugar de cumplimiento de las obligaciones surta efectos en el marco del art. 5.1.a) RB I, a condición de que la ley aplicable al contrato permita tal elección y de que las partes respeten los requisitos establecidos por dicha ley.

En segundo lugar, cuando las partes no hayan determinado el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa, la solución clásica del TJUE es acudir al Derecho rector del contrato y estar a lo que éste disponga sobre el lugar de cumplimiento de la obligación de que se trate. La determinación de la *lex contractus* podrá efectuarse bien en virtud de lo que dispongan las normas de conflicto del foro o, en su caso, de acuerdo con lo que dispongan las normas de Derecho uniforme que resulten aplicables.

Se trata de una solución discutida tanto por la doctrina como desde el propio seno del TJUE. Otros autores abogaban por considerar que, en ausencia de previsión expresa o implícita en el contrato, el lugar de cumplimiento sería el determinado por la *lex contractus* o, en su caso, del Derecho material uniforme. Con todo, la solución del TJUE no ha pasado ni por la interpretación literal del precepto, ni por el mecanismo que se remite a las normas de DIPr, esto es, el recurso a la *lex contractus*. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo ha preferido acudir a criterios fácticos e, incluso, a la creación –una vez más– de reglas autónomas sin base alguna en el texto del Reglamento.

Así, por ejemplo, en el asunto *Wood Floor* el TJUE dispuso que si de los términos del contrato no podía determinarse el lugar de la prestación principal del agente, debía acudirse subsidiariamente al lugar en el que el agente hubiese desarrollado efectivamente y de manera preponderante sus actividades; con la precaución, eso sí, de que “la prestación de servicios en dicho lugar no sea contraria a la voluntad de las partes según resulta de las cláusulas del contrato” Se trata de un criterio puramente fáctico

Sin embargo, dicho criterio presenta varios problemas: por una parte, su ausencia de base normativa; en segundo lugar, el hecho de que supone poner en manos de una de las partes la determinación de la competencia judicial internacional en base al art. 5.1.b) y, en tercer lugar, el menoscabo que supone para la previsibilidad y la seguridad jurídica, especialmente desde la perspectiva de la otra parte, esto es, el principal.

Pero el TJUE decidió ir un paso más allá y, dando rienda suelta a su creatividad, estableció una regla de cierre para aquellos casos en los que no fuera posible localizar el lugar de desarrollo de la prestación principal del agente ni en base a los términos del contrato, ni en base al lugar de cumplimiento efectivo. El TJUE dispone que deberá considerarse como lugar de prestación principal de los servicios “el lugar en que dicho agente esté domiciliado”. Desde el punto de vista de la previsibilidad, este criterio es algo menos arriesgado, puesto que normalmente el principal sabrá a priori dónde está domiciliado el agente; En cualquier caso, es evidente que la regla carece de fundamentación suficiente, más allá de una genérica referencia a los principios de previsibilidad y de proximidad.

Carmen Anaya Marcos

Análisis de la STJCE 29 junio 1994 (As. C-288/92), Custum Made Commercial Ltd / Stawa Metallbau GmbH

Estamos ante una sentencia del tribunal de justicia de 29 de junio de 1994, el asunto C-288/92

Mediante resolución de 26 de marzo de 1992, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de junio siguiente, el Bundesgerichtshof (Alemania) planteó, con arreglo al Protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, varias cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del número 1 del artículo 5 y del párrafo primero del artículo 17 del Convenio.

Estas cuestiones surgieron en el marco de un litigio internacional.

- Por un lado esta Stawa Metallbau GmbH, con residencia habitual en Bielefeld (Alemania)
- Por otro lado Custom Made Commercial Ltd, con domicilio en Londres.

Ambas tenían un contrato de suministro de ventanas y puertas que Stawa debía fabricar, y el litigio es en relación con el pago solo parcial efectuado por Custum Made Commercial.

El 6 de mayo de 1988, en Londres, como resultado de negociaciones celebradas en lengua inglesa, Stawa se obligó verbalmente a suministrar las mercancías a Custom Made. Las mercancías estaban destinadas a un complejo inmobiliario situado en Londres. En el contrato se estipulaba que el pago se efectuaría en libras esterlinas inglesas.

Stawa confirmó la celebración del contrato el 9 de mayo de 1988, en el cual se establecía las condiciones generales de contratación, entre las cuales se estableció << Siempre que el comprador sea una empresa mercantil, una persona jurídica de Derecho público o un patrimonio específico de Derecho público, para cualquier controversia entre las partes derivada de la relación contractual, el lugar de cumplimiento y el fuero jurisdiccional serán Bielefeld.»

Ante la falta de pago total por parte de Custom Made, Stawa presentó ante los órganos jurisdiccionales de Bielefeld una demanda reclamando el pago del saldo ante

la cual Custom madre no acudió y obtuvo una sentencia en rebeldía en la que se le condeno a pagar a Stawa 144.742,08 mas intereses.

Sin embargo, ante esto, Custom madre formulo oposición a esta sentencia declarando la incompetencia internacional de los tribunales alemanes, sin embargo Landgericht Bielefeld declaro en una resolución la adminisibilidad de la demanda interpuesta por Stawa.

Posteriormente Custom Made interpuso ante el Oberlandesgericht Hamm un recurso de apelación contra esa resolución la incompetencia de los Tribunales alemanes, ante la cual, Oberlandesgericht desestimo este recurso basando la competencia internacional de los tribunales alemanes en el numero 1 del articulo 5 del convenio, que prevee que el comprador deberá pagar al vendedor en el lugar en que este tenga su establecimiento o, en su caso, su residencia habitual.

Cutom Made, interpuso un recurso de casación ante el Bundesgerichtshof, quien considero que el litigio daba problemas de interpretación del Convenio y acordó suspender el procedimiento hasta que el tribunal de jusitica se pronunciase con carácter prejudicial sobre ciertas cuestiones

El Bundesgerichtshof plantea diversas cuestiones sobre la interpretación de dos importantes disposiciones del Convenio de Bruselas, en particular, del número 1 del artículo 5, que atribuye competencia al Tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación y (en su caso) del artículo 17, sobre convenios atributivos de competencia. Según lo indicado por el Bundesgerichtshof, ambas disposiciones son aplicables, bien en la redacción de 1978, bien en la redacción (idéntica) de 1982.

CUESTIONES

a) El lugar de cumplimiento, a efectos del número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas, ¿debe determinarse también según el Derecho material aplicable a la obligación controvertida conforme a las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio, cuando se trata de una demanda interpuesta por un proveedor contra un comprador, por la que reclama el pago del precio, basada en un contrato de suministro, si, conforme a las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio, resulta aplicable a dicho contrato el Derecho uniforme sobre compraventa internacional, y, por consiguiente, el lugar de cumplimiento de la obligación de pagar el precio del suministro es el establecimiento del proveedor demandante?

En la primera cuestión el Bundesgerichtshof desea que se determine el concepto de «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda»; en particular, desea saber si el significado de este concepto —al que designa, de forma abreviada, como «lugar de cumplimiento»— «debe determinarse también según el Derecho material aplicable a la obligación controvertida conforme a las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio» en un caso como el presente. En caso negativo, desea saber de qué (otra) forma debe determinarse, en tal supuesto, el lugar del cumplimiento.

En el apartado b se plantea en caso de que sea negativa la respuesta del tribunal de justicia cómo se debería determina en ese caso el lugar de cumplimiento a efectos del numero 1 del articulo 5 del convenio de Bruselas.

La segunda pregunta que se plantea es que en el caso de que conforme a las respuestas a las cuestiones contenidas en las letras a) y b) de la primera pregunta, la competencia internacional de los Tribunales alemanes no pueda basarse en el número 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas:

a) ¿Puede considerarse válidamente acordado un convenio atributivo de competencia, conforme al tercer supuesto de la segunda frase del párrafo primero del

artículo 17 del Convenio de Bruselas, en su versión de 1978, cuando el proveedor confirma por escrito al comprador un contrato verbal previamente celebrado, adjuntando, por vez primera, sus condiciones generales de la contratación que contienen una cláusula atributiva de competencia, si el comprador no impugna esta cláusula, en el lugar del domicilio del comprador no existe ningún uso mercantil por el que el silencio frente a tal escrito deba considerarse como aceptación de la cláusula atributiva de competencia, el comprador tampoco conoce tal uso mercantil y se trata del primer contacto comercial entre las partes?

b) En el caso de que el Tribunal de Justicia responda en sentido afirmativo a la letra a) de la segunda pregunta:

¿Es también aplicable dicha respuesta cuando las condiciones generales de la contratación, que contienen la cláusula atributiva de competencia, están redactadas en un idioma desconocido para el comprador, distinto del de las negociaciones y del contrato, y cuando en el escrito confirmatorio del contrato, redactado en el idioma de las negociaciones y del contrato, se hace referencia global a las condiciones generales de la contratación adjuntadas, pero no se hace ninguna indicación específica a la cláusula atributiva de competencia?

En tercer lugar se plantea que en el caso de que el Tribunal de Justicia responda afirmativamente a las cuestiones contenidas en las letras a) y b) de la segunda pregunta:

¿Prohíbe el artículo 17 del Convenio de Bruselas, en el caso de una cláusula atributiva de competencia contenida en condiciones generales de la contratación que cumple los requisitos establecidos en dicho precepto para la validez de los convenios atributivos de competencia, someter dicha cláusula a un examen complementario, según el Derecho material nacional aplicable conforme a las normas de conflicto del Tribunal que conoce del litigio, a fin de determinar si ha pasado a constituir válidamente parte integrante del contrato?

Ante estas cuestiones el tribunal de justicia se pronunció mediante resolución de 26 de marzo de 1992, declarando:

Que el número 1 del artículo 5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, debe interpretarse que en el caso de que estemos ante una demanda sobre reclamación de cantidad presentada por el proveedor contra su cliente en virtud de un contrato de suministro, el lugar de cumplimiento de la obligación de pagar debe determinarse conforme al derecho material por el que rija la obligación controvertida según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conozca del litigio, aun cuando estas normas se remitan a disposiciones como las de la ley uniforme sobre la Compraventa internacional de bienes muebles, anexa al Convenio de la Haya de 1 de julio de 1964.

Lucía Castro Solleiro

4.6.3.- Litigios referentes a la validez del contrato

Análisis de la STJCE 4 marzo 1982 (As. 38/81), Effer / Kantner

Hechos controvertidos

Las empresas Effer – domiciliada en Bologna, Italia – y Hydraulikkran – domiciliada en Böblingen, Alemania – estaban vinculadas por una relación contractual,

en virtud de la cual, la primera comercializa en Alemania su producción de grúas mediante la segunda.

Posteriormente, Effer inventó un nuevo aparato y resultó necesario comprobar si su venta lesionaba derechos de patente preexistentes. De esta manera, con el fin de cotejar dicha posible lesión, la empresa Hydraulikkran, habiéndose reunido previamente con Effer, decidió encargar al Agente de la Propiedad Industrial, Sr. Kantner, que realizase dichas averiguaciones en Alemania.

Así pues, el litigio principal, se refiere a si Hydraulikkran contrato al Sr. Kantner en su nombre o en el de la italiana Effer. Posteriormente, dicho Agente de la Propiedad Industrial, presentó una demanda solicitando el cobro de sus honorarios – cuyo importe no se discute- ante los Tribunales alemanes, rechazando Effer la existencia de relación contractual con el mismo, de la que deduce que los Tribunales alemanes no son competentes para conocer de tal litigio.

La demanda del Sr. Kantner fue estimada, tanto en la primera como en la segunda instancia alemana; motivo por el cual, Effer interpuso recurso de casación ante el Bundesgerichtshof, el cual, a la vista de los hechos (y las alegaciones) decidió plantear ante el Tribunal de Justicia cuestión prejudicial, suspendiéndose así el procedimiento.

Planteamiento de la cuestión prejudicial.

La cuestión prejudicial reza de la siguiente forma: « ¿Goza el demandante del fuero del lugar de cumplimiento del contrato con arreglo al número 1 del artículo 5 del Convenio¹⁵¹, aun cuando la formación del contrato que dio lugar a la demanda sea objeto de litigio entre las partes?»¹⁵²

La Sentencia del Tribunal

El Bundesgerichtshof alemán, planteó la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, en virtud de una duda a la hora de interpretar el apartado primero del artículo 5 del Convenio de Bruselas 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicho artículo determina que: *“las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante en materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda [...]”*.

Sobre esta cuestión, la Comisión de las Comunidades Europeas, entendían que el demandante si gozaba del fuero del lugar de cumplimiento de la obligación, aunque precisamente el contrato mismo (su formación) sea objeto de litigio.

No obstante, el gobierno del Reino Unido, entendía que debían cumplirse unos requisitos para tal afirmación, que son: que la obligación- en un principio -resulte de carácter contractual y que el demandante actuase de buena fe. Siendo así el único argumento en contra de estas tesis, el de la empresa demandada, Effer.

Según el Tribunal, de las propias disposiciones del Convenio, tomadas en su conjunto y en particular de las de la sección séptima del mismo, se desprende que en los casos comprendidos por el apartado del artículo 5 en conflicto, el órgano jurisdiccional nacional es competente para resolver las cuestiones relativas a un

¹⁵¹ El Bundesgerichtshof alemán, se refiere al Convenio de Bruselas 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Posteriormente el Tribunal también se referirá al mismo simplemente como “el Convenio” o “Convenios de Bruselas”.

¹⁵² STJCE 4 marzo 1982, as. 38/81, Effer-Kantner, Recueil, 1982, pp.825-840. F.J 3°.

Se toma literalmente por el Tribunal en el Fundamento de Derecho número tercero, in fine, la cuestión prejudicial que le es planteada por el Bundesgerichtshof alemán.

contrato, que comprenden a su vez competencia para apreciar la existencia de los elementos constitutivos del propio contrato.

Esta apreciación, es considerada¹⁵³ como imprescindible para que el órgano jurisdiccional que conoce de la demanda, comprobará su propia competencia en virtud del Convenio, puesto que si se tomase en sentido contrario, con la simple alegación de la inexistencia del contrato, por alguna de las partes, quedaría sin efecto el artículo 5 del Convenio.

Son los fines y principios del Convenio mismo, los que para el Tribunal requieren esta interpretación¹⁵⁴, permitiendo que el Juez en esos casos compruebe – aún siendo de oficio- las condiciones de su propia competencia judicial.

Así pues, el fallo determina que el demandante goza del fuero del lugar de cumplimiento del contrato en virtud del artículo 5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, pese a que la formación del contrato sea precisamente el objeto de litigio entre las partes.

Sobre las conclusiones del abogado general

Las conclusiones del abogado general, presentadas el 3 de diciembre de 1981 por el Sr. Gerhard Reischl, ya proponía esta misma solución para la cuestión prejudicial.

Muchos de sus argumentos, son recogidos en la Sentencia del Tribunal, incluida la referencia al caso Sanders/ Van der Putte.

No obstante, algunos de sus argumentos son distintos a los que empleó posteriormente el Tribunal en su resolución. Por ejemplo, no se hace mención por parte del Tribunal al Informe Jenard sobre el artículo 19 del Convenio – relativo a la competencia judicial- que constituye un argumento adicional en contra de la tesis que sostenía la empresa Effer.

Además, para el abogado general, no es relevante el hecho de que el control de la competencia coincida total o parcialmente con el del fundamento material de una pretensión. Así como también considera que en este concreto caso, la defensa de esta tesis, no supone una carga inadmisibles para la empresa demandada, por el mero hecho de tener que defenderse en un Tribunal distinto al de su domicilio.

Sin embargo, es exigible que el demandante aporte la prueba del hecho que funde la competencia del Tribunal.

Análisis

Tal vez, el fallo del Tribunal, no resulte realmente esclarecedor pese a su aparente simplicidad. Sin embargo, su fundamento de derecho séptimo recoge lo esencial de la resolución objeto de estudio.

¹⁵³STJCE 4 marzo 1982, as. 38/81, Effer-Kantner, Recueil, 1982, pp.825-840. FJ 7°.

El Tribunal de las Comunidades Europeas, considera imprescindible en este caso realizar esta interpretación sobre la competencia judicial de los órganos jurisdiccionales en virtud del artículo 5 del Convenio, pues si no fuese así, se vaciaría de contenido el mismo con la simple alegación de las partes.

¹⁵⁴ STJCE 14 de diciembre de 1977, as. 73/77, Sanders/Van der Putte Rec. p. 2383.

En el caso del foro de competencia comprendido por el apartado primero del artículo 14 del mismo Convenio, se aprecia la misma aun cuando el objeto del litigio verse sobre «la existencia» de un contrato de arrendamiento.

Así pues, se extrae de su respuesta a la cuestión prejudicial que en el caso de que alguna de las partes del contrato apelase la inexistencia del mismo, el Tribunal examinará si el contrato realmente existe o vincula a las partes.

En el caso de no declararse la validez del contrato, el Tribunal será incompetente en virtud del art 5 del Convenio de Bruselas (actualmente, mismo numeral en el Reglamento 44/2001); puesto que si no hay una relación contractual válida, no cabe el cumplimiento de las obligaciones que se derivarían de esta y el Tribunal no podrá justificar su competencia en virtud de dicho precepto¹⁵⁵.

Sin embargo, nada se dice sobre cómo debe el Tribunal examinar la validez del contrato. En esta cuestión, hay un claro debate doctrinal, en el que se diferencia entre: los autores que consideran que el Tribunal debe aplicar la ley del contrato que será indicada por sus normas de Derecho Internacional Privado y los que entienden que el Tribunal debe aplicar las circunstancias del propio caso, sin hacer referencia a la ley del estado en particular.

De cualquier forma, se defiende cualquiera de las anteriores tesis doctrinales, lo que se debe evitar es que la simple alegación de una de las partes sobre la inexistencia del contrato, suponga la negación de dicho “foro contractual” del Convenio.

La regulación del Reglamento 44/2001

Actualmente, el Reglamento 44 /2001 (CE) de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su artículo 5, apartado primero – como ya ha sido indicado- recoge de nuevo este foro sobre materia contractual, que comprende los litigios relativos a una obligación de hacer como de no hacer¹⁵⁶, reclamaciones derivadas de la ruptura abusiva de un contrato y nulidad e interpretación del contrato entre otros¹⁵⁷.

La estructura de este artículo 5, apartado primero, responde a tres párrafos, siendo el primero de ellos, el determinado como apartado a), el que enuncia – en el mismo sentido que el anterior- el foro especial en materia contractual. El siguiente apartado – el b)- recoge dos supuestos concretos de contratos: la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios; siendo este apartado subsidiario al primero (o aplicable en defecto) según reza el apartado c) del mismo artículo.

La regulación del Reglamento 1215/2012

Próximamente, con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 1215/ 2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la regulación del anterior artículo 5 del Reglamento 44/2001, pasa a ocupar el artículo 7 apartado primero del mismo, manteniéndose en la sección segunda sobre competencias especiales.

¹⁵⁵ CALVO CARAVACA, A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J y DURÁN AYAGO, A “Sentencias dictadas por el TJCE sobre el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968 y Reglamento (CE) 44/ 2001 de 22 de diciembre 2000”, *Laboratorio Jurídico: Jurisprudencia y Espacio Judicial Europeo*, Accursio – Dip, Update 5 noviembre 2012, pp 1- 2.

¹⁵⁶ STJCE de 19 de febrero de 2002, as C-256/00, Besix SA vs. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG), Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl.Ing.W. Kretzschmar GmbH & Co. KG (Plafog).

¹⁵⁷ CARRASCOSA CONZÁLEZ, J “La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Textos de Derecho Internacional Privado*, Masters Dip, 2009.

Este artículo 7, apartado primero, se estructura de nuevo en tres párrafos¹⁵⁸, en el mismo sentido y contenido que en su equivalente en el Reglamento 44/2001.

No obstante, lo dispuesto en el apartado a), es decir, el foro que venimos analizando, no es de sencilla aplicación pues se deben cumplir dos requisitos, según la jurisprudencia y la doctrina¹⁵⁹ más actual. El primero de ellos es individualizar la obligación que sirve de base a la demanda, para pasar al segundo requisito que supone determinar el lugar de cumplimiento de la misma según el derecho aplicable al contrato.

Así pues, la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación, pasará a ser determinado por el presente artículo 7, apartado primero; heredando el foro contenido en los anteriores numerales quinto del anterior Reglamento 44/2001 y Convenio de Bruselas.

Vega Cortés Pérez

5.- El foro especial en materia de explotación de sucursales, agencias o establecimientos secundarios

5.1.- Ámbito de aplicación

Análisis de la STJCE 6 abril 1995 (As. C-439/93), Lloyd's Register of Shipping / Société Campenon Bernard

RESUMEN DE LOS HECHOS

Nos encontramos ante una cuestión prejudicial¹⁶⁰ planteada el 26 de octubre de 1993 por la “Cour de cassation francesa” en virtud de la cual se pretendía la interpretación del número 5 del artículo 5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (hoy mismo artículo con un contenido idéntico pero del nuevo Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2001); en particular, el problema planteado fue que si las obligaciones contraídas por la sucursal, agencia o establecimiento secundario en nombre de la casa matriz debían cumplirse en el Estado donde se encuentren estos para que opera el foro especial del citado artículo.

Como base a la cuestión prejudicial planteada, se hallaba un litigio entre una sociedad francesa (“Campenon Bernard”) y una asociación sin ánimo de lucro inglesa (“Lloyd's Register”). La asociación inglesa tenía sucursales por varios países, entre ellos Francia y España. Campenon Bernard contactó con la sucursal francesa para el control de barras de acero para hormigón. Se concluyó que dicho control se realizaría por la sucursal que la asociación inglesa tenía en España.

Por tanto, contrato celebrado en Francia con la sucursal francesa, y obligación que debía ser cumplida en España.

¹⁵⁸ RODRIGUEZ BENOT, A (director) y otros, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, Madrid 2014, pp 58- 59.

¹⁵⁹ Según opina CAMPUZANO DIAZ, B. en “La competencia Judicial internacional”, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, Madrid 2014, pp 58.

¹⁶⁰ STJCE 6 abril 1995 (As. C-439/93), *Lloyd's Register of Shipping / Société Campenon Bernard*

Ante el cumplimiento defectuoso por parte de la sucursal española (las barras de acero para hormigón no fueron aceptadas a pesar de que superaron el control), la empresa francesa interpuso demanda ante el Tribunal de Comercio de París.

Se interpuso una declinatoria por falta de competencia en 1º instancia (negada en base al derecho interno francés) y posteriormente un recurso de apelación desestimado (pero esta vez en base al derecho institucional). Tras la interposición del recurso de casación, se planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal falló estableciendo que:

<< {...} no supone que las obligaciones controvertidas, contraídas por la sucursal en nombre de la casa matriz, deban cumplirse en el Estado contratante en el que se encuentre establecida la sucursal >>

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

- El tenor literal del artículo no lo exige.

Además de que no aparece una limitación territorial expresamente mencionada, si se dicha limitación fuera extraída del término “explotación”, a lo que daría lugar sería a una tremenda inseguridad jurídica¹⁶¹

- Vería reducido casi totalmente su ámbito de aplicación

Esto se puede comprobar fácilmente, por un lado, atendiendo a otros 2 de los apartados del mismo artículo:

En atención al número 1 del citado artículo, el Tribunal de lugar de cumplimiento de la obligación ya sería competente en atención a este foro de competencia especial.

Y en virtud del número 3, el Tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso sería competente en virtud de este foro

Por lo tanto, la única aplicabilidad del número 5 la encontraríamos para determinar una de las distintas demarcaciones judiciales interna de un Estado miembro en concreto, objetivo que estaría bastante alejado del que realmente tenía dicho Convenio.

- Son entidades que pueden ser las interlocutoras principales y/o exclusivas en la negociación con terceros

En atención a la sentencia Somafer¹⁶²

<< el concepto de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, supone un centro de operaciones, que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una empresa principal, dotado de una dirección y materialmente equipado para poder realizar negocios con terceros, de tal modo que éstos, aun sabiendo que eventualmente se establecerá un vínculo jurídico con la empresa principal, cuyo domicilio social se halla en el extranjero, quedan dispensados de dirigirse a ella directamente, y pueden realizar negocios en el centro operativo que constituye su prolongación>>.

Por tanto, al poder celebrar contratos y distintos negocios jurídicos, mediante este foro estamos facilitando la protección del demandante al poder acudir a los

¹⁶¹ Véase el punto 17 de las conclusiones del Abogado General Sr. Elmer C-439/93

¹⁶² STJCE 22 noviembre 1978 (As. 33/78), *Somafer / Saar-Ferngas*

tribunales donde llevó las negociaciones. No sería lógico exigirle acudir a otros tribunales como los del lugar de cumplimiento, para los cuáles, además, ya existen otros foros.

- Objetivo de las reglas de competencia especial.

Siguiendo el Informe Jenard¹⁶³, estas reglas de competencia especial se justifican en:

<< [...] que existe un estrecho vínculo de referencia entre el litigio y el tribunal que deberá conocerlo>>

Por tanto, siguiendo las argumentaciones anteriores, el tribunal más vinculado con el litigio será en este caso el del lugar donde esté la sucursal con la que se ha celebrado el contrato, con la que el tercero ha negociado, con independencia de donde se tengan que cumplir las obligaciones de aquel.

Por otro lado, a pesar de la alegación por parte del Reino Unido buscando una interpretación uniforme del artículo controvertido y sendos párrafos segundos de los arts. 8 y 13 del mismo Convenio, la finalidad de estos 2 últimos artículos desvirtúa la posibilidad de interpretación uniforme la cual es proteger a la parte débil del contrato (junto con la circunstancia de que en estos 2 artículos se refieren a situaciones en las que la parte débil no están domiciliadas en el Estado contratante).

JURISPRUDENCIA

Contradictoria

En primer lugar, nos encontramos con la sentencia Somafer (citada anteriormente). En su apartado 13, apreciamos la siguiente precisión:

<< [...] que, por otra parte, también comprende los litigios relativos a las obligaciones contraídas por el centro de operaciones anteriormente descrito, en nombre de la empresa principal y que se deban cumplir en el Estado contratante donde dicho centro de operaciones se halle establecido [...] >>

Siguiendo las conclusiones del Abogado General sr. Elmer¹⁶⁴, nos encontramos con una apreciación *obiter dictum*, es decir, “dicho de pasada”. No tenía relación con el litigio, el cual versaba sobre un caso de responsabilidad extracontractual por las actividades de una oficina.

Por tanto, no se resuelve expresamente un caso como el de esta sentencia

En segundo lugar, un caso similar lo apreciamos en el asunto Blanckaert & Willems¹⁶⁵. En concreto, en las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Reischl¹⁶⁶ podemos darnos cuenta de una posible contradicción con la tesis del Tribunal:

<<En el caso de una agencia, en cierto modo debe tratarse más bien de una parte descentralizada de la empresa, que tenga competencias en esencia similares a las de la casa matriz, pero limitadas naturalmente al territorio del Estado miembro en donde se halle>>.

¹⁶³ DO 1990,C189, p. 142

¹⁶⁴ Véase el punto 12 de las conclusiones del Abogado General Sr. Elmer C-439/93

¹⁶⁵ STJCE 18 de marzo 1981, as. 139/80, *Blanckaert & Willems vs. Trost, Recueil*, 1981,

¹⁶⁶ Véanse las conclusiones del Abogado General, p. 150.

Nos encontramos de nuevo ante un litigio suscitado por una cuestión ajena a la que se planteó en este caso. En particular, a la representación de una agente por una zona determinada. Por tanto, no resuelve el número 5 del artículo 5 en el sentido que nos atañe.

A favor

Fundamentalmente, nos encontramos con la sentencia del asunto Schotte¹⁶⁷.

En esta sentencia, no tenemos ningún pronunciamiento expreso sobre la cuestión que nos atañe. Sin embargo, se observa que no cabe una limitación territorial para aplicar el foro especial de forma implícita, ya que se puede apreciar que el lugar de cumplimiento de la obligación no era el Estado donde se encontraba la sucursal, agencia u otro establecimiento, si no que tenía que cumplirse en el Estado donde se hallaba la sociedad matriz.

Asimismo, podemos apreciar una crítica a la solución dada en la sentencia Somafer en las conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn¹⁶⁸.

<<No se ha ahondado en el concepto de «litigio relativo a la explotación» de una sucursal, etc., salvo en la sentencia Somafer. [...] Por nuestra parte, de no haber existido el apartado 13 de los motivos de la sentencia, habríamos atribuido al concepto de «litigio relativo a la explotación de una sucursal» un sentido más amplio. Asimismo, a falta de este apartado, apenas estimaríamos posible descubrir en el punto 5 del artículo 5 la limitación según la cual los compromisos contraídos «deben ser ejecutados en el Estado contratante en que esté establecido este centro de operaciones». Si en el caso de autos el contrato hubiera sido firmado por una sucursal alemana en nombre de Rothschild Francia, estipulando que la entrega de las mercancías debería efectuarse en Puteaux (Francia), en nuestra opinión, el espíritu del punto 5 del artículo 5 debería permitir a Schotte demandar a Rothschild Francia en la República Federal de Alemania.>>

Otro ejemplo lo tenemos en la sentencia de la Corte de apelación del Reino Unido en el asunto Durbeck¹⁶⁹, aunque la aplicación en este caso se refiere al artículo 5.5 del Convenio de Lugano de 1988, de idéntica redacción. El resumen de la sentencia sería éste.

<<El art. 5.5 del Convenio de Lugano atribuye competencia en el domicilio de la sucursal del demandado para conocer de las acciones derivadas de hechos delictivos autorizados por la sucursal, independientemente del lugar de comisión de los mismos>>¹⁷⁰.

OPINIÓN PERSONAL

Estoy de acuerdo con no imponer dicha limitación territorial. Sobre todo, por la limitación que supondría al existir los 2 apartados del mismo artículo, uno para responsabilidad contractual y otro para responsabilidad extracontractual, estando de acuerdo completamente con los argumentos utilizados por el Tribunal y el Abogado General.

En mi opinión, los intereses de la que persona que, por ejemplo, celebra un contrato con una sucursal en España son los mismos aunque tenga que cumplirse la

¹⁶⁷ STJCE 9 de diciembre de 1987, as. 218/86 SAR Schotte GmbH contra Parfums Rothschild SARL

¹⁶⁸ Véanse las conclusiones del Abogado General, pp. 4914-4915

¹⁶⁹ Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 03.02.2003 - A3/02/1356 - Durbeck GmbH ./ Den Norske Bank ASA

¹⁷⁰ Cito de forma textual el resumen de la sentencia que encontré en el enlace que pongo a continuación, debido a que no encontré la sentencia en español. <http://www.unalex.eu/Compendium/Compendium.aspx?Art=337&FixLng=es>

obligación en Francia. Es decir, los intereses de los terceros no van a variar se cumpla donde se cumpla. En el caso de la sentencia el interés de que contrató era el control de las barras de acero para hormigón y que éstas tuvieran las condiciones que les eran exigidas con independencia del lugar en que ese control se llevara a cabo.

Además, creo que la finalidad de evitar tener que ir a litigar a países muy alejados donde se encuentre la casa matriz es bastante clara. Cuando se realiza una negociación con una sucursal, lo lógico y lo más frecuente es pensar que cualquier problema se podrá resolver en ese lugar donde se ha negociado, contratado... En caso contrario, se podrían dar muchos fraudes y asimismo podría dar lugar a que muchas veces conociera un tribunal apenas vinculado con el caso que provoca el litigio.

Marcos Anta Valverde

5.2.- El concepto de “sucursal, agencia o establecimiento”

Análisis de la STJCE 9 diciembre 1987 (As. 218/86), Schotte / Parfums Rothschild

Partimos del litigio que se suscita entre *SAR Schotte GmbH*, con domicilio social en Hemer (Alemania) y *Parfums Rothschild SARL*, con domicilio social en París (Francia), por la ejecución de algunos pedidos que tienen por objeto la entrega por parte de *SAR Schotte GmbH* a *Parfums Rothschild SARL*, de pulverizadores y de otra serie de accesorios destinados a artículos de perfumería. Según *Parfums Rothschild SARL*, los pulverizadores no respondían a las condiciones necesarias para su buen funcionamiento.

Tras una infructuosa correspondencia entre ambas sociedades, *SAR Schotte GmbH* decidió reclamar ante los tribunales alemanes el pago de unas facturas impagadas por parte de *Parfums Rothschild SARL*.

Hay que señalar que las negociaciones previas a los pedidos y las entregas no se habían mantenido directamente entre las sociedades mencionadas con anterioridad, sino que se mantuvieron entre *SAR Schotte GmbH* y *Rothschild GmbH*, cuya sede se encuentra en Alemania. Fue esta sociedad la que mantuvo correspondencia con *SAR Schotte GmbH* con motivo de las reclamaciones realizadas por *Parfums Rothschild SARL* relativas a los pulverizadores entregados y su mal funcionamiento. Destacar que las cartas de *Rothschild GmbH* iban firmadas por dos personas:

1. Sr. Vehling, gerente común a *Parfums Rothschild SARL* y *Rothschild GmbH*.
2. Sra. Rodaks, gerente de *Parfums Rothschild SARL*.

Inicialmente, *SAR Schotte GmbH* demandó a *Rothschild GmbH* ante los tribunales alemanes, pero durante el procedimiento, esta última alegó que no era deudor de las facturas impagadas que la primera reclamaba, puesto que dichas facturas solo afectaban a *Parfums Rothschild SARL* por lo que *SAR Schotte GmbH* demandó a esta y los tribunales alemanes aceptaron el cambio como modificación de la demanda inicial.

Para *Parfums Rothschild SARL*, los tribunales alemanes no son competentes para conocer del asunto. Por su parte, *SAR Schotte GmbH* alegó que los tribunales alemanes sí resultan competentes en virtud del art.5.5 del Convenio de Bruselas de 1968 y que en atención a este, *Rothschild GmbH* debería considerarse un establecimiento de *Parfums Rothschild SARL*.

Los tribunales alemanes se declararon incompetentes puesto que no se reunían los requisitos que exige el art.5.5. En concreto, consideraron que *Rothschild GmbH* no podía ser calificada como establecimiento de *Parfums Rothschild SARL* puesto que esta era una filial de aquella.

El asunto se recurrió en apelación y se suspendió el procedimiento para solicitar al TJUE que se pronunciara sobre la siguiente cuestión prejudicial: *¿Debe reconocerse el fuero de una sucursal, agencia u otro establecimiento con arreglo al art. 5.5 del Convenio de Bruselas de 1968, incluso aunque una persona jurídica francesa no explote en cualquier otro EEMM, en nuestro caso Alemania, un establecimiento en el sentido de una prolongación de la casa madre, carente de autonomía desde el punto de vista organizativo, pero si, en Alemania, existe una persona jurídica independiente que lleva el mismo nombre y tiene la misma dirección, que actúa y celebra negocios en nombre de la persona jurídica francesa, la cual se sirve de ella como de una prolongación?*

Antes de entrar a valorar la sentencia del TJUE, de 9 Diciembre de 1987, sobre la mencionada cuestión prejudicial; hay que tener en cuenta las conclusiones del abogado general Sr. Gordon Slynn presentadas con anterioridad a dicha sentencia.

El artículo 5.5 del Convenio de Bruselas 1968 dice que las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal en que se hallaren situados.

Parfums Rothschild SARL solo puede ser demandada en Alemania en virtud de este artículo si:

- *Rothschild GmbH* es una sucursal, agencia o establecimiento de *Parfums Rothschild SARL*.

- En caso de serlo, el litigio con *SAR Schotte GmbH* se refiera a la explotación de *Rothschild GmbH*.

El Sr. Gordon Slynn hace mención a otros asuntos en los que se ha tratado, por parte del TJUE, la interpretación del artículo 5.5, entre los que destaca el *Asunto Somafer/Saar-Ferngas* (33/78, Rec.1978).

El TJUE señala que deben existir signos materiales que permitan reconocer la entidad local y una relación entre esta y el objeto del litigio dirigido contra la casa madre, establecida en otro Estado contratante.

La sucursal, agencia o establecimiento son entidades que se caracterizan por la existencia de un centro de operaciones estable, con utilización de locales propios y una cierta autonomía, si bien carecen de personalidad jurídica propia e independiente y están sometidos al control y dirección de la casa madre.

El citado artículo 5.5 beneficia por un lado a los demandantes, en la medida en que permite demandar a una persona en el Estado en el que posea una sucursal con la que el demandante trató los negocios, en vez de en el Estado del domicilio del demandado; y por otro, a los demandados, ya que solo prevé esta competencia cuando exista una sucursal, agencia u otro establecimiento.

En la opinión del abogado general, una sucursal es la evolución de la empresa principal que ejecuta los negocios de esta por cuenta de dicha empresa, de manera permanente y bajo el control de la empresa principal.

El término sucursal evoca un centro de operaciones que pertenece al propietario de una empresa más importante. A tenor del artículo 5.5 debe ser de hecho y de derecho del propietario de la empresa principal. Si pertenece a otra persona, no se

puede afirmar que la sucursal sea del propietario de la empresa principal aunque esa otra persona sea su agente, representante o asociado. Esa otra persona de esa otra sociedad con la empresa principal se ve privada del derecho de demandar a esta última, cuando habría tenido este derecho si el mismo propietario principal hubiera abierto otro establecimiento que le permitiera y funcionara en su propio nombre.

En este asunto, el TJUE consideró que eran necesarios dos elementos para que pudiera hablarse de sucursal, agencia o establecimiento:

1. Un centro de operaciones que se manifieste al exterior como duradero y una dirección equipada de manera que pueda tratar negocios.

2. Los terceros deben ser informados de que están eximidos de dirigirse directamente a la casa madre y que pueden celebrar negocios en el centro de operaciones que constituye su prolongación. Esto se satisface cuando la sucursal es propiedad del propietario de la empresa principal.

Si el propietario induce a otra persona, física o jurídica, a actuar de tal manera que se haga creer a los terceros que pueden dirigirse a esta otra persona, física o jurídica, como en una prolongación del propietario. El centro de operaciones de esta otra persona, física o jurídica, puede ser una sucursal, agencia o establecimiento del propietario con el que se celebra el contrato y puede ser demandado, en virtud del art.5.5, en el Estado donde resulte que se encuentra este centro de operaciones.

En conclusión, si el propietario de una empresa domiciliada en un EEMM trata a un centro de operaciones situado en otro EEMM como si formara parte integrante de su empresa, bajo su dirección y control, y los terceros perciben claramente que este centro de operaciones se trata así, puede ser una sucursal, agencia o establecimiento, en el sentido del artículo 5.5, incluso si esta poseído y dirigido por otra persona física y jurídica.

En nuestro caso, *Parfums Rothschild SARL* mantiene que el litigio no se refiere a la explotación de *Rothschild GmbH*, ya que los contratos fueron celebrados exclusivamente entre *Parfums Rothschild SARL* y *SAR Schotte GmbH*. Si el contrato hubiera sido firmado por una sucursal alemana en nombre de *Parfums Rothschild SARL*, estipulando que la entrega de pulverizadores y otros accesorios debería efectuarse en Francia, en virtud del art.5.5, *SAR Schotte GmbH* podría demandar a *Parfums Rothschild SARL* en Alemania.

Finalmente, el Sr. Gordon Slynn responde a la cuestión prejudicial planteada en los siguientes términos: *el fuero de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento previsto en el art.5.5 del Convenio de Bruselas 1968, puede ser reconocido igualmente si una persona jurídica de un Estado contratante, con domicilio social en este Estado, y una persona jurídica independiente de otro Estado contratante, con domicilio social en el mismo, llevan el mismo nombre y tienen la misma dirección, cuando de hecho la segunda realiza su explotación bajo la dirección y el control de la primera y con la apariencia, respecto a los terceros, de ser una prolongación de la primera o de constituir un centro de operaciones de la misma y cuando los terceros han tratado con la segunda sobre dicha base.*

En nuestro caso, *Rothschild GmbH* no intervino únicamente en la negociación y en el establecimiento de la relación contractual, sino que también se encargó de las entregas convenidas y del pago de las facturas. Además, la correspondencia que envió a *SAR Schotte GmbH* parecía indicar que actuaba como centro de operaciones de *Parfums Rothschild SARL*. De igual modo, los terceros que negocian con *Rothschild GmbH* que actúa como prolongación de *Parfums Rothschild SARL* confían en la apariencia así creada y consideran a este establecimiento como establecimiento de *Parfums Rothschild SARL*, aunque se trate de dos sociedades independientes una de la otra.

De acuerdo con la sentencia del TJUE de 9 Diciembre de 1987, el artículo 5.5 debe interpretarse en el sentido de que se aplica al caso de una persona jurídica establecida en un Estado contratante, que, sin explotar una sucursal, agencia o establecimiento carente de autonomía en otro Estado contratante, ejerza sin embargo en dicho Estado sus actividades a través de una sociedad independiente que lleve el mismo nombre y que tenga la misma dirección, que actúe y celebre negocios en su nombre y de la que se sirva como si fuera una prolongación.

Cristina Blanco Sánchez

Análisis de la STJCE 18 marzo 1981 (As. 139/80), Blanckaert & Willems / Trost

INTRODUCCIÓN

Concepto de sucursal, agencia u otro establecimiento

El concepto de sucursal, agencia u otro establecimiento lo da la propia jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Para hablar de sucursal hay que estar ante un centro de operaciones comerciales que se manifieste hacia el exterior como una prolongación de la casa matriz y que por tanto cuente con una dirección y una cierta autonomía y se halle equipada materialmente de forma suficiente para poder negociar asuntos o establecer relaciones jurídicas con terceros.

FINALIDAD DEL ART. 5.5º DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968:

¿Cuál es el objetivo que se pretende con la norma incluida en el artículo 5.5º?

“Art. 5º Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 5º Si se tratase de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal en que se hallaren sitios.”

El fin no es fijar la competencia para entablar acciones judiciales por parte de las filiales contra sus casas matrices sino permitir a terceros, que tienen relaciones jurídicas con empresas con sucursales, entablar acciones judiciales ante el órgano jurisdiccional más cercano a los hechos litigiosos, es decir, acudir al tribunal del lugar donde se halle sita la sucursal o agencia de la casa matriz.

JURISPRUDENCIA DEL TJCE

STJCE 139/80, Blanckaert & Willems vs. Trost, de 18 de marzo de 1981.

Planteamiento del problema:

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo Federal alemán acudió al TJCE alegando una cuestión prejudicial por sus dudas interpretativas sobre los conceptos de agencia y otro establecimiento del art. 5 del Convenio de Bruselas de 1968. Dicho artículo prevé una excepción a la norma general del *forum domicilii* (las personas domiciliadas en un Estado miembro están sometidas, sin importar su nacionalidad, a los tribunales de dicho Estado) por la que se prevé que respecto a litigios sobre la explotación de sucursales podrá entablarse la demanda en el tribunal del lugar donde estén sitas dichas sucursales.

Descripción de los hechos objeto de controversia:

La empresa belga Blanckaert & Willems fabricante de muebles, demandada en el litigio principal y recurrente en casación, afirma que mantuvo relaciones comerciales desde 1960 con la empresa alemana Bey, representante comercial independiente dedicada a la mediación en la venta de muebles y a la que había encargado el establecimiento de una red de venta de sus muebles en la República Federal Alemana (RFA). Para cumplir con esta obligación, la empresa Bey, en nombre de Blanckaert & Willems, celebró contrato de representación con la Sra. Luisa Trost, demandante en el litigio principal y recurrida en casación, para que actuase en la zona de la RFA para obtener pedidos directamente para Blanckaert & Willems a cambio de recibir una cierta comisión.

En el contrato se fijaba expresamente que la Sra. Luisa debía enviar todos los pedidos que obtenía al domicilio de la empresa Bey, en Aquisgrán. Así, en contraprestación por estos pedidos, la empresa Blanckaert & Willems pagaba a la empresa Bey una subcomisión (pago realizado a agentes comerciales que supervisan y controlan a otros agentes comerciales de la propia empresa).

En enero de 1977, la empresa Bey dejó de trabajar para la empresa Blanckaert & Willems y por carta en diciembre de 1976 pidió a la Sra. Luisa que a partir del 30 de enero de 1977 cesase en las actividades que realizaba para ella. Con razón de la finalización del contrato con la Sra. Luisa, ésta le reclamó a Blanckaert & Willems el cobro de comisiones atrasadas y de una indemnización por clientela ante el Tribunal Regional de Aquisgrán (lugar donde se hallaba la empresa Bey domiciliada) pues entendía que Bey era una agencia o sucursal de Blanckaert & Willems, de manera que, teniendo en cuenta el art. 5.5º, el litigio se podía plantear ante el juez del lugar de establecimiento de esa sucursal o agencia. Pero dicho tribunal se declaró incompetente para conocer el asunto. Pero el Alto Tribunal Regional de Colonia, ante el que se acudió en apelación, entendió que sí se daban los requisitos para afirmar la competencia del Tribunal Regional de Aquisgrán porque Bey era una agencia de Blanckaert & Willems a efectos del art. 5.5º y porque las cantidades reclamadas tenían su origen en la actividad de esta agencia.

El Tribunal Supremo Federal alemán estuvo de acuerdo con el Alto Tribunal Regional de Colonia en entender que tanto la empresa Bey como la Sra. Luisa trabajaron para la Blanckaert & Willems como agentes comerciales en calidad de intermediarios, y por tanto, en el sentido del art. 84 código de comercio alemán, encargándose de obtener como operadores comerciales independientes pedidos por cuenta de otra empresa. Pero, el Tribunal Supremo Federal alemán entendió que determinar si la actividad de una agencia u otro establecimiento, a efectos del art. 5.5º del Convenio de Bruselas de 1968, engloba la actividad de un agente comercial y en concreto, en calidad de intermediario a los efectos del citado art. 84 del código de comercio alemán, era una cuestión que no había sido resuelta aún por el TJCE y por ello le planteó dicha cuestión prejudicial.

Descripción de los elementos esenciales del concepto de sucursal, agencia u otro establecimiento similar.

Interpretación del TJCE respecto al art. 5.5º del Convenio de Bruselas de 1968: El TJCE en sus sentencias ha hecho su propia interpretación autónoma de este artículo procediendo a exponer los elementos y requisitos esenciales que caracterizan, a su juicio, al concepto de sucursal, agencia u otro establecimiento y que son relevantes debido a que cuando se está ante una agencia o sucursal, una persona está legitimada para poder dirigirse directamente a la casa matriz, cuyo domicilio está en el extranjero, a través de la sucursal o agencia que está situada en su Estado y con la

que ha establecido una relación jurídica. Dichos elementos esenciales son los siguientes:

La sumisión a la dirección y al control de la casa matriz.

Este requisito se deduce de forma negativa estableciéndose que dicho vínculo de sumisión no existe cuando el representante comercial de la casa matriz puede organizar libremente lo esencial de su actividad y determinar su tiempo de trabajo sin que la casa matriz pueda indicarle instrucciones al respecto y cuando además puede representar al mismo tiempo a varias empresas que se hacen competencia en la producción o comercialización de productos idénticos o similares.

Con respecto a la STJCE 139/80, Blanckaert & Willems vs. Trost: La empresa Bey se dedica a vender productos de la empresa Blanckaert & Willems siguiendo instrucciones u orientaciones de ésta. Además, el contrato de representación de comercio celebrado con la Sra. Luisa se concertó por la empresa Bey en nombre de la Blanckaert & Willems fijándose directrices y negociaciones concretas. También Bey tenía obligación de rendir cuentas ante Blanckaert & Willems pues los pedidos obtenidos por la Sra. Luisa eran agrupados por la empresa Bey y transmitidos a la empresa Blanckaert & Willems. Pero, pese a haber una obligación de seguir ciertas directrices para la empresa Bey al negociar las operaciones, dichas directrices en forma de orientaciones e influencias de la casa matriz no suponen una limitación de la autonomía de la empresa Bey de forma que pueda afirmarse que está sometida a la dirección de Blanckaert & Willems. Tampoco se puede entender que hay sumisión de la empresa Blanckaert & Willems puesto que tanto la empresa Bey como la Sra. Luisa trabajan en calidad de intermediarias también para otras empresas y no sólo para Blanckaert & Willems. Y además este hecho fue uno de los que, por parte de Blanckaert & Willems, propició la finalización del contrato con la empresa Bey y la Sra. Luisa. Por lo que no es posible afirmar que había una sumisión, dirección y control por parte de Blanckaert & Willems sobre la empresa Bey.

La manifestación hacia el exterior como la prolongación de la casa matriz.

La sucursal, agencia u otro establecimiento debe manifestarse a los terceros de una forma que sea fácilmente reconocible como una prolongación de la casa matriz.

Con respecto a la STJCE 139/80, Blanckaert & Willems vs. Trost: La sucursal debe ser fácilmente reconocible, cosa que en el supuesto no ocurre porque los representantes de comercio, en este caso intermediarios, de cara al exterior y a los terceros, no suelen mantener una oficina y renuncian a usar un nombre comercial.

Contar con una dirección y hallarse equipada materialmente de forma suficiente para poder negociar asuntos con terceros.

La agencia debe estar descentralizada de la casa matriz pero teniendo competencias similares a ella pero siempre que dichas competencias estén delimitadas territorialmente al Estado miembro en donde se halle dicha agencia.

Con respecto a la STJCE 139/80, Blanckaert & Willems vs. Trost: No puede afirmarse que la empresa Bey sea un centro de operaciones comerciales de la casa matriz, es decir, de la empresa Blanckaert & Willems pues aunque la empresa Bey se adjudicó el calificativo de jefe de ventas y pese a que recibía y transmitía los pedidos que había negociado la Sra. Luisa, el hecho decisivo es que la responsabilidad de ejecución de las operaciones comerciales era exclusiva de Blanckaert & Willems y no la empresa Bey.

Conclusión:

Un representante de comercio que actúa es ser intermediario en las operaciones que son al final ejecutadas por la empresa que está representando no puede ser considerado como una agencia, sucursal u otro establecimiento similar. Esto mismo es aplicable cuando dicha empresa, que actúa como intermediario, nombra a un tercero como representante de comercio con la obligación de que éste le envíe los pedidos negociados y al que también aconseja e instruye. Esto es debido a que el litigio principal tiene por objeto reclamaciones basadas en que la Sra. Luisa negoció operaciones para la empresa Blanckaert & Willems y no ha recibido las comisiones que le corresponden por ello, además la Sra. Luisa también exigía una indemnización por clientela. Pero, en ningún caso, el litigio principal trata sobre los derechos y obligaciones de la gestión propiamente dicha de la empresa Bey, sobre la que se discute si es o no una agencia, ni se trata de compromisos cuyo origen está en la actividad de dicha empresa porque las cantidades reclamadas no se originan por la actividad de Bey pues ésta no realizaba propiamente una actividad de negociación y ejecución de operaciones comerciales sino que se limita a enviar y supervisar los pedidos a la empresa que representa, Blanckaert & Willems, ni tampoco Bey adquiriría compromisos contraídos por la empresa Bey en nombre de Blanckaert & Willems. Y el TJCE de forma reiterada ha exigido que para poder acudir al foro de la sucursal o agencia y ejercitar una acción fundamentada en el art. 5.5º tiene que haber una relación directa con la explotación de la sucursal y esto en el caso que nos ocupa no sucede la empresa Bey.

Héctor Esteban Ríos

6.- Competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo

6.1.- La aplicabilidad de los foros de vinculación procesal o “competencias derivadas”

Análisis de la STJCE 22 mayo 2008 (As. C-462/06) Galaxosmithkline, Laboratoires Galaxosmithkline / Jean-Pierre Rouard

LOS CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Definición

Grosso modo , podemos definir el contrato individual de trabajo como aquel acuerdo entre un trabajador y un empresario en virtud del cual el trabajador se compromete , de manera voluntaria, a la realización o prestación de determinados servicios, por cuenta del empresario y dentro de su ámbito de organización y dirección, a cambio de una retribución. Esta podría ser una definición válida de las muchas existentes de esta *sui generis* figura contractual. No obstante, una definición como esta sería claramente insuficiente en el ámbito del Derecho Internacional Privado (DIPr) ya que este específico sector del ordenamiento jurídico se caracteriza por la concurrencia de dos presupuestos necesarios; la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos y la posibilidad de que haya relaciones de tráfico privado externo. Esto es, el objeto de estudio del DIPr es la situación privada internacional, derivando esta internacionalidad de la presencia de lo que se ha dado en denominar el elemento extranjero.¹⁷¹. Así, en aquellas relaciones laborales en las que exista un

elemento extranjero¹⁷², estaremos ante un contrato internacional de trabajo, por lo que para el tratamiento de las cuestiones que de él se deriven deberemos acudir a las normas previstas en el DIPr, ya que el recurso a la ley estatal sería claramente insuficiente¹⁷³.

Regulación de la Competencia Judicial Internacional (CJI) en materia de contrato individual de trabajo en el ámbito institucional; los foros de la Sección 5º del Capítulo II del Reglamento 44/2001(Reg 44/01)

El Reg 44/01 no contiene un concepto de contrato de trabajo. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el TJUE, afirma que el concepto que en este instrumento se utilice debe ser un concepto autónomo; es decir, propio y distinto del mantenido en los Derechos nacionales de los Estados miembros en el reglamento¹⁷⁴. Así, en este ámbito institucional estamos ante un contrato de trabajo “cuando una persona proporciona durante un cierto periodo de tiempo a favor y bajo la dirección de otra persona, prestaciones por las cuales percibe una retribución”¹⁷⁵ y existe un elemento extranjero en tal relación. En este sentido, el Reg 44/01 dentro del ámbito laboral tan solo se ocupa de las relaciones laborales derivadas del contrato individual de trabajo,¹⁷⁶ así como de las cuestiones que de tal relación individual se deriven.

El Reg 44/01 se ocupa de la regulación de esta materia en la *Sección 5º del Capítulo II del Reg 44/01*, relativo a la determinación de la CJI en los contratos individuales de trabajo. Esta Sección señala en primer lugar, que la CJI se regirá por lo dispuesto en la misma, sin perjuicio del art 4-que indica que cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, serán de aplicación las normas internas de cada Estado miembro-y del art 5 del Reg 44/01. Hecha esta salvedad, la Sección 5º dispone una serie de foros en función de quién sea demandante y demandado inspirados en la lógica proteccionista del trabajador, como parte contratante débil. De esta manera, el trabajador podrá demandar a su empresario cuando esté domiciliado en un Estado miembro¹⁷⁷ en virtud de los siguientes foros:

-ante los tribunales del Estado en que estuviera domiciliado el empresario que le contrató (art 19.1)

¹⁷¹En principio, toda situación privada que incluya un elemento extranjero, cualquiera que sea la relevancia de este, constituye el objeto del Derecho internacional privado; cosa distinta será que el elemento extranjero presente una mínima importancia y que no sea tenida en cuenta para variar las respuestas legales previstas para supuestos internos. Es decir, es la presencia de un elemento extranjero lo que tiene de internacionalidad una situación interna al provocar la vinculación de la misma con dos o más Estados y por tanto, la necesidad de recurrir al DIPr para darle una adecuada respuesta. Véase RODRÍGUEZ BENOT, A, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Editorial Tecnos, 2014 p. 21

¹⁷²El elemento de extranjería aparece nítido en los contratos de trabajo en los que concurre un desplazamiento a otro país para la prestación del trabajo, o en los que el domicilio del trabajador y la sede del domicilio del empleador o el lugar de prestación de servicios no coinciden y en los que se plantean problemas típicos del DIPr, como la selección de la norma «nacional» aplicable al contrato de trabajo «internacional» o la determinación del órgano judicial competente para conocer del litigio laboral «internacional», Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M, “Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo internacional”, *Relaciones Laborales*, N° 10, Sección Editorial, Quincena del 15 al 31 May. 2011, Año 27, tomo 1, Editorial LA LEY

¹⁷³Además, hay que tener en cuenta la creciente importancia de este tipo de contratos en el ámbito económico, cada vez más globalizado.

¹⁷⁴Véase la STJUE 15 de enero 1987, Asunto 266/85, *Shenavai*

¹⁷⁵Véase la STJUE 31 de mayo 2001, *Leclere* y CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, décimo cuarta edición, Comares Editorial, 2013-2014

¹⁷⁶Del Reg 44/2001 se excluye expresamente en el art 1.2 c la materia relativa a la Seguridad Social, así como las relaciones colectivas de trabajo, que tan habituales son en el ámbito laboral

¹⁷⁷Aunque en este sentido, el Reg 44/01 prevé que si un empresario no está domiciliado en un Estado miembro, pero sí dispone de sucursales, agencias o establecimientos secundarios que se encuentran en el “territorio 44”; es decir, en el territorio de un Estado miembro, se considerará a estos efectos de determinación de la CJI en litigios derivados de la explotación de tales establecimientos, que dicho empresario está domiciliado en dicho Estado miembro, ante cuyos órganos jurisdiccionales podrá ser así demandado.

-en otro Estado miembro, ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado (art 19.2 a) o en los casos en los que el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador (art 19.2 b).

A su vez, el empresario podrá demandar al trabajador ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que el trabajador tenga su domicilio (sin perjuicio de la posibilidad de plantear demanda reconvenicional, en cuyo caso, el tribunal que conoce de la demanda principal hará lo propio con la demanda reconvenicional) Se demuestra así el carácter claramente tuitivo de los intereses del trabajador que impregna esta normativa, con una regulación notablemente más restrictiva para el empresario, cuya capacidad de actuación está mucho más limitada. Así mismo, es de destacar que en este tipo de contratos se admite la sumisión, siempre que sea posterior al nacimiento del litigio o que suponga una ampliación del abanico de tribunales ante los que puede acudir el trabajador, más allá de los que expresamente ya se prevén en el articulado de la Sección 5ª. Esta sumisión-que en la práctica suele ser tácita, más que expresamente acordada en el contrato debido a la exigencia de que sea posterior al litigio -*sui generis*, del art 21, que responde a las especiales exigencias propias de los contratos celebrados con parte débil, dentro de los cuales se incardina el contrato individual de trabajo, es una sumisión distinta a la que con carácter genérico se prevé en el reglamento en sus art 23 y art 24.

Horizonte normativo planteado por el Reglamento 1215/2012 (Reg 1215)

Este nuevo instrumento institucional¹⁷⁸, introduce una novedad en la regulación de esta materia, al posibilitar que el trabajador demande a un empresario que no esté domiciliado en un Estado miembro. En este sentido, el trabajador podrá interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo, o ante los tribunales del Estado miembro en el que el trabajador ha desempeñado en último lugar su trabajo (art 21.2 en relación con art 21.1b) Así mismo, respecto de la sumisión tácita, el Reg 1215 toma una serie de cautelas, comunes a todos los contratos con parte débil; el tribunal ante el que se interponga la demanda deberá comprobar que el trabajador demandado ha sido debidamente informado acerca de las posibilidades que tiene de impugnar la competencia de ese tribunal, y de las consecuencias que para él tendrá comparecer o no ante ese tribunal-a efectos de que el tribunal puede declararse o no competente (art 26.2).

LOS FOROS DE VINCULACIÓN PROCESAL O COMPETENCIAS DERIVADAS. EL LITISCONSORCIO PASIVO.

El litisconsorcio pasivo en el Reglamento 44/2001, requisitos y efectos.

El litisconsorcio pasivo es uno de los llamados foros de vinculación procesal o competencias derivadas regulados en el Reg44/01 en sus art 6 y 7, concretamente, en cuanto al litisconsorcio, en el art 6.1. El litisconsorcio permite al demandante, cuando existan varios demandados y las diferentes demandas tengan entre si un grado de conexión que justifique el interés de que sean juzgados en un único proceso para evitar sentencias contradictorias, interponer la demanda contra todos los demandados en un único proceso y ante los tribunales del Estado miembro en que

¹⁷⁸El Reg 1215/2012 sustituirá próximamente al Reg 44/01, siendo aplicable este nuevo instrumento de origen institucional a las demandas que se interpongan a partir del 10 de enero de 2015, salvo los art 75 y 76-relativos a las comunicaciones que los Estados miembros deben realizar a la Comisión en aras de facilitar la futura operatividad del reglamento-que ya son aplicables desde el 10 de enero del 2014 (art 81) No obstante, la entrada en vigor del Reg 1215 se produjo ya el 10 de enero de 2013, 20 días después de su publicación en el DOUE. En este sentido, véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones", *Diario La Ley*, N° 8013, Sección Tribuna, 31 Ene. 2013, Ref. D-38, Editorial LA LEY

alguno de los demandados esté domiciliado. El litisconsorcio exige así el cumplimiento de una serie de requisitos para que pueda operar y que esencialmente son que todos los demandados estén domiciliados en el territorio de un Estado miembro del reglamento para atraer la CJI respecto de todas las demandas al tribunal del domicilio de uno de los demandados y que las demandas estén vinculadas entre sí¹⁷⁹.

ANÁLISIS DEL ASUNTO C-426/06

El problema planteado y objeto de debate

Muy resumidamente y obviando las circunstancias fácticas del caso, la cuestión prejudicial que la Cour d'appel plantea al TJUE es la siguiente; ¿el litisconsorcio pasivo previsto en el art 6.1 Reg 44/01 es aplicable a un litigio promovido por un trabajador -Sr Rouard- ante un tribunal de un Estado miembro -órganos jurisdiccionales franceses- contra dos sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial -un grupo empresarial de laboratorios y farmacéuticos- estando ambas sociedades domiciliadas en Estados miembros -en Reino Unido y Francia-? Es decir ¿el art 18.1 excluye la aplicación del art 6.1, por lo que cada una de las sociedades debe ser demandada ante los tribunales del Estado miembro en que están domiciliadas?

Postura favorable a la aplicación del litisconsorcio en los contratos individuales de trabajo; las conclusiones del Abogado General

El Abogado General alega que, mientras que la sección 5º del Reg 44/01 es una excepción a la regla general del foro del domicilio del demandado del art 2, el foro especial del art 6.1 no es una excepción de las reglas de competencia relativas a los contratos individuales de trabajo, sino que es un complemento de las mismas. Durante la vigencia del viejo Convenio de Bruselas (CBrus) de 1968,¹⁸⁰ el art 6.1 era de aplicación a los contratos de trabajo. El Considerando 5º del Reg 44/01 consagra la tendencia continuadora del reglamento respecto del CBrus. Por ello, dentro de la regulación de los contratos con parte débil, sorprende que el Reg 44/01 no solo priva al trabajador demandante de la posibilidad de recurrir al litisconsorcio frente a sus coempleadores, sino que introduce una regulación más desfavorable a la ya prevista en el CBrus. Por otro lado, el que en la Sección 5º no se prevea el caso de una pluralidad de demandas conexas evidencia una laguna normativa que deberá colmarse acudiendo al art 6.1, que permite así completar las reglas aplicables a los contratos de trabajo, pero sin cuestionar sus principios propios¹⁸¹. Se debe apostar así mismo, por una interpretación teleológica del reglamento, teniendo en cuenta los propósitos que el mismo persigue, entre los cuales claramente se incluye la específica protección del trabajador frente al empresario.

¹⁷⁹El TJUE señala que hay vinculación entre las sentencias cuando es necesario plantearlas en un mismo proceso para evitar decisiones contradictorias. En este sentido, la doctrina precisa, exigiendo además que exista en las demandas una relación previa entre sí, pudiendo preverse que sea competente el tribunal del Estado donde uno de los demandados está domiciliado. En este sentido, en el apartado 31 de las Conclusiones del Abogado General en el asunto que ahora se analiza, se indica que "la conexión del art 6.1 requiere la constatación de un vínculo entre las demandas (...) cualquiera que sea el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, para garantizar que este último tenga una relación estrecha con el asunto (...)" Así mismo, no hay que perder de vista que la finalidad de este foro especial que es el litisconsorcio es favorecer la buena administración de justicia y la economía procesal

¹⁸⁰En los litigios derivados del contrato individual de trabajo, el art 6.1 CBrus 1968 puede tener una importante proyección en los supuestos de existencia de un grupo de empresas, de manera que las codemandadas son distintas empresas, domiciliadas en diferentes Estados miembros, y que por su pertenencia a un grupo, bajo ciertas condiciones, responden solidariamente ante los trabajadores demandantes. Véase IRIARTE ÁNGEL, JL, *El contrato de Trabajo Internacional, algunas cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional*, Capítulo II, pp 119-121.

¹⁸¹El tribunal nacional deberá determinar en función de una serie de criterios si existe una conexión suficiente entre las dos demandas que autorice a la parte recurrida en el asunto principal a demandar a las dos sociedades recurrentes en el asunto principal ante los tribunales franceses

Postura contraria a la aplicación del litisconsorcio en los contratos individuales de trabajo; la STJUE de 22 de mayo de 2008.

El fallo argumenta que la interpretación literal de la Sección 5º, en concreto del ya referido art 18.1, excluye totalmente la aplicación del art 6.1. Las reglas de competencia especial deben interpretarse de modo estricto, sin que quepa una interpretación de las mismas que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el reglamento¹⁸². Quizá lo más razonable en este punto sería que las dos partes pudieran alegar el art 6.1 en aras de la buena administración de justicia – como ya ocurre con la reconversión- pero tal posibilidad quebraría el carácter tuitivo del trabajador que caracteriza a esta regulación. Por otra parte, permitir que solo el trabajador pueda invocar el art 6.1, pero no el empresario, no solo rompería el espíritu del reglamento, sino que sería además absurdo, ya que según este razonamiento, se tendría que reconocer que solo el trabajador debería poder invocar toda regla de competencia especial prevista en el Reg 44/01 que pudiera servir a sus intereses como justiciable. La transformación por el juez comunitario de las reglas de competencia especiales en reglas de competencia unilaterales – protectoras de la parte débil- iría más allá del equilibrio de intereses y vulneraría el principio de seguridad jurídica. Así, el Reg 44/01, a pesar del objetivo de protección del Considerando nº 13 no presta una especial protección a un trabajador que se encuentre en una situación análoga a la del Sr Rouard- trabajador demandante contra sus empresas coempleadoras y recurrido ante la Cour d'appel por tales empresas- siendo esta respuesta negativa la que debe darse a la pregunta formulada en este Seminario.

VALORACIÓN PERSONAL

Muy brevemente, diré que personalmente la solución propuesta en este asunto por el TJUE me parece claramente insatisfactoria desde el punto de vista del trabajador, pues aunque no desprotege al trabajador demandante si le priva de una posibilidad de actuación altamente favorable a sus intereses, como es la de acudir al litisconsorcio pasivo, más aún, cuando las empresas pertenecen a un mismo grupo empresarial - como ocurre en este caso- Por otra parte, me sorprende que la postura del Abogado General y la que finalmente adopta el tribunal sean tan divergentes entre sí en esta cuestión. Además, opino que esta problemática se podría haber evitado en parte si en la Sección 5º, bien en su redacción originaria o bien mediante una reforma ulterior, se hubiera incluido expresamente la posibilidad de acudir al litisconsorcio, bien al previsto genéricamente en el art 6.1 o bien creando *ex novo* un tipo específico para este tipo de contrato (análogo a la sumisión *sui generis* del art 21) No obstante, esto plantearía las dudas que ya apuntaba el TJUE respecto de cuál de las dos partes tendría legitimación para acudir a este foro, si solo el trabajador o ambas, etc, lo cual derivaría en complejos problemas de índole más política que técnicamente jurídica de gran trascendencia que alcanzarían tanto a la redacción del propio reglamento como al propio espíritu de la UE.

BIBLIOGRAFÍA

Principalmente, la bibliografía consultada para la elaboración de este documento ha sido la siguiente:

ALVAREZ SANCHEZ, M, *El contrato de trabajo internacional y su regulación en Derecho internacional privado español*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Curso 2014, Convocatoria de Junio, p 22 y ss

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, décimo cuarta edición, Comares Editorial, 2013-2014

¹⁸²En este sentido, véase la STJUE 13 Julio 2006, Reisch Montage

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones", *Diario La Ley*, N° 8013, Sección Tribuna, 31 Ene. 2013, Ref. D-38, Editorial LA LEY.

IRIARTE ÁNGEL, JL, *El contrato de Trabajo Internacional, algunas cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional*, Capítulo II, pp 119-12.

RODRÍGUEZ BENOT, A, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Editorial Tecnos, 2014 p. 21.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M, "Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo internacional", *Relaciones Laborales*, N° 10, Sección Editorial, Quincena del 15 al 31 May. 2011, Año 27, tomo 1, Editorial LA LEY.

Cecilia Cuervo Nieto

6.2.- Viabilidad de la cláusula de sumisión

Análisis de la STJUE 19 julio 2012 (As. C-154/11) Ahmed Mahamdia /República Argelina Democrática y Popular

INTRODUCCIÓN

Para lograr el buen funcionamiento del mercado interior es imprescindible unificar las normas sobre conflictos de jurisdicción. Así, en materia de contratos individuales de trabajo, se indica lo siguiente, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales.

Los artículos 18 a 21 del R 44/2001, contiene las reglas de competencia de los litigios que tienen por objeto contratos individuales de trabajo, en los que se plasma claramente la defensa de la parte débil, en este caso, del trabajador, tanto en la flexibilidad para poder entender que un empresario está domiciliado en un Estado miembro (artículo 18); como en la elección del trabajador para interponer la demanda ante el lugar que le sea más beneficioso (artículo 19).

RESUMEN DE LITIGIO QUE DA ORIGEN A LA DECISIÓN Y LAS CUESTIONES QUE PLANTEA EL SR.AHMED MAHAMDIA

El Sr. Mahamdia, de nacionalidad argelina y alemana, reside en Alemania. El 1 de septiembre de 2002, celebró con el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argelina Democrática y Popular un contrato de agente contractual, de un año de duración prorrogable, para desempeñar funciones de chófer en la embajada de ese Estado situada en Berlín.

Dicho contrato, contiene una cláusula de sumisión procesal, cuyo tenor es el siguiente: en caso de divergencias de opinión o de litigios derivados del presente contrato, sólo serán competentes los tribunales argelinos.

El 9 de agosto de 2007, el Sr. Mahamdia demandó a la República Argelina Democrática y Popular solicitando la remuneración de las horas extraordinarias de trabajo que alegaba haber realizado durante los años 2005 a 2007.

El 29 de agosto de 2007, mediante carta del encargado de negocios de la embajada, el Sr. Mahamdia fue despedido con efectos a partir del 30 de septiembre de 2007.

De manera que, el demandante presentó un escrito de ampliación de su demanda adicional a su demanda principal, mediante el que, por una parte, impugnó la legalidad de la resolución de su contrato de trabajo y, por otra, solicitó una indemnización sustitutiva de preaviso y el mantenimiento de su empleo hasta la conclusión del litigio.

Así, la República Argelina Democrática y Popular propuso una excepción de incompetencia de los tribunales alemanes, invocando tanto las reglas internacionales sobre la inmunidad de jurisdicción como la cláusula de sumisión procesal otorgada en el contrato de trabajo → Lo cual el demandante recurrió, pero se le desestimó y anuló. Sin embargo, el Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg tampoco admitió la cláusula de sumisión procesal dado que se había otorgado antes de que se originara el litigio y remitía al trabajador exclusivamente ante los tribunales argelinos (no se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 21 del Reglamento n° 44/2001).

Así, el Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg considera que, con arreglo al artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, los Estados únicamente pueden oponer la inmunidad de jurisdicción en los litigios que afectan al ejercicio de su soberanía. Pues bien, según la jurisprudencia del Bundesarbeitsgericht, los órganos jurisdiccionales alemanes son competentes para conocer de los litigios en materia de Derecho laboral suscitados entre los empleados de una embajada y el Estado correspondiente cuando el trabajador no hubiera realizado para el Estado empleador actividades comprendidas en el ámbito de las funciones soberanas de ese Estado → Presumiendo por tanto, que el Sr. Mahamdia no llevó a cabo tales actividades, ya que la República Argelina Democrática y Popular no ha demostrado la participación de éste en dichas funciones.

CRITERIOS QUE SIGUE EL TJUE PARA DELIMITAR LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN EL LITIGIO

El Tribunal de Justicia, aclara los siguientes conceptos:

Concepto de «agencia», «sucursal» o a «cualquier otro establecimiento» y criterios para su delimitación

Hay que tener en cuenta su jurisprudencia sobre el artículo 5, apartado 5, del Convenio de Bruselas: el concepto de sucursal debe manifestarse de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz; y debe tratarse de obligaciones que deben cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades.

De cuanto antecede resulta que procede responder a la primera cuestión que el artículo 18, apartado 2, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la embajada de un Estado tercero situada en el territorio de un Estado miembro constituye un «establecimiento» a efectos de dicha disposición, en un litigio relativo a un contrato de trabajo celebrado por ésta en nombre del Estado acreditante, cuando las funciones desempeñadas por el trabajador no forman parte del ejercicio del poder público. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto determinar la naturaleza exacta de las funciones ejercidas por el trabajador.

Cláusula de sumisión procesal pactada con anterioridad al nacimiento del litigio

En cuanto a la segunda cuestión, el artículo 21, punto 2, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de sumisión procesal otorgada antes del nacimiento de una controversia está comprendida en el ámbito de

aplicación de esa disposición en la medida en que ofrezca al trabajador la posibilidad de formular demandas ante otros tribunales.

CONCLUSIÓN

Hay que tener en cuenta que en el Reglamento n° 44/2001 el legislador dedicó una sección especial a las normas sobre competencia en materia de contratos de trabajo. El artículo 18, apartado 2, de dicho Reglamento prevé expresamente el supuesto de un empresario que no está domiciliado en un Estado miembro y establece entonces que, «cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro». El litigio principal suscita la cuestión de si la Embajada en la que trabajaba el Sr. Mahamdia puede calificarse de «sucursal», de «agencia» o de «cualquier otro establecimiento» a efectos de la aplicación de las normas sobre competencia especiales previstas en la sección 5 del Reglamento n° 44/2001.

No obstante, esta interpretación literal y sistemática debe estar en sintonía con la interpretación del artículo 18 del Reglamento n° 44/2001. Pues bien, en materia de contratos individuales de trabajo, el objetivo perseguido es «proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales». De tal manera, que se aumenta el número de supuestos en los que el trabajador pueda actuar contra su empresario ante los órganos jurisdiccionales que queden más cerca, que le sean más familiares. El Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente que, en la materia. Ya el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Convenio de Bruselas») debe interpretarse teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una protección adecuada al trabajador, como parte contratante más débil desde una perspectiva social¹.

De manera, que a la luz de este objetivo concreto, respecto a la primera cuestión deben interpretarse los conceptos de «agencia», de «sucursal» y de «cualquier otro establecimiento», tal como constan en el artículo 18, apartado 2, del Reglamento n° 44/2001.

Ya en sentencias como la de “De Bloos”, “Somafer” y “Blanckaert & Willems”, el TJUE, trata de responder a esta cuestión. Pudiendo llegar a la conclusión, que respecto a la primera cuestión prejudicial planteada que el artículo 18, apartado 2, del Reglamento n° 44/2001 puede interpretarse en el sentido de que la embajada de un Estado tercero ante un Estado miembro debe asimilarse a una «agencia», a una «sucursal» o a «cualquier otro establecimiento» en un litigio relativo a un contrato de trabajo celebrado por esa embajada, en su condición de representante del Estado acreditante, cuando se hubiera seleccionado al trabajador y éste hubiera desarrollado su actividad en el territorio del Estado miembro, siempre y cuando tal actividad carezca de toda relación con el ejercicio del poder público del Estado acreditante. Habiendo declarado ya EL TRIBUNAL DE JUSTICIA QUE LOS LITIGIOS RELATIVOS A LA EXPLOTACIÓN DE UNA AGENCIA, DE UNA SUCURSAL O DE UN ESTABLECIMIENTO INCLUYEN LOS LITIGIOS RELATIVOS A LA CONTRATACIÓN *IN SITU* DEL PERSONAL QUE ALLÍ TRABAJA.

En cuanto a la segunda cuestión, se inserta en un contrato de trabajo en el momento de su celebración, una cláusula de sumisión por la que se atribuye competencia a los tribunales de un Estado tercero para conocer de todo litigio relativo a ese contrato, mientras que tanto el trabajador como el empresario están domiciliados o se les considera domiciliados en un mismo Estado miembro y el lugar de trabajo se encuentra asimismo situado en ese Estado miembro².

En este punto no deben perderse de vista la especificidad de este tipo de contratos ni el grado de especial protección que debe garantizarse al trabajador. Así, como han sugerido ya, el Gobierno suizo y la Comisión, el artículo 21, punto 2, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de sumisión procesal pactada con anterioridad al nacimiento del litigio es acorde con dicho artículo si permite al trabajador acudir ante otros tribunales, además de los órganos jurisdiccionales normalmente competentes con arreglo a las normas especiales de los artículos 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001. Ahora bien, la cláusula controvertida en el litigio principal sólo permite acudir ante los órganos jurisdiccionales argelinos y, por lo tanto, no coloca al Sr. Mahamdia, que es la parte más débil, a la que debe garantizarse una protección especial, en una situación en la que pueda elegir el foro ante el que ejercer su pretensión→ El órgano jurisdiccional remitente debe cerciorarse de que esa cláusula depara al trabajador la posibilidad de acudir a otros tribunales, además de los órganos jurisdiccionales normalmente competentes con arreglo a las reglas especiales de los artículos 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001, y, por lo tanto, le permite realizar una elección.

¿Es válida la cláusula de sumisión respecto a litigios en materia de contrato individual de trabajo?

Se puede determinar, que es válida, si permite al trabajador acudir ante otros tribunales, además de los órganos jurisdiccionales normalmente competentes con arreglo a las normas especiales de los artículos 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001³.

BIBLIOGRAFÍA

Nota²: ÁREA PROFESIONAL: DERECHO LABORAL: *Competencia judicial en pleito interpuesto por trabajador de una embajada que suscribió pacto de sumisión expresa.*

<http://blog.efl.es/actualidad-juridica/competencia-judicial-en-pleito-interpuesto-por-trabajador-de-una-embajada-que-suscribio-pacto-de-sumision-expresa>

CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, (vol. II), 14^{ed}, Granada, Ed. Comares. P. 662

CORREA MANUEL CARRASCO: *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales.*

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>

Nota¹: PALAO GUILLERMO MORENO: *La comunidad europea y el contrato individual de trabajo internacional: aspectos de jurisdicción competente y de ley aplicable.*

<file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaComunidadEuropeaYEElContratoIndividualDeTrabajoIn-4818201.pdf>

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA: *El contrato de trabajo internacional y su regulación en Derecho Internacional Privado español.*

<http://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/188/El%20contrato%20de%20trabajo%20internacional%20y%20su%20regulacion%20en%20Derecho%20Internacional%20Privado%20espanol.pdf?sequence=1>

Nota³: CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PAOLO MENGOZZI presentadas el 24 de mayo de 2012

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 19 de julio de 2012

Miryam Blanco Fraile

6.3.- El “lugar de la prestación laboral”

Análisis de la STJCE 10 abril 2003 (As. C-437/00), Giulia Pugliese / Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio

*Hechos*¹⁸³

La cuestión que fundamenta el litigio principal enfrenta a la Sra. Pugliese contra la empresa Finmeccanica (antes llamada Aeritalia Aerospaziale Italiana SpA [en adelante, «Aeritalia»]), por un incumplimiento contractual y la impugnación de unas medidas disciplinarias que la empresa había adoptado hacia la Sra. Pugliese.

Hasta que suceden los hechos litigiosos, la Sra. Pugliese venía prestando servicios en Múnich para la empresa Eurofighter Jagdflugzeug GmbH (en adelante, «Eurofighter») manteniendo su contrato con Finmeccanica en estado de suspensión considerando a la Sra. Pugliese en situación de excedencia en la empresa. El contrato de trabajo celebrado con Finmeccanica especifica como lugar de trabajo Turín.

La Sra. Pugliese interpuso ante el Arbeitsgericht Munchen su demanda contra Finmeccanica, quien lo desestimó por falta de competencia.

Más tarde, el Landesarbeitsgericht, que conoce del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Pugliese, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) las cuestiones que aquí nos ocupan con relación a la competencia judicial internacional.

*Marco jurídico*¹⁸⁴

Art. 5.1 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, «el Convenio»)¹⁸⁵:

«Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:

1) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador».

Cuestiones planteadas y su interpretación por parte del TJCE

Primera cuestión

Se pregunta al Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta que en el contrato entre Finmeccanica y la Sra. Pugliese especifica como lugar de trabajo Turín, si es Múnich el lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo y pueden por tanto declararse competentes los tribunales alemanes en virtud del art. 5.1 del Convenio.

La cuestión no es fácil. Por un lado tenemos el contrato entre Finmeccanica y la Sra. Pugliese que especifica claramente como lugar de trabajo Turín, pero jamás llegó

¹⁸³ STJCE 10 DE ABRIL 2003 (As. C-437/00) (CASO PUGLIESE) pár. 4-11

¹⁸⁴ STJCE 10 DE ABRIL 2003..., cit. en nota 1, pár. 3

¹⁸⁵ Podemos encontrar ahora el mismo foro de competencia en el art. 19 del Reglamento (CE) n° 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.

a trabajar allí de facto, y por otro lado el contrato entre la Sra. Pugliese y Eurofighter, que se desempeñaba habitualmente en Múnich, pero que se trata, sin duda, de un contrato diferenciado del anterior, y no es el litigioso. Tenemos así una colisión entre el plano formal más estricto, que conllevaría considerar como el lugar de trabajo Turín, y el plano fáctico, que aboga por considerar tal lugar como Múnich, reforzado por la idea de que era sin duda la finalidad del legislador favorecer la situación de hecho del trabajador, parte débil de la relación jurídica, al establecer ese punto de conexión en el art. 5.1 del Convenio por la proximidad entre el litigio y el tribunal que debe conocer de él¹⁸⁶.

La respuesta al problema no podía comenzar sino con un *depende*. Depende de en qué medida están vinculados entre sí los dos contratos. El TJCE responde, de este modo, que¹⁸⁷:

«el artículo 5, número 1, del Convenio debe interpretarse en el sentido de que, en un litigio entre un trabajador por cuenta ajena y un primer empresario, el lugar en el que el trabajador cumple sus obligaciones respecto a un segundo empresario puede ser considerado como el lugar en el que desempeña habitualmente su trabajo, siempre y cuando el primer empresario, respecto al cual están suspendidas las obligaciones del trabajador, tenga, por su parte, en el momento de la celebración del segundo contrato, un interés en la ejecución de la prestación que ha de efectuar el trabajador para el segundo empresario en un lugar determinado por este último. La existencia de dicho interés ha de ser apreciada de forma global, tomando en consideración todas las circunstancias del caso.»

Se mencionan, además, en el párrafo 24 una serie de factores que influyen especialmente en la consideración de la existencia de dicho interés (siguiendo, tanto en la determinación de estos factores como, todo sea dicho, en el mismo fallo, las recomendaciones del Abogado General)¹⁸⁸.

Segunda cuestión

La segunda cuestión versa sobre si, en materia de contrato individual de trabajo, puede el lugar de cumplimiento de una obligación distinta de la de prestación de trabajo, por ejemplo la obligación de pago, determinar la competencia del tribunal, en este caso, alemán.

La respuesta del TJCE es tajante, asegurando que en un litigio que trae causa de un contrato de trabajo, sólo debe tomarse en cuenta a efectos del art. 5.1 del Convenio la obligación de prestación de trabajo a su empresario por parte del trabajador¹⁸⁹.

Conclusiones

Solución, en mi opinión, acertada la dada aquí por el TJCE en un asunto el de la movilidad geográfica que está llamado a ser cada vez más litigioso y el casuismo, a necesitar de su interpretación.

Sin embargo, no deja de llamarme la atención, en una sentencia que pretende proporcionar seguridad jurídica, los términos en los que se expresa el Tribunal de Justicia. El hecho de que los factores que menciona para la consideración de la existencia de interés del primer empresario en el segundo contrato *puedan* figurar entre los pertinentes (o no) y que en el fallo se haga mención a todos los particulares aspectos del caso limitan, para mi gusto, demasiado el ámbito de la sentencia.

¹⁸⁶ STJCE 17 enero 1980, as. 56/79, Zelger vs. Salinitri

¹⁸⁷ STJCE 10 DE ABRIL 2003..., cit. en nota 1, pár. 26

¹⁸⁸ [Conclusiones Abogado General As. C-437/00](#) pár. 64 y 65

¹⁸⁹ STJCE 10 DE ABRIL 2003..., cit. en nota 1, pár. 29 y 30

Quizás no ha querido el Tribunal, pensando en el particularismo a que se prestan este tipo de litigios, dar una respuesta tan general que pudiera aplicarse a un eventual caso para el que no fuera ella la solución más apropiada. No obstante, en cuestiones como las que nos ocupan, en que existe una parte débil, la ausencia de unas líneas generales fuertes pueden acarrear la inseguridad jurídica que se pretende evitar.

Jaime García Arévalo

6.4.- El “lugar en que radique la agencia, sucursal o establecimiento secundario”

Análisis de la STJUE 19 julio 2012 (As. C-154/11) Ahmed Mahamdia /República Argelina Democrática y Popular

INTRODUCCIÓN

El 19 de julio de 2012 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió sobre la cuestión relativa a la consideración de la embajada como una agencia, sucursal o establecimiento secundario. Esta sentencia supuso la necesidad por parte del tribunal de fijar un criterio acerca de la consideración de sucursal, agencia o establecimiento secundario, y determinar que otras figuras podrían considerarse como tal.

Hay que ver en primer lugar que podemos entender por sucursal, y cuáles han sido las interpretaciones anteriores a esta sentencia que el Tribunal de Justicia ha proporcionado para ello no hay que dejar pasar las conclusiones del abogado general, que aborda esta cuestión a raíz del litio en cuestión.

En segundo lugar hay que analizar los fundamentos que llevan a considerar a un establecimiento secundario como una prolongación de la casa matriz y el beneficio que conlleva.

Por último, no hay que pasar por alto la particular equiparación de la embajada como establecimiento secundario o sucursal, y los criterios en los que se fundamenta.

CONCEPTO DE SUCURSAL

Definición

En líneas generales podemos entender por sucursal como aquel establecimiento que se encuentra subordinado al establecimiento principal, cuyos objetivos son similares al de la sede principal, se trata también de un establecimiento que goza de cierta autonomía y posee una organización propia.

Interpretación del TJUE

A raíz de la sentencia del tribunal de justicia de 19 de julio de 2012, cabe destacar las conclusiones del abogado general , este analiza la interpretación que el tribunal de justicia de la unión europea acerca del concepto de sucursal , entre las características que este tribunal señala que para poder hablar de agencia se encuentra, el “sometimiento de esta a la dirección y al control de la empresa principal” (ST De BLOSS) , que exista una conexión entre la sucursal y la sociedad matriz que permita fácilmente identificar una unidad de actuación , “ el concepto de sucursal ,

agencia o cualquier otro establecimiento supone un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de la casa matriz”, “ equipado para realizar negocios con tercero” (ST Somafer), en relación con los terceros también se ha señalado que estos deben apreciar claramente que se trata de un establecimiento sujeto a la casa matriz , así preciso el tribunal “ debe presentarse a la vista de terceros de manera fácilmente reconocible como una prolongación de la casa matriz “ (ST Blanckaert & Willems y SAR Schotte).

FUNDAMENTO DE LA AGENCIA, SUCURSAL O ESTABLECIMIENTO SECUNDARIO EN MATERIA DE CONTRATO DE TRABAJO

En Reglamento 44/2001 la regla general es que este se aplicará siempre que el demandado este domiciliado en un Estado miembro, sin embargo en materia de contratos de trabajo contiene una regla especial, esta permite a los trabajadores de una empresa que este domiciliada en un estado no miembro demandar en un estado miembro siempre que dicha empresa posea una sucursal.

Los fundamentos de esta regla se encuentra en la protección de la parte débil , permitiendo al trabajador demandar al empresario aunque este no se encuentre domiciliado en un estado miembro se garantiza una mayor competencia de los tribunales de los estados miembros y una mayor aplicación de las reglas contenidas en este reglamento , así es como el TJU ha considerado que debe interpretarse el concepto de sucursal , esta interpretación viene dada a raíz de la sentencia del 19 de julio de 2012. “Es un foro que responde a las expectativas del trabajador, asegura su protección en las mismas condiciones que los demás trabajadores en ese mercado, con independencia del margen de negociación que haya ostentado (generalmente estrecho), la protección le vendrá dada por el derecho imperativo y en general por los convenios colectivos. Además seguramente nadie como el juez del lugar de cumplimiento de su prestación para decidir”¹⁹⁰.

Podemos decir que a través de este criterio el legislador crea una ficción, ficción que evita que conozcan del asunto tribunales que no son miembros y que probablemente no se encuentre familiarizado con el contrato ni con las partes del mismo. De modo que la aplicación de esta norma evita que el trabajador se vea obligado a litigar en un estado del que se halle lejos y que puede que apenas conozca.

No hay que olvidar la dificultad de reconocimiento y ejecución que derivaría de no existir dicha norma, volviendo a la sentencia que enfrenta al Sr. Mahamdia y a la Republica Argelina , este caso muestra claramente la ventaja que supone para el trabajador que se considere a la embajada como un establecimiento secundario , pese a que este señor tenia doble nacionalidad argelina y alemana , la vinculación con Argelia no era comparable a la vinculación que tenia con Alemania , otorgar la competencia a los tribunales argelinos pondría a este ciudadano en una clara situación de desventaja .

Otra de las consecuencias del establecimiento de esta ficción es la nulidad de una posible cláusula de sumisión anterior al litigio, y es que así lo establece el artículo 21 párrafo 1 del reglamento 44/2001, la validez de esta cláusula solo será posible en el caso de que se estableciera después del nacimiento del litigio o que le permitiese demandar ante tribunales distintos a los que establece el reglamento así se dispone en el párrafo 2 del reglamento.

Por lo tanto podemos llegar a la conclusión que el fundamento del establecimientos secundario en el ámbito europeo tiene una gran transcendencia a la hora de proteger al trabajador como parte débil, y es sin duda un criterio que permite

¹⁹⁰ (GUZMÁN ZAPATER, M, “CONTRATO DE TRABAJO CELEBRADO POR EMBAJADAS Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL”, *Iustel*, 2013).

una mejor aplicación del derecho de la unión evitando así los problemas que suscitarían asociar el la sociedad matriz como domicilio del demandado.

CONSIDERACIÓN DE LA EMBAJADA COMO ESTABLECIMIENTO SECUNDARIO

Anteriormente hemos señalado los motivos por los que el TJUE puede verse motivado a establecer la embajada como establecimiento secundario, entre los que están la protección del trabajador como parte débil. Sin embargo este tribunal ha señalado una serie de características propias de la sucursal que pueden ser atribuidas a la embajada y derivar de ello la aplicación del foro especial en materia de contrato de trabajo.

La embajada se trata de una misión diplomática permanente y como tal sus principales funciones son las que establece el artículo 3 del convenio de Viena de 1961, evidentemente estas funciones no se encuentran recogidas en el reglamento 44/2001. Sin embargo hay una serie de operaciones que realiza una embajada que pueden llevar a considerarla como un establecimiento secundario, es el caso de contratos de trabajo que celebra la embajada y que no está relacionados con la misión diplomática que ejercen en el país miembros del reglamento.

Como se dijo en el segundo epígrafe, el Tribunal de Justicia señaló que la sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento supone un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de la casa matriz, en este caso la embajada actuaría como una prolongación de la casa matriz, que sería el estado al que la embajada está representando en el estado miembro. Así el TJUE afirma que “una embajada puede asimilarse a un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior”, “cuando las funciones de los trabajadores con los que ha celebrado dichos contratos están relacionadas con la actividad de gestión llevada a cabo por la embajada en el Estado receptor¹⁹¹.”

Esta afirmación da lugar a una consecuencia, y es la privación del carácter de inmune de la embajada, en el caso Mahamdia contra Argelia, la embajada que representaba a este país gozaba en el estado miembro de una inmunidad que derivaba de la propia legislación alemana. Se entendió que la embajada no podía alegar su inmunidad en los caso que no estuvieran relacionados con su actividad, por lo que en el caso de que la relación entre el empleado y la embajada no verse sobre la finalidad misma que fundamenta el establecimiento de la embajada, finalidad que no es otra que la de ejercer funciones diplomáticas, la relación de trabajo no se podrá acoger a esta inmunidad.

Por último, hay que hacer referencia a la materia objeto del contrato, en este caso un contrato de trabajo comprendido en el ámbito de aplicación del reglamento en concreto en su artículo 1, cuestión que menos trascendente en este punto pero que fundamenta la aplicación del reglamento 44/ 2001.

CONSIDERACIÓN FINAL

Como se indica en el considerando nº 12 y 13 del reglamento 44/2001 “el foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia” y “es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales.”

La interpretación que realiza el TJUE pretende responder a la buena administración de justicia desde el momento en que permite a los tribunales

¹⁹¹ GUZMÁN ZAPATER, M, “CONTRATO DE TRABAJO CELEBRADO POR EMBAJADAS Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL”, Iustel, 2013, pág. 7.

alemanes conocer del asunto debido a la consideración de la embajada como establecimiento secundario y con ello evitar que unos tribunales que no forman parte de un estado miembro puedan juzgar a un ciudadano alemán, resolución que probablemente debiera ser reconocida en Alemania posteriormente, así esta interpretación facilita que conozca el estado miembro que es el mayor interesado en el litigio. Por otra parte no solo amplía el ámbito de aplicación del reglamento sino que beneficia al trabajador ya que así se evita que deba conocer el tribunal de un estado muy alejado del trabajador.

Pablo García Sierra

7.- Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por consumidores

7.1.- La actividad “profesional” y la actividad “no profesional”

Análisis de la STJCE 20 enero 2005 (As. C-464/01) Johan Gruber / Bay Wa AG

INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL ASUNTO

A título liminar, vamos a plantear el caso que nos preocupa. El señor Gruber, agricultor, es propietario de una granja en Austria, cerca de la frontera alemana. Con su familia, ocupa lo que representa un poco más de 60% del edificio. Los 40% que quedan están utilizados como pociлга. Llamó a la sociedad Bay Wa, situada en Alemania, después de recibir un folleto publicitario para cambiar las tejas de su granja. Las tejas recibidas tenían grandes diferencias de color mientras la garantía dada por la sociedad en cuanto al carácter homogéneo del color.

El señor Gruber pide a la jurisdicción austriaca el reembolso del precio de las tejas pero la sociedad demandada invoca la excepción de incompetencia. El tribunal austriaco rechaza la invocación estimando que las condiciones del art. 13 del Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil están cumplidas. En apelación se declara la incompetencia de las jurisdicciones austriacas ya que el señor Gruber, demandante en primera instancia, actuaba en un ámbito profesional. Tendría que ir ante el tribunal alemán en virtud del art. 2 del Convenio de Bruselas de 1968 y de la norma de competencia especial en materia de contratos en general prevista en el art. 5 de la misma.

El señor Gruber interpuso un recurso de casación ante el *Oberster Gerichtshof*. El tribunal supremo austriaco estima que necesita, para resolver el litigio, la interpretación del Convenio de Bruselas por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE cuestiones prejudiciales cuya principal es saber si, en una operación con carácter en parte privado, hay que considerar la prevalencia de la finalidad privada o de la profesional como elemento determinante. El TJCE responde negativamente, no hay que considerar dicha prevalencia de una de las finalidades. Entonces, pone los contratos con carácter mixto fuera del ámbito de aplicación de las reglas de competencia relativas a los contratos concluidos por consumidores (I). Dicho de otra manera, rechaza considerar al señor Gruber como un consumidor. Esta respuesta confirma la preferencia del TJCE por una interpretación estricta de la noción de consumidor, interpretación estricta que va a aplicarse también en materia de prueba (II).

EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS CON CARÁCTER MIXTO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968

El Convenio de Bruselas establece reglas de competencia en materia de contratos concluidos por consumidores. Para entender el motivo de rechazo del carácter de consumidor al señor Gruber, hay que ver que el TJCE insista sobre el carácter derogatorio de las normas establecidas en el art. 13 del Convenio (A). En efecto, por el TJCE, él que actúa con doble finalidad, a la vez profesional y personal, no puede beneficiar del régimen protector derogatorio previsto en los arts. 13 y ss. de dicho Convenio (B).

El carácter derogatorio del artículo 13 del Convenio de Bruselas:

En el Convenio de Bruselas de 1968 existe una jerarquía de los principios cuyo el respecto del art. 2 relativo a la competencia del tribunal del domicilio del demandado constituye el principio fundamental, general. El TJCE encuadra estrictamente las derogaciones a dicho precepto. Por eso, existen condiciones estrictas para pretender beneficiar de lo previsto en el art. 13 del Convenio de Bruselas. El TJCE recuerda su determinación en cuanto a la limitación de las excepciones al principio latín *actor sequitur forum rei* en el Convenio¹⁹²: “La competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en el que el demandado tiene su domicilio, constituye el principio general, recogido en el artículo 2.”. En consecuencia, las reglas de competencia derogatorias “no pueden dar lugar a una interpretación que vaya más allá de los supuestos contemplados expresamente por el Convenio.”. Dicho esto, en presencia de un contrato mixto cuyo no sabemos si pertenece o no a los contratos concluidos por consumidores en el sentido de las normas comunitarias, hay que aplicar el principio *actor sequitur forum rei* y no las reglas derogatorias de los arts. 13 y ss. del Convenio.

Hay que subrayar que esta sentencia del TJCE no tiene un sentido temporal. En efecto, no sólo el TJUE se refiere expresamente a sentencias antiguas¹⁹³ pero sino, el mismo día, en un asunto similar, el TJUE adoptó el mismo punto de vista, adaptándolo al caso presentado¹⁹⁴. Ahora bien, en ambos asuntos aparece que beneficiar del estatuto protector del consumidor previsto en el Convenio de Bruselas de 1968 supone el estricto cumplimiento de las condiciones enumeradas en su art. 13. Están excluidos de la protección del art. 13 los contratos mixtos y las situaciones que no responden a las exigencias contractuales previstas. El art. 13 del Convenio exige, para que alguien puede invocarlo, que el uso profesional, en caso de contrato mixto, tiene que estar insignificante, marginal, casi inexistente. Significa que debe prevalecer de manera explícita la finalidad personal. En nuestro asunto, 60% del uso de la granja está consagrada al uso personal, es decir más de la mitad, pero el TJCE estima que no es suficiente, que 40% del uso con finalidad profesional no es un porcentaje insignificante. Por eso, el TJCE va a rechazar considerar el señor Gruber como un consumidor rechazando la teoría según la cual en caso de dudo, hay que presumir el particular como un consumidor, es decir una persona actuando con finalidades personales¹⁹⁵.

Una interpretación muy estricta de la noción de consumidor:

La noción de consumidor según el juez de Luxemburgo:

En el art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968, la noción de consumidor se entiende como alguna persona actuando “para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”. Dicha definición, nacida de la sentencia *Bertrand c/ Paul*

192 Considerando 32.

193 Por ejemplo: TJCE, C-269/95, *Benincasa*, de 3 de julio de 1997; TJCE, C-99/96, *Mietz*, de 27 de abril de 1999.

194 TJCE, C-27/02, *Engler c/ Versand GmbH*, de 20 de enero de 2005.

195 Vamos a verlo en el II – A).

Ott¹⁹⁶ también se encuentra en varios textos comunitarios¹⁹⁷. En derecho europeo, hay que tener en cuenta de la naturaleza y de la finalidad del contrato refiriéndose a la situación de la persona en el contrato como lo explica Anne Sinay-Cytermann¹⁹⁸. Los contratos interviniendo entre personas actuando en el ámbito profesional no pueden beneficiar de las reglas específicas que protegen al consumidor. Tratando de un contrato concluido por un consumidor, el TJCE consideró que las reglas protegiendo al consumidor, parte débil del contrato, son de interpretación estricta: no se pueden extender a otras hipótesis no previstas en el Convenio¹⁹⁹. Sólo los contratos concluidos con independencia de cualquiera actividad o finalidad profesional, cuyo único objetivo es satisfacer las necesidades privadas de la parte contratante, benefician del régimen particular de protección del derecho comunitario. Con este criterio restrictivo, el derecho europeo tiene una posición muy clara frente a lo que se entiende por “consumidor”

Sólo tiene la calidad de consumidor la persona que concluye un contrato con objetivos extraprofesionales. Ahora bien, él que contrata con objetivos mixtos, a la vez no profesionales y profesionales, obligatoriamente actúa en el ámbito profesional y, ipso facto, no puede considerarse como consumidor en el sentido del art. 13 del Convenio de Bruselas. No se puede olvidar que el objetivo de las disposiciones derogatorias es proteger la parte débil. Por eso, no se puede invocar al Convenio por parte de una persona contrayendo con finalidades en parte profesionales, es decir, una persona que actúa sólo en parte fuera del ámbito profesional. Tal persona debe estimarse con igualdad con su cocontratante: no se justificaría en este sentido la protección especial.

La ausencia de cualquiera duda en cuanto a la interpretación de la noción de consumidor:

Por lo tanto, a priori, en la hipótesis de la prevalencia del objetivo privado en una situación mixta, sería lógicamente posible considerar el carácter personal e invocar las normas de protección del Convenio de Bruselas. Estuvo la posición adoptada por parte de la jurisdicción austriaca de primera instancia. Ahora bien, este argumento no fue validado por parte del TJCE. Para él, da igual la prevalencia del uso privado – aunque, en la especie, 60% del uso la granja está consagrado al uso privado – cuando la parte concerniendo la actividad profesional – en el caso 40% del uso de la granja – no está insignificante. Con esta sentencia, el TJCE pone fin a toda posible discusión sobre el hecho de saber cuál aspecto prevalece. A partir del momento donde la finalidad de un contrato, está doble, dicho acto jurídico no puede ser un contrato concluido por un consumidor.

Se deduce que el TJCE rechaza la protección automática del consumidor por la sola aceptación de su posición como parte más débil del contrato. El TJCE desarrolló su propio concepto del consumidor que no necesariamente coincide con el modelo generalizado que lo cataloga como la parte más débil del contrato²⁰⁰.

El mantenimiento de una interpretación estricta del campo de aplicación de las reglas específicas de competencia se manifiesta también, para justificar el rechazamiento de considerar al contratante como consumidor, al nivel de las cuestiones sobre la prueba.

196 BOCE núm. L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29.

197 Por ejemplo: art. 5 Convenio de Roma; art. 2 Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas.

198 SINAY-CITERMANN, A., *La protection de la partie faible en droit international privé*, Mélanges Lagarde, Dalloz 2005, p. 737.

199 Por ejemplo: TJCE, C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton Inc.*, de 19 de enero de 1993.

200 TJCE, 120/78, *Cassis de Dijon*, de 20 de febrero de 1979, BOCE núm. C 256, de 3 de octubre de 1980, p.2.

CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE “CONTRATOS CONCLUIDOS POR CONSUMIDORES”:

Por el TJUE, es la persona que invoca protegerse con los arts. 13 y ss. del Convenio de Bruselas que tiene que probar el carácter insignificante del uso profesional en los contratos mixtos. Entonces, el TJCE procede a la inversión de la carga de la prueba, facilitando la posibilidad rechazar el título de consumidor al contratante (A). Precisa además que la jurisdicción que conoce el asunto tiene que verificar si el cocontratante no podía legítimamente ignorar la finalidad extraprofesional de la transacción (B).

El carácter “insignificante” de la finalidad profesional:

La sentencia *Gruber* regla la cuestión del caso particular de los contratos con carácter mixto, condición sine qua non para justificar el rechazamiento de la calidad de consumidor. El TJCE afirma que dichos contratos no pueden beneficiar del régimen protector previsto por los contratos de consumo. Sólo los contratos mixtos con parte profesional casi inexistente, ínfima, podrían entrar en el ámbito del art. 13 del Convenio de Bruselas. Un problema puede plantearse al nivel de la prueba en cosa de los criterios establecidos en el art. 13 para estar considerado como consumidor. Con la sentencia, se plantea el problema en relación con el saber o no saber del vendedor alemán de las necesidades profesionales o privadas del adquirente. Establecido lo dicho antes, la solución del TJCE se entiende: pertenece al comprador precisar la finalidad del contrato. Entonces, existe una forma de presunción de finalidad profesional de los actos, explicando el carácter derogatorio de lo previsto en el Convenio de Bruselas. Pertenece al consumidor demostrar el carácter insignificante del aspecto profesional. Para establecer dicho carácter, los jueces tienen que apreciar la totalidad de los elementos de hecho objetivos del asunto.

Por lo tanto, la rigidez del TJCE puede protestarse. En efecto, el tribunal de primera instancia de Austria estimaba que en materia de explotaciones agrícolas, donde aparece muy difícil distinguir por el vendedor si la finalidad está principalmente personal o profesional, el dudo debe hacer considerar el contrato como concluido por un consumidor. Para justificar el rechazamiento del argumento, el TJCE utiliza el argumento de la seguridad jurídica y previsibilidad de los tribunales competentes por lo que se refiere al futuro demandado²⁰¹. Pero esos argumentos parecen contradictorios con la conclusión del TJCE ya que, al contrario, parece que este confiere al vendedor profesional la obligación de informarse sobre el uso futuro de los bienes. En efecto, es la posición adoptada también por parte del Consejo y de la Comisión en su declaración conjunta sobre el Convenio de Bruselas donde ambas instancias estiman que cuando el consumidor actúa en ambos ámbitos, el caso depende de la directiva sólo si el consumidor actúa, por lo esencial, fuera de su actividad profesional²⁰². Los arts. 13 y ss. del Convenio de Bruselas tienen, en efecto, por finalidad la protección de la parte débil, es decir el consumidor. Como lo explica el autor Bertrand Fages, imponerle la carga de probar esa calidad significa disminuir más el campo de aplicación de las normas protectoras de dicha parte al contrato²⁰³.

La ignorancia de la finalidad extraprofesional para rechazar la calidad de consumidor:

En la hipótesis en la cual existen elementos objetivos en el asunto permitiendo a la jurisdicción deducir que el contrato concierne necesidades para la actividad profesional del contratante, no hay que buscar si el uso profesional podía o no estar conocido por parte del cocontratante. Al contrario, cuando dichos elementos demuestran el carácter insignificante del objetivo profesional, la jurisdicción tendrá que verificar que el vendedor no podía ignorar legítimamente la finalidad

201 Considerando 45.

202 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *op. cit.*, nota 6.

203 FAGES, B., *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.

extraprofesional del acto. En nuestro asunto, la actitud del “consumidor” podía dar la impresión al vendedor que actuaba con fines profesionales²⁰⁴.

La jurisdicción comunitaria deduce que las normas específicas de competencia no se pueden aplicar aunque el contrato no sirve para cumplir un objetivo profesional en él mismo. Para el TJCE se debe considerar al contratante como una persona que ya renunció a la protección prevista por las normas específicas del Convenio – y también del Reglamento – en cosa de la certeza creada al vendedor de buena fe. Haciendo derecho comparado, podemos deducir, como lo expone en su libro *Renuncia tácita y Verwirkung* el autor italiano Filippo Ranieri²⁰⁵, que el punto de vista del TJCE constituye sin duda una gran novedad, un añadido pretoriano cuyo objetivo es sobrepasar los derechos internos para crear una noción de consumidor que va a aplicarse al nivel de la Unión Europea (UE). Eso justifica el carácter muy estricto de la noción de consumidor adoptada por parte del TJCE ya que hay que hacer la síntesis de las definiciones adoptadas por parte de los miembros de la UE. En efecto, invocando la buena fe del vendedor, el TCJE hace referencia al principio latín *venire contra factum proprium non valet* el TJCE consagra el concepto del *estoppel* que encontramos en derecho anglosajón. Dicho esto se entiende mejor el argumento del mantenimiento de la seguridad jurídica para justificar rechazar al contratante, al señor Gruber, el estatuto de consumidor. Eso es la razón por la cual el TJCE no va a responder a las tres últimas cuestiones ya que sólo tendría interés responder en la hipótesis donde se admite considerar al señor Gruber como un consumidor, lo que no es el caso²⁰⁶.

Bibliografía:

SINAY-CITERMANN, A., La protection de la partie faible en droit international privé, Mélanges Lagarde, Dalloz 2005, p. 737.

FAGES, B., *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.

RANIERI, F., *Renuncia tácita y Verwirkung*, Mélanges Bastian, 1974, I, p.247.

Collectivo, *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, Netbiblo, 2008, pp. 36 a 43.

Justine Degorre

7.2.- Subrogación en la posición del consumidor

Análisis de la STJUE 14 marzo 2013 (As. C-419/11) Česká sporitelna a.s. /Gerald Feichter, de la STJCE 1 octubre 2002 (As. C-167/00), Verein für Konsumenteninformation / Karl Heinz Henkel y de la STJCE 19 enero 1993 (As. C-89/91), Shearson Lehman Hutton / TVB

STJUE 14 marzo 2013 (As. C-419/11) Česká sporitelna a.s. /Gerald Feichter

Litigio entre una empresa Ceskasporitelnaa.s con domicilio social en la República Checa y la sociedad Feichter con domicilio social también en República Checa. La empresa Feitcher emite un pagare firmado por su gerente, el Sr. Feitcher que a su vez

204 Considerando 52.

205 RANIERI, F., *Renuncia tácita y Verwirkung*, Mélanges Bastian, 1974, I, p. 247.

206 Considerando 55.

se inscribió como aval en el pagaré, a la empresa Ceskasporitelna, dicho pagare estaba emitido de forma incompleta. Así los datos que faltaban fueron completados por Ceskasporitelna, donde concluyo en el mismo el importe de la cantidad a pagar por la empresa Feitcher, la fecha de vencimiento y el lugar. Llegado el día de cumplimiento del pagare, el importe no fue abonado, por lo que Ceska interpuso demanda ante el Mestkysoud vs Praze²⁰⁷ reclamando el pago más intereses. Como respuesta a esta demanda el Sr. Feitcher opuso la excepción de incompetencia del Mestkysoud v Praze, aduciendo su residencia en Austria.

Ante situación el órgano jurisdiccional decide suspender el procedimiento y plantea una serie de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia para que este se pronunciara acerca de lo siguiente:

PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Si cabe aplicar el artículo 15 del Reglamento 44/2001 que hace referencia a la competencia en materia de contratos, para demandas derivadas de un pagare emitido de forma incompleta contra el avalista.

El TJUE enuncio que únicamente aquellos contratos que fuesen celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad profesional les sería aplicable la condición de consumidor y estarían amparados por la aplicación del artículo 15 del Reglamento 44/2001 y el Convenio de Bruselas en su artículo 13. Así en el litigio principal el Sr. Fitcher se presento como persona física, siendo avalista y gestor de la empresa Feitcher y pretendiendo subrogarse en la posición de un consumidor. Teniendo en cuenta las palabras del Tribunal de Justicia en este caso no se cumpliría con la existencia de un consumidor en el sentido del artículo 15.1 Reglamento 44/2001.

Esto es así ya que el Sr. Feitcher se presentó como avalista de una sociedad, en la cual tenía un vínculo estrecho con ella, como su gestión o participación, no cumpliendo de esta manera lo establecido por el artículo 15 del Reglamento 44/2001 para considerarse consumidor ya que no es completamente ajeno a su actividad profesional.

Del mismo modo el abogado general hace alusión al artículo 15 del Reglamento 44/2001 respecto a la posición de consumidor del Sr. Feitcher pues sostiene que este mantenía una relación estrecha con tal entidad, inclusive su apellido formaba parte del nombre de la sociedad, era su socio mayoritario y director general. Así la excepción opuesta por el Sr. Feitcher subrogándose en la posición de consumidor no sería posible pues su ajenidad con la empresa es completamente inexistente.

Por lo que el abogado general respecto a esta primera cuestión deja claro que este contrato no está comprendido en el ámbito de los consumidores del artículo 15 del Reglamento 44/2001.

SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Se plantea si se puede aplicar el artículo 5.1 apartado a) del Reglamento 44/2001 para determinar la competencia del órgano jurisdiccional para conocer por un lado si la relación entre el avalista y tenedor puede entenderse como materia contractual y por otro lado para conocer el contenido dicho artículo respecto al lugar en el que debiere ser cumplida la obligación.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, respecto a la determinación del órgano jurisdiccional competente señala que la competencia del órgano jurisdiccional se determina en función del lugar donde hubiere ser cumplida la obligación. Por lo que

²⁰⁷ Mestkysoud v Praze: Tribunal Municipal de Praga

en el sentido de dicho precepto sobre materia contractual entre la relación avalista y tenedor existe una obligación de ambas partes asumida libremente.

Así el Abogado general está de acuerdo en la medida que existe una obligación jurídica libremente consentida por el avalista a pagar pues, al firmar dicho pagare acepto los efectos que este produciría.

De ello se da que esa relación jurídica entre el avalista y el tenedor forma parte de la materia contractual, en señal del artículo 5.1 Reglamento 44/2001.

Por otro lado respecto al lugar en el que debiera ser cumplida la obligación, el órgano jurisdiccional remite a que elementos deben tenerse en cuenta, si a los datos contenidos en el pagare o a los datos que existiesen en el acuerdo. Siendo esto así, el artículo 5.1 apartado a del Reglamento 44/ 2001 establece que en materia contractual el lugar se determinara ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiera ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda.

Menciona a su vez el criterio de autonomía de la voluntad de las partes para acordar un lugar de cumplimiento de la obligación, sin embargo en este litigio el lugar de cumplimiento de la obligación venia determinado en el pagare, por lo que el órgano jurisdiccional competente estará obligado a conocer de la acción ejercitada por el tenedor frente al avalista.

De este manera el Abogado general señala que si en un procedimiento de materia contractual en base al artículo 5.1 apartado a) del Reglamento existe un conflicto frente al lugar donde debe cumplirse la obligación, el órgano jurisdiccional deberá así en primer lugar considerar la excepción opuesta por el demandado y en segundo lugar el órgano jurisdiccional debe también considerar el motivo en el que el demandante basa su competencia. Y cuando sea más difícil determinar la situación correcta, el órgano jurisdiccional deberá interpretar si el demandante ha tenido en cuenta los preceptos del Reglamento, para la determinación de la competencia. Tal lo que ocurre en el litigio que nos encontramos pues el demandante acudió como preferencia a lo dispuesto en el Reglamento.

Concluyendo el Abogado general que el artículo 5.1 apartado a) del Reglamento comprendería también las demandas derivadas de un pagare que fue incompleto en la fecha de su firma, completado por el tenedor, quien demandado al avalista.

Así dicho precepto será aplicable a efectos de determinar su órgano jurisdiccional competente.

CUESTIÓN A RESOLVER

Si puede considerarse consumidor a un profesional que se subroga en la posición de un consumidor, atendiendo a esta sentencia del Tribunal de Justicia, según el artículo 15.1 del Reglamento 44/2001, no sería de aplicación dicho precepto pues señala consumidor a la persona física ajena a su actividad profesional, por lo que un sujeto que tenga algún vínculo estrecho con el ejercicio profesional no se podrá subrogar en posición de consumidor pues no existe una propia ajenidad.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala sexta) de 1 de octubre de 2002: en el asunto C-167/00 y Conclusiones del abogado general en el asunto C-167/00.

La sentencia tiene por objeto un litigio principal entre, por un lado, la asociación sin ánimo de lucro con domicilio social en Austria Verein Für Konsumenteninformation (VFK), la cual destina su objeto a la protección de los consumidores y la defensa de los intereses de los mismos, y por otro lado el Sr. Henkel, nacional alemán domiciliado en Alemania.

El Sr. Henkel es un comerciante que organiza excursiones publicitarias en Austria, y el litigio surgió a raíz de los contratos celebrados por éste con consumidores austriacos, los cuales contenían cláusulas -según la asociación austriaca- que vulneraban numerosas disposiciones de la legislación austriaca y podían resultar abusivas.

En el marco de esta situación, la asociación destinada a la protección de los consumidores y defensa de los intereses de éstos, decidió, mediante una acción de interés colectivo, solicitar a los órganos jurisdiccionales austriacos que se prohibiera al Sr. Henkel el uso de las cláusulas anteriormente mencionadas. Este último alegó que los tribunales austriacos no eran competentes para conocer del litigio, ya que no se trataba de materia delictual o cuasidelictual porque “no se habría producido comportamiento lesivo alguno ni se habría sufrido perjuicio dentro de la circunscripción del órgano jurisdiccional que conoce la demanda”. Por todo esto, uno de los órganos jurisdiccionales austriacos -el Handelsgericht Wien²⁰⁸- decidió, tal y como solicitaba el Sr. Henkel, declararse incompetente.

Debemos detenernos en este punto para analizar el artículo 5, que se encuentra en la sección 2 denominada “Competencias especiales” del Convenio de Bruselas de 1968, para, de este modo, esclarecer algunas cuestiones.

Dentro del propio artículo 5, debemos observar más detenidamente los párrafos primero y tercero. Así, se establece la diferenciación entre materias para las personas que estén domiciliadas en un Estado contratante y vayan a ser demandadas en otro Estado contratante, de esta forma, en materia contractual deberán ser demandas ante el tribunal del lugar en el que deba ser cumplida la obligación, mientras que en materia delictual o cuasidelictual, deberán ser demandadas ante el tribunal del lugar donde se haya producido el hecho dañoso.

De este modo, resulta imprescindible determinar si el litigio principal trata:

- de materia contractual, y por lo tanto la asociación erró al entablar una acción de interés colectivo ante los órganos jurisdiccionales austriacos y, de esta manera, el Sr. Henkel debía haber sido demandado ante el tribunal del lugar en que cual debiera haber cumplido la obligación tal y como establece el art. 5.1 del Convenio;

- o por el contrario, trata de materia delictual o cuasidelictual y, efectivamente, el órgano competente para conocer del litigio es el tribunal austriaco.

Una vez aclarado esto podemos continuar con el estudio del litigio. La resolución por parte del tribunal austriaco -en concreto por el Handelsgericht Wien- fue revocada en apelación por el Oberlandesgericht Wien²⁰⁹, ya que éste interpretó el art. 5.3 del Convenio de tal forma que contemplaba las acciones preventivas ejercitadas por una asociación como es VFK, sin ser necesario el hecho de que haya sufrido personalmente un daño.

CUESTIÓN PREJUDICIAL

Se interpuso un recurso de casación al Oberster Gerichtshof²¹⁰, el cual decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con el siguiente fundamento:

¿Constituye la acción concreta por parte de la asociación sin ánimo de lucro y cuyo objeto es la protección de los consumidores y la defensa de los intereses de los mismos una acción en materia delictual o cuasidelictual propia del art. 5.3 del Convenio de Bruselas?

²⁰⁸ Juzgado de lo Mercantil de Viena.

²⁰⁹ Palacio de Justicia de Viena.

²¹⁰ Tribunal Supremo de Austria.

Ante dicha cuestión, hubo varios pronunciamientos, el Gobierno de Reino Unido sostuvo que la acción ejercitada por la asociación no estaba dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas por tratarse ésta de una autoridad pública y no tener la acción consideración de “materia civil y mercantil”. Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, por tener la asociación carácter privado y haber entablado una acción de interés colectivo para la prohibición del uso de cláusulas abusivas por parte de los comerciantes, una acción como la ejercida por esta asociación está efectivamente comprendida dentro de la materia civil a la que se refiere el art. 1.1 del Convenio de Bruselas.

Cabe mencionar en este punto que los art. 13 a 15 del Convenio de Bruselas, incluidos en la sección 4 titulada “Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores” no son de aplicación al litigio principal que nos ocupa ya que, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *“no puede reconocerse la calidad de consumidor [...] a una persona jurídica que actúa como cesionario de los derechos de un consumidor final privado, sin ser parte ella misma en un contrato entre un profesional y un particular, por lo que no puede invocar los art. 13 a 15 del Convenio”*.

Esclarecido este punto, se pasó cuestionar si el litigio principal al que nos referimos podría considerarse de carácter contractual. Sin embargo, como la asociación y el Sr. Henkel no estaban unidos por relación de carácter contractual alguna, y como la acción por parte de la asociación únicamente tenía carácter preventivo destinado a que no se produjera un daño futuro, no podía considerarse la acción como una de carácter contractual.

Una vez despejada la cuestión anterior, el Tribunal se centró en determinar si realmente el litigio principal podía ser calificado como materia delictual o cuasidelictual propia del art. 5.3 del Convenio. Sobre este determinado tema, tanto el Sr. Henkel como el Gobierno de Francia alegaron que el hecho de que el artículo 5.3 remita al lugar donde se ha producido el hecho dañoso supone un perjuicio, ya que la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” se interpreta de tal forma que ya debe haberse producido el concreto hecho dañoso para poder aplicar dicho precepto, por lo que no podría aplicarse a acciones meramente preventivas destinadas a impedir que se produzca un hecho dañoso futuro.

En cambio, el Tribunal determinó que esta objeción carecía de sentido, y que, tal y como se corrobora en el informe del Sr. Schlosser²¹¹ que se incluye en las conclusiones del Abogado General, el art. 5.3 del Convenio comprende igualmente las acciones dirigidas a impedir que se cometa un daño inminente.

Por lo tanto, y después de observar todas las consideraciones anteriormente mencionadas, cabe finalmente exponer la respuesta por parte del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial que se planteó. Así, este declara que *“[...] una acción judicial preventiva entablada por una asociación para la protección de los consumidores con objeto de obtener la prohibición del uso por un comerciante de cláusulas consideradas abusivas en los contratos celebrados con particulares, es de carácter delictual o cuasidelictual en el sentido del artículo 5.3 de dicho Convenio [...]”*.

CUESTIÓN A RESOLVER

Con relación a la pregunta, cabe afirmar que no puede reconocerse la calidad de consumidor a una persona jurídica que actúa como cesionario de los derechos de un consumidor privado, sin ser parte dicha persona jurídica en un contrato entre un

²¹¹ El Sr. Schlosser señala en su informe que: *“muchos argumentos militan a favor de la tesis según la cual los órganos jurisdiccionales a que se refiere el art. 5.3 deberían ser competentes asimismo para conocer de las demandas cuyo principal objeto consiste en prevenir la inminente comisión de un hecho ilícito”*.

profesional y un particular, por lo que, tal y como se establece en la sentencia que nos ocupa, no serían de aplicación los arts. 13 a 15 del Convenio de Bruselas.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de Enero de 1993: En el asunto C-89/91 y Conclusiones del abogado general: Asunto C-89/91

Como consecuencia de un anuncio aparecido en la prensa alemana, un particular, Juez de profesión, confía a la sociedad de mediación americana Hutton Inc. la realización de operaciones a plazo sobre divisas y títulos valores, en el marco de un contrato de comisión. Con este fin, negocia con la filial alemana de la sociedad americana, Hutton GmbH.

Después de efectuar una serie de importantes pagos, en los años 1986 y 1987, que fueron absorbidos casi en su totalidad por las pérdidas, cede su derecho de crédito a una sociedad fiduciaria, la sociedad alemana Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH (TVB).

Ante los tribunales alemanes, TVB inicia una acción de reclamación de cantidad contra la empresa de mediación americana Hutton, absorbida por la sociedad Hutton Inc.

La demanda se basa en el enriquecimiento sin causa, en el derecho a indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de obligaciones contractuales y precontractuales, y en la reparación derivada de un acto ilícito, ya que, según TVB, Hutton Inc. no informó suficientemente a su cocontratante de los riesgos que corría.

El Landgericht Munchen²¹², ante el que se interpuso la demanda, se declaró incompetente para conocer del litigio y declaró la inadmisibilidad de la demanda de TVB. El Oberlandesgericht Munchen²¹³ anuló esta resolución y admitió la competencia de Landgericht. Hutton Inc. interpuso un recurso de casación contra esta sentencia ante el Bundesgerichtshof²¹⁴.

Por considerar que el litigio suscitaba problemas de interpretación del Convenio, el Bundesgerichtshof acordó suspender el procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciara sobre *cuatro cuestiones*, que se refieren a la interpretación de los párrafos 1 y 2 del artículo 13 del Convenio de Bruselas (referido al tema de la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, son reglas para determinar la competencia judicial):

-¿Incluye el número 3 del párrafo primero del artículo 13 del Convenio de Bruselas los contratos de comisión destinados a la realización de operaciones a plazo sobre divisas, valores y mercaderías?

A esta primera cuestión el abogado general, el Sr Marco Darmon, contesta que entre los contratos enumerados en el párrafo primero del artículo 13, aquí se trata únicamente de el del número 3, el “contrato que tiene por objeto una prestación de servicios”, tomado del artículo 5 del Convenio sobre las obligaciones contractuales. La modificación incluida por el Convenio de adhesión de 1978 en el artículo 13 del Convenio de Bruselas tiene como objeto ampliar la protección de los consumidores sin limitarla al ámbito de las ventas y préstamos a plazos, sin distinguir en ella según la naturaleza del contrato.

El artículo del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, relativo a los contratos celebrados por los consumidores se aplica a los contratos “que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una

²¹² Landgericht Munchen: Tribunal del Distrito de Munich.

²¹³ Oberlandesgericht Munchen: Tribunal Superior de Munich.

²¹⁴ Bundesgerichtshof: Tribunal Supremo de Alemania.

persona, el consumidor, para uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional” y, según el informe Giuliano-Lagarde²¹⁵, la norma excluye las ventas de títulos.

Pero esto no implica que el contrato de comisión esté excluido de la categoría de los contratos que tienen por objeto una prestación de servicios en el sentido del artículo 13. En efecto, el Convenio de Roma conoce excepciones a su ámbito de aplicación que el Convenio de Bruselas no conoce. Además, tal contrato no es, propiamente, un “venta de títulos”. Pero la protección del artículo 13 no puede excluirse con el argumento de que el contrato se refiere a operaciones a plazo sobre títulos valores y mercaderías “que tienen un carácter especulativo y son similares a los juegos de azar, ajenos a la idea de protección social”.

No es posible, pues, restringir el ámbito del artículo 13 mediante exclusiones que éste no prevé. Procede, entonces, considerar que esta disposición incluye asimismo los contratos de comisión relativos a la realización a plazo sobre divisas y títulos valores.

-¿La letra a) del número 1 del párrafo primero del artículo 13 de dicho Convenio es aplicable por el mero hecho de que Hutton Inc., antes de celebrar el contrato, hubiera hecho publicidad en Alemania mediante anuncios en periódicos, o requiere dicho precepto la existencia de un vínculo entre la publicidad y la celebración del contrato?

La contestación del abogado general a esta segunda cuestión es que los requisitos de la letra a) del número tres del párrafo primero del Convenio, se cumplen siempre que la celebración del contrato en el Estado de domicilio del consumidor (Alemania) ha sido precedido, en un plazo razonable, de una publicidad, sin que pueda exigirse la prueba de una relación de causalidad entre esta publicidad y la celebración del contrato.

-¿Posee Hutton Inc. una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento (párrafo segundo del artículo 13) cuando, para la celebración y ejecución del contrato se sirve de una sociedad domiciliada en el Estado del domicilio del consumidor (Hutton GmbH en Alemania) que no está facultado para celebrar contratos y sólo hace de mediadora? ¿Los litigios que surgen entre Hutton Inc. y el consumidor por esa mediación son litigios relativos a la explotación de esa sucursal, agencia o cualquier establecimiento?

Cuando cocontratante del consumidor no está domiciliado en un Estado contratante (Alemania), pero posee una sucursal, un agencia o cualquier otro establecimiento (Hutton GmbH) en un Estado contratante distinto del de domicilio del consumidor, el párrafo segundo del artículo 13 es claramente aplicable.

El criterio de la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio (el domicilio en un Estado tercero del cocontratante del consumidor) se sustituye por un elemento de conexión (el domicilio de la sucursal en un Estado signatario). Se entra, pues, en una situación internacional en el sentido del Convenio, puesto que el litigio afecta a dos Estados contratantes: el del domicilio del consumidor y el del domicilio de la sucursal del cocontratante del consumidor.

Pero en nuestro caso la sucursal y el consumidor tienen su domicilio en el mismo Estado contratante (Alemania), por lo que el litigio ya no es internacional en el sentido del Convenio de Bruselas y el párrafo segundo del artículo 13 no puede, por ello aplicarse.

El Sr Marco Darmon, a este respecto hace referencia al artículo 15 del Convenio que establece que habiéndose celebrado el contrato entre un consumidor y su contratante, domiciliados en el mismo estado, la competencia será de los tribunales de

²¹⁵ Giuliano-Lagarde: Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

dicho estado, en nuestro supuesto, Alemania. Así pues, la competencia no debe determinarse conforme al Convenio, sino según la *lex fori* del Estado contratante que se trate.

Por lo tanto, decir que el párrafo segundo del artículo 13 del Convenio no es aplicable cuando la sucursal de la sociedad que tiene su domicilio en un Estado tercero está situada en el mismo Estado contratante en el que el consumidor tiene su domicilio. Por todo ello, una situación como este supuesto, no está incluido en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas.

-¿La expresión “en materias de contratos” (párrafo primero del artículo 13) se refiere, además de acciones por daños y perjuicios ocasionados por incumplir obligaciones contractuales, se refiere también a reclamaciones por incumplimiento de obligaciones precontractuales y del enriquecimiento sin causa, en relación con la resolución de obligaciones contractuales?

En respuesta a cada uno de estas partes de la última cuestión prejudicial, el abogado general dice que en materia de contratos del párrafo primero del artículo 13 incluye una demanda basada en el incumplimiento de obligaciones contractuales, precontractuales y en el enriquecimiento sin causa, en relación con la celebración de un único contrato. Puesto que la materia de contratos de este artículo canaliza todos los aspectos del litigio y las demandas presentan entre sí un vínculo de conexidad tal que sólo puede resolverse sobre ellas en su conjunto la competencia del Juez que debe determinarse únicamente conforme al artículo 14.

Propuestas del Abogado General, el Sr. Marco Darmon, al Tribunal de Justicia para que declare lo siguiente:

-No es un consumidor en el sentido de los arts. 13 y 14 del Convenio de Bruselas el demandante que no es parte, personalmente, en uno de los contratos enumerados en el párrafo primero del artículo 13 de dicho Convenio.

-Una sociedad que tiene su domicilio en un Estado signatario del Convenio de Bruselas, que pertenece económicamente al cocontratante del consumidor, sin estar facultada para contratar, no es una sucursal, una agencia u otro establecimiento en el sentido del párrafo segundo del artículo 13 de dicho Convenio.

-El párrafo segundo del artículo 13 del Convenio no es aplicable, por no concurrir el elemento de extranjería, cuando la sucursal de la sociedad que tiene su domicilio en un Estado tercero está situada en el mismo Estado contratante en el que el consumidor tiene su domicilio.

El Tribunal de Justicia, pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Bundersgerichtshof, mediante resolución de 29 de Enero de 1991, declara:

El artículo 13 del Convenio de 27 de Septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil debe interpretarse en el sentido de que el demandante que actúa en ejercicio de su actividad profesional y que, por tanto, no es, él mismo, el consumidor que es parte en uno de los contratos enumerados por el párrafo primero de este artículo no puede beneficiarse de las reglas de determinación de la competencia especiales previstas por dicho Convenio en materia de contratos celebrados por los consumidores.

CUESTIÓN A RESOLVER

Respecto a la pregunta, según el caso C-89/91, el artículo 13 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 establece que no puede considerarse consumidor al profesional que se subroga en la posición de un consumidor, pues este profesional no puede

beneficiarse de las reglas de determinación de la competencia especiales previstas por el Convenio de Bruselas en materia de contratos celebrados por los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA:

- www.google.com
- www.traductorgoogle.com
- www.justiz.gv.at
- www.encyclopedia-juridica.biz14.com

Laura Agudo López, Isabel Fernández Triviño y Patricia Andrés Muriel

7.3.- Demandado no domiciliado en Estado miembro

Análisis de la STJCE 15 septiembre 1994 (As. C-318/93), Wolfgang Brenner y otros / Dean Witter Reynolds Inc.

CONSIDERACIONES GENERALES

Régimen institucional

El Convenio de 1968 fue sustituido por el Reglamento 44/2001 y éste será sustituido por el Reglamento 1215/2012 que entrará en vigor el próximo 10 de enero de 2015.

En estos dos instrumentos internacionales se regula la competencia judicial internacional en materia contractual y en concreto, en los contratos celebrados por consumidores que se regula en los arts. 15 a 17 en el Reglamento 44/2001 y Convenio de Lugano 2007 y en los arts. 17 a 19 en el Reglamento 1215/2012.

En estos preceptos se establecen una serie de foros que para aplicarlos el contrato debe cumplir unas condiciones: I. Contrato celebrado por un consumidor y II. Debe ser alguno de los contratos que se mencionan en el art. 15 del Reglamento 44/2001 además la otra parte debe ejercer sus actividades en el Estado miembro del domicilio del consumidor o dirigir sus actividades a ese Estado²¹⁶.

Si se cumplen las condiciones y tanto el consumidor como el empresario están domiciliados en Estados miembros del Reglamento 44/2001, el consumidor podrá demandar al empresario según el art. 16.1 Reglamento 44/2001:

“Art. 16. 1. La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor.”

²¹⁶ Consumidores pasivos: el profesional ejerce sus actividades en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido aquél, y (el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas Actividades) frente a los consumidores activos: se desplazan al país del profesional a consumir. “Foros de protección contractuales” Tratados y Manuales (Civitas). Derecho Internacional Privado (Base de datos Aranzadi) pp. 6 a 7./ Esta distinción también se puede definir como consumidor pasivo aquel sujeto que consume en el mercado donde tiene su residencia habitual y es la otra parte, el profesional, quien va a dicho mercado. “Obligaciones contractuales (II)” Tratados y Manuales (Civitas). Derecho Internacional Privado (Base de datos Aranzadi) pp. 3 a 4

El nuevo Reglamento 1215/2012 introduce una novedad en su art. 18.1 donde se permite al consumidor interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio aunque el demandante no esté domiciliado en Estado miembro.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

STJCE 15 septiembre 1994 (As. C-318/93), Wolfgang Brenner y otros / Dean Witter Reynolds Inc.

Hechos y litigio principal

En la sentencia de 15 septiembre 1994 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estamos ante una reclamación de una indemnización por daños y perjuicios debido al incumplimiento de la parte demandada de sus obligaciones contractuales y precontractuales.

El litigio se presenta entre un maestro carpintero y autónomo y un técnico textil domiciliados ambos en Alemania (demandantes) contra una sociedad de mediación con domicilio en Nueva York (Estados Unidos) (parte demandada). Actuando las partes como consumidores contratan con la sociedad para realizar operaciones a plazo sobre mercaderías en el marco de un contrato de comisión.

La sociedad realiza publicidad en Alemania por medio de una sucursal, pero las partes se pusieron en contacto con la misma por medio de una entidad que es independiente a la demandada. Debido a los incumplimientos contractuales y precontractuales, acuden a los tribunales alemanes.

El Landgericht²¹⁷ se declara incompetente, y se interpone recurso de casación ante el Bundesgerichtshof²¹⁸ considera que su competencia se debe fundar en los arts. 13 y 14 del Convenio de 27 septiembre de 1968 sobre competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo “Convenio”), el tribunal se pregunta si solo queda excluido que el consumidor entable una acción contra la otra parte contratante ante los Tribunales del Estado donde está domiciliado o también está excluido que pueda entablarse acción ante los Tribunales del Estado en el que está domiciliado el consumidor.

El Tribunal alemán decide suspender el procedimiento y plantea varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

Cuestiones prejudiciales

Cuestión principal²¹⁹

Para afirmar la competencia de los Tribunales del Estado donde tiene su domicilio el consumidor ¿la otra parte del contrato debe tener su domicilio en Estado contratante o debe ser tratada como si lo tuviera, según el art.13 párrafo segundo del Convenio?

Cuestiones subsidiarias

– ¿El art. 13.1 número 3 del Convenio incluye los contratos de comisión que se destinan a realizar operaciones a plazo sobre mercaderías?

²¹⁷ Audiencias regionales son competentes en primera instancia en los asuntos civiles no asignados a los juzgados municipales, normalmente las reclamaciones de valor superior a 5.000 euros. Véase <https://e-justice.europa.eu/>

²¹⁸ Órgano jurisdiccional ordinario de mayor rango, órgano de última instancia y solo conoce de recursos por cuestiones de Derecho. Véase <https://e-justice.europa.eu/>

²¹⁹ El Tribunal alemán señala que se responderán a las demás cuestiones solo si se responde a la primera en el sentido de que el párrafo primero del art. 14 del Convenio es aplicable al caso (Apartado 13 STJCE 15 septiembre 1994 Asunto C- 318/93)

- ¿El art. 13.1 número 3 letra A del Convenio se aplica por el mero hecho de que el cocontratante con el consumidor hubiera hecho publicidad en el Estado del domicilio del consumidor antes de la celebración del contrato?

- ¿La expresión del art. 13.1 del Convenio “materia de contratos” se refiere a reclamaciones que se derivan del incumplimiento de obligaciones precontractuales y del enriquecimiento sin causa respecto a obligaciones contractuales? ¿Establece el mismo precepto competencia accesoria por conexidad respecto a las pretensiones contractuales?

Resolución del Tribunal de Justicia

Primera cuestión, los órganos jurisdiccionales del Estado de domicilio del consumidor serán competentes si la otra parte del contrato tiene su domicilio en un Estado contratante, art. 14 del Convenio o según el párrafo segundo del art. 13 del Convenio proceda a tratarlo como si así fuera.

El Tribunal de Justicia no procede a responder a las demás cuestiones.

Conclusiones del Abogado General

Conclusiones del Abogado General AS C- 318/93 Sr. Marco Darmon

El Tribunal alemán planteó cuestiones de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia, una principal y las demás subsidiarias: se plantea la competencia de los órganos jurisdiccionales alemanes respecto al cocontratante que está domiciliado en Estado tercero y en la ejecución del contrato no participó ninguna sucursal.

Se debe determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la competencia en materia de contratos celebrados por consumidores contenidas en la Sección 4ª del Convenio.

Según el Abogado General en este caso al tener el demandado el domicilio en un tercer Estado y no haber mediado sucursal o establecimiento secundario, el juez nacional podrá aplicar sus propias reglas de competencia y no se aplicará la sección cuarta del Convenio en su totalidad. En el art. 13 del Convenio se hace una remisión expresa al art. 4 para los casos en los que el demandado no esté domiciliado en Estado miembro donde se remite a la ley interna del Estado donde se encuentre el órgano jurisdiccional que conoce del litigio. Por ello, la referencia a este precepto indica que no será de aplicación los arts. 13 a 15 del Convenio cuando el demandando no esté domiciliado en Estado miembro.

El litigio principal queda fuera de las reglas sobre competencia directa recogidas en el Convenio; por ello no se procede a responder a las cuestiones subsidiarias.

CONCLUSIONES

¿Resultan aplicables los foros especiales en materia de contratos celebrados por consumidores cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro?

En el Convenio de 1968, cuando estamos ante un contrato celebrado por consumidores y el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, no se podrán aplicar los foros especiales.

Tras analizar la sentencia, la cuestión prejudicial respecto a la interpretación de los artículos 13 y 14 del Convenio, en materia de contratos celebrados por consumidores, la excepción a la norma del art. 4 del Convenio se encuentra en el párrafo segundo del art. 13 del Convenio se aplica cuando el cocontratante del

consumidor no tiene su domicilio en Estado miembro pero sí una agencia o cualquier otro establecimiento secundario en Estado miembro. Por otro lado, el art.14 del Convenio indica que serán competentes los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada la parte cocontratante o ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor. En este precepto se establece una alternativa, pero no se puede aplicar cuando el demandado no tiene su domicilio en Estado miembro.

El Abogado General concluye que el demandado al no tener su domicilio en un Estado contratante y que en la celebración no intervino ninguna sucursal o establecimiento, el Juez nacional podrá aplicar sus propias reglas.

En el Reglamento 44/2001 en su art. 16.1 se indica ante que tribunales puede el consumidor demandar al empresario: bien ante los tribunales del Estado miembro donde esté domiciliado el empresario o profesional, o bien ante los tribunales donde esté domiciliado el consumidor. Pero tanto el consumidor como el empresario deben estar domiciliados en Estados miembros del Reglamento.

Para la aplicación del foro especial en materia de consumo, lo determinante será la actividad dirigida por el profesional hacia el Estado del domicilio del consumidor. Se exige que el vendedor haya dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor y el contrato se encuentre dentro de las actividades propias del vendedor.

La redacción que se dio al art. 15.1 c Reglamento 44/2001 es menos restrictiva que la del art. 13.3 apartado C Convenio 1968²²⁰.

Por lo tanto, en el Convenio 1968, cuando estamos ante un contrato celebrado con consumidores y el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado, según el art.4 del Convenio se aplicará la ley del Estado contratante que conozca del litigio teniendo en cuenta la excepción del art.13 párrafo segundo del Convenio que se aplica si posee una sucursal en Estado miembro.

En el art.14 del Convenio se establece una alternativa, el consumidor podrá demandar ante los tribunales de donde estuviere domiciliada la otra parte o en el domicilio del consumidor, pero se requiere que las dos partes tengan su domicilio en Estado miembro.

En el Reglamento 44/2001 estamos ante la misma situación, si en un contrato celebrado con consumidores el demandado se encuentra un Estado no miembro del Reglamento, se aplicará el art. 15.2 Reglamento 44/2001 solo si el cocontratante poseyere una sucursal o establecimiento secundario en un Estado miembro. En el art. 16 se establece la alternativa de interponer la demanda bien ante el domicilio del cocontratante o el consumidor, pero tanto el consumidor como el cocontratante deben estar domiciliados en Estado miembro. Hay que acudir al art. 4 del Reglamento 44/2001 que remite a la Ley del Estado

El Reglamento 1215/2012 que entrará en vigor el 10 enero de 2015, introduce una novedad en el art. 18.1: el consumidor puede interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio aunque el demandado no esté domiciliado en Estado miembro. Con lo cual, los foros de competencia que se establecen en el Reglamento se aplican en materia de consumo frente a demandados con domicilio en un tercer Estado, cuando es el consumidor quien plantea la acción²²¹.

²²⁰ LAFUENTE SÁNCHEZ, R. "Aplicación del régimen especial de protección de los consumidores previsto en el Reglamento Bruselas I a los contratos celebrados entre presentes" Diario La Ley, N° 7966, Sección Tribuna, 16 Nov. 2012. Editorial La Ley.

²²¹ *Ejemplo. Una compañía establecida en Florida, sin sucursal en España, está dirigiendo ofertas de sus productos al mercado español. Un consumidor con domicilio en Málaga concluye un contrato de compraventa como respuesta a dicha oferta. Si posteriormente surgen desavenencias entre las partes, el consumidor podrá*

BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO DÍAZ, B.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, MA.; YBARRA BORES, A. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 2014, lección 2 y 11

LAFUENTE SÁNCHEZ, R. “Aplicación del régimen especial de protección de los consumidores previsto en el Reglamento Bruselas I a los contratos celebrados entre presentes” *Diario La Ley*, N° 7966, Sección Tribuna, 16 Nov. 2012. Editorial La Ley. (Base de datos Ley Digital)

“Foros de protección contractuales” *Tratados y Manuales (Civitas)*. Derecho Internacional Privado (Base de datos Aranzadi)

“Obligaciones contractuales (II)” *Tratados y Manuales (Civitas)*. Derecho Internacional Privado (Base de datos Aranzadi)

STJCE de 19 de enero de 1993 C-89/91 asunto Shearson Lehman Hutton (<http://eur-lex.europa.eu/>)

Araceli Cordero Cadenas

7.4.- Multipropiedad o timesharing

Análisis de la STJUE 6 septiembre 2012 (As. C-190/11) Daniella Mühlleitner / Ahmad Jusufi y Sadat Yusufi

EL FORO ESPECIAL DE COMPETENCIA EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES

En primer lugar nos resulta necesario partir de un breve análisis sobre la STJUE de 6 de septiembre de 2012 (As.C-190/11), Daniela Mühlleitner/Ahmad Yusufi y Wadat Yusufi, en la que se resuelve una petición de decisión prejudicial solicitada a este Tribunal al objeto de interpretar el art. 15, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reg. 44/2001).

El litigio en cuyo marco tuvo lugar esta petición tenía por objeto la resolución por vicios ocultos de un contrato de compraventa de un automóvil firmado en Hamburgo el 21 de septiembre de 2009 y entre las partes litigantes citadas al inicio (la Sra. Mühlleitner y los Sres. Yusufi). La demandante, la Sra. Mühlleitner, domiciliada en Austria, seleccionó un vehículo de un sitio web de Internet, siendo entonces reenviada a la oferta de las partes demandadas, los Sres. Yusufi, que explotaban su negocio a través de una sociedad civil establecida en Hamburgo. Tras informar a la demandante de que su nacionalidad austriaca no supondría obstáculo alguno para adquirir el vehículo, ésta se desplazó finalmente a Hamburgo para firmar el contrato, entregándosele inmediatamente el vehículo y descubriendo los vicios tras su vuelta a Austria, a lo que reclamó su reparación a los demandados. Ante la negativa de éstos, presentó una demanda de resolución del contrato ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio, Austria.

demandar a la empresa norteamericana en Málaga conforme al Reglamento Bruselas I bis, pese a no tener ésta ni su domicilio, ni una sucursal en un Estado miembro. Si quien plantea la acción es el profesional europeo, frente a consumidores domiciliados en terceros Estados siguen aplicándose las normas nacionales. (Tratados y Manuales (Civitas). Derecho Internacional Privado (Base de datos Aranzadi) p. 5.

En dicha demanda interpuesta ante el Landgericht Wels, la demandante alegaba haber celebrado el contrato en calidad de consumidora, pues adquirió el vehículo para sus necesidades privadas, con una empresa que dirigía su actividad comercial a Austria, supuesto incluido por tanto en el art. 15, apartado 1, letra c), del Reg. 44/2001. No obstante, los demandados impugnaron la competencia internacional de dicho tribunal al entender que la demanda debía ser interpuesta ante tribunales alemanes por no tener la Sra. Mühlleitner la condición de consumidora, por haberse celebrado el contrato en el domicilio de la empresa alemana y porque los demandados no dirigían sus actividades a Austria. Como consecuencia de ello, el referido tribunal se declaró incompetente, pero no por no actuar la demandante como consumidora, sino por no poder deducirse que los demandados dirigían su actividad a Austria por la mera posibilidad de consultar su página web en ese país.

La sentencia de apelación confirmó la resolución de primera instancia en virtud de la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión relativa a los arts. 15 y 73 del Reg. 44/2001 (Declaración conjunta), la cual establece que una página web puramente "pasiva" no es suficiente para afirmar que una actividad está dirigida al Estado del consumidor, y que el contrato debía haberse celebrado a distancia. Sin embargo, el órgano de apelación, el Oberster Gerichtshof, admitió el recurso de casación por considerar controvertido el alcance jurídico de esta Declaración conjunta, y finalmente suspendió el procedimiento y planteó a este Tribunal una cuestión prejudicial para que éste precisara si la aplicación del ya citado precepto del Reg. 44/2001 requiere o no que el contrato se haya celebrado a distancia, como sí establecía la STJUE de 7 de diciembre de 2010 (As. C-585/08 y C-144/09), Pammer y Hotel Alpenhof.

Lo primero que señaló este Tribunal es que el precepto controvertido constituye una excepción a la regla general de competencia del art. 2.1 del mismo cuerpo legal (domicilio del demandado) y a la especial de su art. 5.1, que establece que el tribunal competente para conocer del litigio sobre un contrato será el del lugar en el que se haya cumplido o debiera ser cumplida la obligación que sirviera de base a la demanda. Y como tal excepción a la regla general, señala este Tribunal, habrá de ser interpretada restrictivamente. También indica que los conceptos que figuran en dicho precepto han de interpretarse autónomamente y atendiendo a los objetivos del propio Reg. 44/2001, lo que nos lleva a su Considerando nº 13, que consagra la protección del consumidor, en este caso, en cuanto parte débil de la relación jurídica (misma protección se recogía en el art. 13 del antiguo Convenio de Bruselas).

A pesar de que esta protección ofrecida al consumidor no sea absoluta, y de que tanto la Declaración conjunta como el Considerando nº 24 del Reglamento Roma I establezcan la necesidad de que el contrato de consumo se haya celebrado a distancia, optó este Tribunal por proporcionar una respuesta negativa en base a los siguientes argumentos:

1.- El art.15 (letra c) del apartado 1) no condiciona su aplicabilidad al hecho de que el contrato de consumo haya sido celebrado a distancia, sino solo a los dos siguientes requisitos:

- Que el comerciante ejerza sus actividades profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o que por cualquier medio las dirija a éste (cuestión que ya no resulta controvertida en esta cuestión prejudicial puesto que el órgano remitente dio por cumplido este requisito).
- Que el contrato controvertido se comprenda dentro de tales actividades.

2.- La desaparición de la condición que recogía el art. 13 del antiguo Convenio de Bruselas (hoy art. 15 del Reg. 44/2001), que exigía que el consumidor hubiese realizado en su Estado los actos necesarios para la celebración del contrato. Resultado

de dicha desaparición, el art. 15 podrá aplicarse cuando el contrato se haya celebrado, tal y como sucedió en este supuesto, en un Estado distinto al del consumidor. Se trata de una redacción en términos más amplios para conceder así una mayor protección al consumidor, y ello para lograr una adaptación a la evolución alcanzada en las técnicas de comercialización, principalmente en el terreno del comercio electrónico.

3.-En base a una interpretación teleológica del referido precepto, exigir que el contrato se hubiese celebrado a distancia sería contrario al objetivo del legislador europeo, que como acabamos de señalar es la protección del consumidor.

Como consecuencia de todo ello, dice el Abogado General Pedro Cruz Villalón, el criterio de conexión relevante empleado por el nuevo art. 15 del Reg. 44/2001 no es el lugar en el que se encuentre el consumidor, ni aquel en el que se celebre el contrato, sino el de la actividad dirigida hacia el Estado miembro del domicilio del primero, de tal manera que pueda seguir amparado por el foro especial de este precepto aunque haya realizado actos preparatorios mediante medios electrónicos y se haya desplazado finalmente al Estado de la otra parte contratante para celebrar el contrato.

Respecto al precepto objeto de controversia, dice también lo siguiente Ricardo Pazos Castro en su "Estudio Doctrinal sobre El Contrato Celebrado en el Marco de una Actividad Comercial Dirigida al Consumidor":

<<No exige ni que el contrato se haya celebrado a distancia ni la existencia de una relación causal entre la actividad comercial dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor y la celebración del contrato>>.

El demandado en el litigio analizado en dicho estudio y los gobiernos de Bélgica y Luxemburgo apuntaron que el hecho de no considerar inherente al precepto la necesidad de dicha relación causal supondría imponer una carga desproporcionada a sobre los vendedores y prestadores de servicios, puesto que el mero hecho de disponer de una página web y contratar con un consumidor cuyo domicilio se encuentra en un Estado miembro diferente bastaría para poder ser demandados ante los tribunales de cualquier Estado miembro. Por el contrario, el Abogado General consideró aquí que una interpretación más favorable a los intereses del consumidor no supone una carga desproporcionada para el vendedor o prestador. El TJUE en este asunto rechazó la exigencia de la relación causal en base a una interpretación gramatical del precepto, como ya se hizo en la sentencia analizada al comienzo, y alegando que exigirla sería contrario a los objetivos del legislador de proteger al consumidor en cuanto parte débil (si éste tuviera que probar dicha causalidad, probablemente se vería disuadido de acudir a sus tribunales nacionales).

APLICABILIDAD RESPECTO DEL CONTRATO DE MULTIPROPIEDAD

En lo que a este contrato se refiere, señalar que quedaría incluido en la categoría de contratos de consumo (en este sentido se pronunció la prof.^a Velázquez con motivo de las clases teóricas). También a estos efectos señala Ricardo Pazos Castro, en el estudio doctrinal arriba citado, que con la nueva redacción del art. 15.1.c) del Reg. 44/2001 se amplían los contratos a los que éste resulta aplicable, incluyendo por ejemplo el de multipropiedad, de difícil encaje en el texto anterior, el Convenio de Bruselas de 1968. Y es que el art. 13 de dicho cuerpo legal tenía en cuenta la conducta tanto del vendedor o prestador como la del consumidor, mientras que el nuevo texto solo considera relevante, para activar los foros especiales de protección del consumidor, la conducta del primero, pero en ningún caso la del consumidor. El art. 13 del antiguo Convenio de Bruselas exigía que, cuando no se tratase de una venta a plazos de mercaderías ni de un préstamo a plazos o una operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes, como es el caso, el contrato tuviese por objeto una prestación de servicios o suministro de mercaderías y concurriesen los dos siguientes requisitos, de carácter cumulativo:

<<1.-Que la celebración hubiese sido precedida por una oferta, especialmente hecha o de publicidad, en el Estado miembro del domicilio del consumidor.

2.- Que el consumidor hubiese realizado en ese Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato>>.

Por el contrario, y como ya hemos apuntado, el nuevo Reg. 44/2001 ya no se centra en la conducta del consumidor y relaja considerablemente las antiguas exigencias de su texto precedente, de tal forma que su art. 15.1.c) se refiere ya a "*todos los demás casos*".

Otro reflejo de la necesaria protección del consumidor en el contrato de multipropiedad lo constituye la salvaguarda adicional contenida en el art. 17 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (Ley 4/2012).

Esta ley transpone la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, que derogó la anterior Directiva 1994/47/CE, cuya transposición se hizo por la Ley 42/1998, que dotó a la institución de una regulación completa, sin limitarse a la mera transposición. Se señala en el preámbulo de este cuerpo legal que, dado que en virtud del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) puede resultar aplicable la legislación de un tercer país puede (cuando los empresarios se dirigen a los consumidores mientras estos se encuentran en un país distinto de su país de residencia), la Directiva contiene una salvaguarda adicional cuando tenga competencia sobre el contrato un órgano jurisdiccional de los Estados miembros, a fin de garantizar que el consumidor no se vea privado de la protección de esta norma europea; salvaguarda que es incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en el ya citado art. 17 de la Ley 4/2012. En este mismo sentido se pronuncia la propia Directiva 2008/122/CE en su Considerando 17, al acentuar lo que sigue:

<< Las necesidades especiales de protección del consumidor que se derivan de la complejidad, la larga duración y la importancia económica que caracterizan a los contratos que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva>>.

Para ofrecer más argumentos que abogan por la aplicabilidad, al contrato de multipropiedad, de los foros especiales de protección de los consumidores, la propuesta número 15 del "Informe final de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior sobre el seguimiento de la política comunitaria en el ámbito de la protección de los adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido", de 3 de junio de 2002, recomienda lo que sigue:

<<Que se examine la posibilidad de definir la naturaleza jurídica del contrato referente al uso de inmuebles en régimen de tiempo compartido como contrato de consumo conforme al Derecho comunitario, a fin de que las disposiciones generales del Derecho comunitario referente a la protección del consumidor sean aplicables para evitar una justicia a la carta, previendo de manera general que el tribunal competente sea el del domicilio del consumidor o el del lugar en que esté situado el bien inmueble>>.

BIBLIOGRAFÍA

PAZOS CASTRO, R., "Estudio Doctrinal sobre El Contrato Celebrado en el Marco de una Actividad Comercial Dirigida al Consumidor", Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2165, abril 2014, pp. 7 y 11.

PARLAMENTO EUROPEO, "Informe final de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior sobre el seguimiento de la política comunitaria en el ámbito de la protección de los adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido", Documento de sesión, junio 2002, p.8.

Elisa Baz Zato

7.5.- Contratación electrónica

Análisis de la STJUE 7 diciembre 2010 (As. C-585/08 y C-144/09) Peter Pammer / Reederei Karl Schlüter GesmbH y Hotel Alpenhof GmbH / Oliver Heller

*IMPACTO E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO 44/2001 EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO*²²²

Introducción

Es ampliamente aceptado tanto por la doctrina como por las autoridades europeas, que uno de los principales objetivos de las Instituciones Europeas es aumentar y blindar la protección a los consumidores, entendidos estos como la parte más débil en el sector de la contratación. En concreto, sin tener en cuenta las diversas directivas²²³, siendo parte del Reglamento 44/2001 todos los Estados Miembros de la Unión, centraremos el análisis en los foros especiales de protección a los consumidores recogidos en dicho cuerpo legislativo, concretamente en el artículo 15.

El auge de las nuevas tecnologías abre un nuevo reto para el legislador comunitario. Existiendo un mundo tan globalizado e interconectado surge una paradoja, si se pretende proteger al consumidor hasta las últimas consecuencias, se entorpecerá la función misma del comercio que es el libre intercambio y la autonomía de las partes²²⁴.

Desde el Convenio de Bruselas hasta el Nuevo Reglamento 1215/2012

Ante la evolución en las técnicas de comercialización, era necesaria una reforma del antiguo artículo 13 de Convenio de Bruselas. Para incluir las operaciones realizadas a través de páginas Web se introdujo el artículo 15 *in fine* en el Reglamento 44/2001:

“O por cualquier medio dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades.”

²²² Entendido como “cualquier modo de transacción o intercambio de información con contenido comercial, en la que las partes se comunican utilizando tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo”. Definición por Guillermo Díaz Bermejo.

²²³ Reglamento UE/524/2013, de 21 de mayo, Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, Directiva 90/314/CEE del Consejo,

²²⁴ VAN BAEL & BELLIS, *Business law Guide to Belgium*, Brussels, Kluwer International, 2003: Regulation No44/2001 is likely to have a considerable impact on e-commerce, it has, from the beginning, given rise to strong criticism, (...) the broad wording of the new article 15 of Regulation (“(...) by any means directs such activities to (...)). This wording seems to imply that the mere fact that a consumer has access to a business website from its home country entails that a business will be considered to have directed its activities to the consumer’s country, regardless of the business’s intent to target consumers in that country. It is feared that this provision may discourage small businesses from using the Internet to conduct business, as it may give rise to claims from all over Europe.

En el proceso de desarrollo legislativo las posturas adoptadas tanto por el Comité Económico y Social como por el Parlamento debieron ser tenidas en cuenta. Ya que la amplitud del término dirige (“*directs*”) .Argumentando este último que el vendedor debería dirigir “intencionalmente” su actividad de manera significativa a otro Estado Miembro. Sin embargo las desavenencias en el proceso solo consiguieron una declaración conjunta de la Comisión y el Parlamento²²⁵.

En el Nuevo Reglamento 1215/2012 no se introduce novedad gramatical alguna, simplemente numérica, siendo recogido ahora en el artículo 17.1.c).

No obstante, debido a la gran confusión que generó una expresión tan general como:

“que por cualquier medio dirige sus actividades a tal o varios Estados Miembro” es de vital importancia la interpretación de los términos hecha por el TJUE, que es fuente de derecho en el sistema de derecho internacional privado europeo.

El importante papel jurisprudencial

Debido al extenso número de jueces nacionales que han de analizar el derecho europeo y aplicarlo de manera efectiva en sus tribunales, es de vital importancia prestar atención a un mecanismo como es la “cuestión prejudicial”²²⁶.

En materia de protección de consumidores, concretamente en competencia judicial centraremos nuestro estudio en la segunda cuestión prejudicial del asunto Pammer y única del asunto Alpenhof (C585/08 y C144/09). En concreto, lo relativo a la interpretación del concepto de actividad “dirigida al estado miembro del domicilio del consumidor”. Aclaran también estos asuntos lo relativo a los requisitos de aplicación del artículo 15.

La sentencia del TJUE²²⁷ viene a precisar los criterios de atribución de competencia judicial aplicables cuando el contrato es realizado a través de una página Web. Una de las grandes conclusiones es que la mera utilización de la página Web por el vendedor no es razón suficiente para aplicar el derecho de consumidores de otro estado miembro.

Criterios para determinar si el vendedor “dirige” su actividad a un Estado miembro

Cuestión previa: requisitos para aplicar artículo 15.

El primer requisito obvio es la celebración de un contrato. Debemos remitirnos en este punto a la Sentencia IIsinger²²⁸ la cual resuelve ciertos aspectos pero deja entrever que una interpretación amplia es contraria al objetivo , y que el vendedor debe ser al menos consciente de que dirige su actividad a un determinado Estado. Será el órgano judicial remitente quien determinará si existe este requisito.

Igualmente el mismo órgano determinará si se cumplen los requisitos de profesionalidad en el vendedor, el objeto del contrato y si el contrato pertenece a la actividad profesional del vendedor.

El último requisito es el que debe ser analizado en detalle, Ejercicio de la actividad en el Estado miembro del consumidor o actividad “dirigida” a dicho Estado.

²²⁵ Report COM (2009) 174 FINAL, Brussels, 21.4.2009.

²²⁶ Artículo 267 Tratado Funcionamiento Unión Europea

²²⁷ STJUE (Gran Sala) 7 de Diciembre 2010.

²²⁸ STJUE 14 mayo 2009 (C 180/06)

Análisis de la Abogado General V. TRSTENJAK

Usando el método literal, se requiere una posición activa del vendedor, en el sentido de que este ha de ser consciente y tener como objetivo atraer clientes de otros Estados Miembros. A *sensu contrario*: “La interpretación por la cual el mero acceso al sitio Internet en dicho Estado, (...) “vaciaría” de contenido el concepto de actividad dirigida”.

En la misma dirección señala la interpretación teleológica seguida por el gobierno neerlandés²²⁹, la cual es más precisa en su versión inglesa, aclarando que no es suficiente para que exista una actividad dirigida, la mera posibilidad de acceder.

Respecto a la interpretación sistemática, esta debe ser coherente con el Reglamento Roma I, así no es suficiente que el sitio Web sea accesible, es exigible que el mismo invite a celebrar contratos a distancia y que se haya realizado la contratación.

Deben tenerse en cuenta varios factores:

-Contenido de la página Web en el momento de celebración del contrato.

-La mera presencia de un correo electrónico de contacto no basta para que exista actividad “dirigida”.

-Deben observarse los contratos anteriores.

-Respecto a la lengua en la que esta redactada la página Web, es más relevante la posibilidad de ser visualizada en otro idioma que el propio, si existe dicha posibilidad existe la voluntad de celebrar contratos con consumidores externos al idioma matriz.

-El uso de un dominio nacional (ej. .nl) no excluye la posibilidad de dirección a más de un Estado miembro.

-También se tiene en cuenta el tipo de actividad realizada.

-Se atenderá también a los medios publicitarios.

En todo caso, es relevante y acertada la postura nuevamente del Gobierno Neerlandés que señala la importancia del análisis casuístico de los litigios.

Caso concreto: Análisis de la admisibilidad de exclusión expresa hacia determinados Estados.

El Abogado General plantea a mi juicio una cuestión relevante, ¿ es posible que un empresario indique en su página Web que no se dirige expresamente ciertos Estados Miembros ¿ Es esto contrario a la Directiva servicios por ser considerado una actitud discriminatoria? La postura del Abogado General es cautelosa, admitiendo las restricciones si estas son justificadas por criterios objetivos. Señala así mismo el riesgo de extremo temor a los litigios, lo que pueda restringir el comercio, pero señala a su vez que de celebrarse contratos con dichos Estados miembros el empresario no puede invocar la declaración que hizo en aras de su autonomía ya que sería contraria a la doctrina de los actos propios.

²²⁹ The Netherlands Government stresses that when interpreting Article 15(1)(c) of Regulation No 44/2001 the interests of the consumer, who wants the court that has jurisdiction to be the court of the place where he is resident, have to be balanced against the interests of the undertaking, in whose interests it would be for that court not to have jurisdiction unless it has made a conscious decision to direct its activities also to that Member State or to undertake such activities there.

Conclusión

La protección a los consumidores debe ser efectiva y no verse sobrepasada por la necesidad de regulación estricta, en este sentido se mueve las nuevas propuestas, que plantean mecanismos alternativos a la vía judicial para solucionar los litigios²³⁰.

Bibliografía

HEREDIA CERVANTES, I., *Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas web*, RJUAM, n°5 (2001) pp 69-100.

CASTELLANOS RUIZ, E., *Stream of commerce*, UC3M.

VAN BAEL & BELLIS, *Business law Guide to Belgium*, Brussels, Kluwer International, 2003.

OREN JOAKIN S.T. *International jurisdiction over consumer contracts in e-Europe*, International and comparative law quarterly n3/2003 pp 665 y ss.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento "Roma I" de 15.12.2005*, INDRET, n°3 (2006) Universitat Pompeu Fabra.

Jurisprudencia:

Asunto C585/08 TJUE.

Asunto C144/09 TJUE.

Asunto C 180/06 TJUE.

Elsa Fernando Gonzalo

7.6.- Ventas por correo con ofrecimiento de “premio”

Análisis de la STJCE 11 julio 2002 (As. C-96/00), Rudolf Gabriel

INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN A LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL

Instrumentos internacionales: el Reglamento 44/2001

Para adentrarnos en el estudio de las ventas por correo con ofrecimiento de “premio” al comprador, por lo que al Derecho Internacional Privado se refiere (y, en concreto, a la competencia judicial internacional), debemos hacer una breve referencia al marco jurídico en el que se asientan este tipo de contratos.

Así, el instrumento internacional por excelencia en cuanto a la competencia judicial internacional en materia contractual es el 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 (en adelante, Reglamento 44/2001) y su sustituto el Reglamento (UE) Núm. 1215/2012, así como el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de

²³⁰ Recomendación 98/257/CE, Directiva 2013/11/UE del PE y el CE, de 21 de mayo de 2013 señalan en la dirección que propone el Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de los conflictos.

resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007.

Este Reglamento 44/2001, conforme a su art. 68, sustituye, entre los Estados miembros, al Convenio de Bruselas de 1968²³¹, por lo que toda referencia al mismo se entiende hecha al Reglamento 44/2001 – ello será relevante a la hora de estudiar la sentencia del TJCE de 11 de julio de 2002.

Foro general y foros especiales

Según el art. 2 del Reglamento 44/2001 – de igual manera que el anterior art. 2 del Convenio de Bruselas –, la competencia judicial internacional recaerá sobre los órganos jurisdiccionales del Estado contratante en el que el demandado tenga su domicilio; es decir, establece el foro general del domicilio del demandado.

Ello se complementa con el art. 3 del mismo Reglamento, que permite que conozcan del asunto otros Tribunales, siempre que se les otorgue competencia conforme a las reglas de las siguientes secciones (secciones 2 a 7 del capítulo II). Así, se establece la posibilidad de excepcionar el foro general del domicilio del demandado.

Como veremos a continuación, las ventas por correo con ofrecimiento de “premio” al comprador, siempre que cumplan unas determinadas condiciones, parece que se entenderán como contratos celebrados por los consumidores a efectos del art. 13, n° 13, aunque no está tan clara su inclusión en dicho concepto.

VENTAS POR CORREO CON OFRECIMIENTO DE “PREMIO” AL COMPRADOR: STJCE 11 julio 2002 (Asunto C-96/00)

El asunto principal y la cuestión prejudicial. El marco jurídico

La sentencia recoge el pronunciamiento del TJCE respecto a una cuestión prejudicial que interpuso el Oberster Gerichtshof²³², inquiriendo al TJCE que se pronunciase sobre la interpretación de los arts. 5, n° 1 y 3, y 13, párr. 1°, n° 3 del Convenio de Bruselas²³³.

El asunto principal enfrenta al Sr. Gabriel, austriaco con domicilio en Austria, contra Schlink & Schick GmbH, sociedad alemana con domicilio social en Alemania, que realiza actividades de venta por correo de mercaderías en Alemania, Austria, Francia, Bélgica y Suiza.

En octubre de 1999²³⁴, el demandante (Sr. Gabriel) recibió numerosas comunicaciones personalizadas, en sobres cerrados y en su domicilio particular, afirmando que había ganado un sorteo, teniendo derecho a percibir 49.700 chelines austriacos (ATS)²³⁵, siempre que los pidiera y adquiriera mercancías en la sociedad en cuestión por importe de 200 ATS mediante el formulario de pedido adjunto. Las comunicaciones personales adjuntaban una carta con membrete de “European Credit” (con el título de “Confirmación oficial de pago”), una copia de un “vale de pago” y una “libreta de ahorro” a nombre del Sr. Gabriel, redactadas en los siguientes términos:

²³¹ “(...) salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y que están excluidos del presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. Véase art. 68 del Reglamento 44/2001 y arts. 349 y 355 TFUE, correspondientes al art. 299 TCE.

²³² El Oberster Gerichtshof es el nombre del Tribunal Supremo austriaco.

²³³ Este art. 13 del Convenio de Bruselas corresponde al actual art. 15 del Reglamento 44/2001 que recoge, no obstante, un apartado c) redactado de forma un tanto distinta al número 3 del párrafo primero del art. 13 del Convenio de Bruselas.

²³⁴ Hay que tener en cuenta que el art. 5 j de la Ley austriaca de protección de consumidores entró en vigor el 1 de octubre de 1999, por lo que ya estaba vigente al tiempo de los hechos.

²³⁵ Chelín austriaco (Schilling), moneda de curso legal en Austria antes de la introducción del Euro en 2002. El cambio oficial preestablecido fue de 1 euro igual a 13,7603 ATS.

«Estimado Sr. Rudolf Gabriel, por la presente le confirmamos de nuevo el pago por nuestra cuenta del haber en metálico por un importe total de 49.700 ATS. Adjuntamos especialmente para usted copia del vale de pago. Si quiere aprovechar su suerte y acelerar el pago de la cantidad de 49.700 ATS, sólo tiene que devolvemos la copia del vale de pago y su pedido de prueba sin compromiso. [...] Para que pueda recibir su dinero lo más rápidamente posible, le enviaré simplemente un cheque a vuelta de correo. Podrá entonces cobrarlo cuando desee en el establecimiento financiero de su elección.»

Sin embargo, en letra bastante pequeña y muchas veces en el reverso de los documentos, aparecían precisiones como que no se trataba de una promesa firma de premio, no cabía recurso alguno, o que los premios podían ser divididos en “fracciones” objeto de varios pagos parciales, etc.

Ante la insistencia de las comunicaciones y la impresión que éstas daban al Sr. García de que verdaderamente había ganado ese premio, éste cumplimentó los documentos pertinentes, realizando un pedido de artículos del catálogo superior a 200 ATS. Como respuesta, la sociedad alemana envió las mercancías, junto con los gastos de envío y seguro, pero no pagó al Sr. Gabriel el premio de 49.700 ATS, decidiendo ejercitar entonces una acción jurisdiccional reclamándole la cantidad en base al art. 5 j) de la ley austriaca de protección de los consumidores²³⁶.

Sin embargo, ante la ausencia de disposición austriaca determinante del órgano jurisdiccional nacional competente *ratione loci* para conocer del litigio, en base al art. 14 del Convenio de Bruselas – actual art. 16 del reglamento 44/2001 -, solicitó tal designación al Oberster Gerichtshof, que interpuso cuestión prejudicial ante el TJCE. La cuestión prejudicial se refiere a si el derecho que le otorga el art. 5 j) de la Ley austriaca – derecho a reclamar judicialmente a las empresas el premio supuestamente ganado tras el envío de comunicaciones prometiéndole tal premio al consumidor y habiendo éste cumplimentado las obligaciones que se le exigen para reclamar tal premio – es interpretado, conforme al Convenio de Bruselas, en el sentido de un derecho en materia de contratos del art. 13.1 n°3, o en materia contractual del art. 5.1 o en materia delictual o cuasidelictual del art. 5.3, puesto que de ello depende la designación del órgano²³⁷.

Análisis y pronunciamiento.

Como punto de partida, las circunstancias del caso a tener en cuenta para determinar si la acción que se ejercita se debe interpretar en el sentido de un artículo u otro son:

- Sujeto activo: consumidor
- Sujeto pasivo: una sociedad de venta por correo, de otro Estado contratante
- Objeto: acción reclamando la entrega de un premio, cuando ha sido remitido personalmente por medio de comunicaciones personales, dando la impresión de haber ganado un premio determinado, si encarga mercancías por un valor concreto y habiendo realizado efectivamente el encargo, en el Estado del domicilio del consumidor (demandante), conforme a la legislación de ese Estado.

Como el art. 5.1 se refiere a la materia contractual en general y el art. 13 recoge, de forma especial, los contratos celebrados por un consumidor (es decir, es una ley

²³⁶ Este art. 5 j) de la Ley austriaca de protección de consumidores fue añadida por una ley de adaptación a la Directiva 97/7/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 p.19). Véase dicho art. 5 j).

²³⁷ Para una mejor comprensión, leer los artículos 5 y 13 del Convenio de Bruselas (5 y 15 del Reglamento 44/2001).

especial), el TJCE estudia directamente si entra dentro de su ámbito de aplicación porque, si es así, será éste el sentido en que deba interpretarse (al ser una especialidad del art. 5: *lex specialis derogat legi generali*). Para ello, el TJCE recuerda que la interpretación de los conceptos empleados en el Convenio de Bruselas es autónoma, teniendo en cuenta principalmente el sistema y objetivos del instrumento²³⁸.

El art. 13 establece que sólo será aplicable si el contrato es “celebrado por un consumidor para un uso ajeno a su actividad profesional”. El objetivo principal es garantizar la protección del consumidor, considerada la parte débil y menos experta, económica y jurídicamente. Así, sólo se refiere al consumidor final privado, siempre que no realice actividades mercantiles, esté vinculado por uno de los tres contratos enunciados y se persone como parte.

Para garantizar la relación estrecha entre el contrato y el domicilio del consumidor, se exige, además, como requisitos acumulativos, que haya precedido a la celebración del contrato una oferta especialmente hecha o publicidad (en su Estado) y que el consumidor haya realizado en ese mismo Estado los actos necesarios para la realización del contrato.

En el caso, el TJCE afirma que se cumplen todos los requisitos de dicho art. 13.3, pues queda acreditado que se trata de un consumidor final privado, unido indiscutiblemente por una relación de naturaleza contractual con la sociedad alemana (el Sr. Gabriel realizó todos los actos necesarios para aceptar la oferta recibida personalmente por correo), cumpliéndose además los requisitos adicionales (recibió varias comunicaciones personalizadas, consecuencia de las cuales el Sr. Gabriel realizó los actos que se le requerían).

Además, dado que la función del art. 13 es garantizar la protección de los consumidores – sobre todo, a raíz de la contratación por Internet – y hay reiterada jurisprudencia del TJCE en contra de la multiplicidad de tribunales competentes en relación con un mismo contrato, no parece oportuno que pretensiones estrechamente vinculadas entre sí fueran objeto de conocimiento en distintos Tribunales.

Por todo ello, considera que la acción en cuestión debe interpretarse, conforme al Convenio de Bruselas (y, por tanto, también conforme al Reglamento 44/2001) en el sentido de que es una acción en materia de contratos del art. 13, párrafo primero, n°3 (art. 15 del reglamento 44/2001).

Conclusiones del abogado general Sr. F.G. Jacobs

En las conclusiones del abogado general, además del estudio de la admisibilidad de la petición (puesto que se discute si el asunto de fondo está realmente pendiente, requisito necesario para plantear una cuestión prejudicial, a lo que el abogado general considera que procede), resalto la distinción que realiza al decir que no considera adecuado establecer una regla general que sea aplicable a todas las acciones que nazcan del art. 5 j) de la ley austriaca. Así, recuerda las circunstancias específicas de este supuesto que, seguramente, no se cumplan en otros supuestos a los que también se les pueda aplicar dicho art.5, no teniendo, por tanto, la misma interpretación en relación con el Convenio de Bruselas.

En su estudio de las consideraciones relativas al art. 13 y sus requisitos (ya expuestos en el análisis de la sentencia), hace mayor hincapié en los objetivos del Convenio para la interpretación del concepto “materia contractual”, resaltando el objetivo de reforzar la protección jurídica, evitar la multiplicidad de órganos competentes en el mismo asunto y la seguridad jurídica. A este respecto, me parece

²³⁸ A este respecto, STJCE de 21 de junio de 1978, caso Bertrand, asunto 150/77, Rec. P. 1431, apartados 14 a 16; o STJCE de 19 de enero de 1993, caso Shearson Lehman Hutton, asunto C-89/91, Rec. P. I-139, apartado 13, entre otras sentencias.

interesante que las excepciones de la regla general de competencia deben interpretarse de tal forma que permitan que un demandado con información normal pueda “prever razonablemente cuál es el órgano jurisdiccional ante el que podría ser demandado, cuando no sea el del Estado de su domicilio” (a este respecto, STJCE de 17 de junio de 1992, asunto Handte).

Por ello, aunque se considere que, como excepción a la regla general, debiera interpretarse el art. 13 de forma restrictiva (por lo que, como se refiere a “oferta” y no se sabe si se trata de una “oferta” o de una “invitación”, no debería aplicarse), los objetivos de dicho artículo y, en general, del Convenio (protección de la parte débil y evitar multiplicidad de órganos competentes) hacen que la interpretación deba ser tal que la acción del asunto sea incluida porque, de lo contrario se privaría de efecto²³⁹.

CONCLUSIÓN: RESOLUCION DE LA CUESTION

Teniendo como referencia la sentencia analizada, a la cuestión “¿resultan aplicables los foros especiales en materia de contratos celebrados por consumidores respecto de ventas por correo con ofrecimiento de "premio" al comprador?” respondería, brevemente, que sí resultarían aplicables los foros especiales en materia de contratos celebrados por consumidores, en aras a la protección de éstos como parte débil de la relación contractual y a evitar la multiplicidad de órganos jurisdiccionales competentes en un mismo asunto.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO DÍAZ, B.; RODRIGUEZ BENOT, A.; RODRIGUEZ VAZQUEZ, M.A.; YBARRA BORES, A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Editorial Tecnos, 2014, pp. 41-68

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (Sala Sexta), de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, caso Rudolf Gabriel

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. F.G. JACOBS, del 13 de diciembre de 2001.

GIULIANO Y LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DO 1980, C 282, p. 1.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJCE de 11 de julio de 2002, en la página web del Gobierno de España, Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, en la sección de AECOSAN, “Estudios sobre Consumo”, Jurisprudencia de Derecho comunitario, pp. 177 y ss.

Enlace:

http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2003/EC66/EC66_12.pdf

Adaya María Esteban Ruiz

²³⁹ Entre otras, sentencia de 22 de marzo de 1983, caso Peters, asunto 34/82, Rec. p.987; sentencia de 4 de marzo de 1982, caso Effer, asunto 38/81, Rec. p.825; y sentencia Shearson Lehman Hutton, citada en la nota 8 *supra*.

7.7.- Viaje combinado

Análisis de la STJUE 7 diciembre 2010 (As. C-585/08 y C-144/09) Peter Pammer / Reederei Karl Schlüter GesmbH y Hotel Alpenhof GmbH / Oliver Heller

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA APLICABILIDAD DE FOROS ESPECIALES EN ESTA MATERIA.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de Diciembre de 2010.

Para analizar la cuestión controvertida, resulta interesante recurrir a la sentencia que citamos en el presente punto, cuya finalidad, es tratar de dar solución a dos cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia por el *Oberster Gerichtshof*, con el fin de interpretar la utilidad del artículo 15 apartado 1 letra c) y apartado 3 del Reglamento 44/2001 respecto a dos casos concretos que por su conexión resultan acumulables.

Asunto C585/08 Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG.

Nos encontramos con el que el señor Peter Pammer (en lo sucesivo, Sr. Pammer) domiciliado en Austria se enfrenta con la empresa *Reederei Karl Schlüter* cuyo domicilio social se encuentra en Alemania.

La controversia surge respecto del contrato de viaje en carguero, efectuado por ambas partes. El viaje en cuestión se contrata a través de una empresa intermediaria con domicilio social en Alemania, pero que desarrolla fundamentalmente su actividad a través de Internet.

El sr. Pammer efectúa el contrato entendiendo que los servicios contratados en dicho carguero, incluían entre otras prestaciones camarotes con duchas y WC, despachos, servicio de sala de deporte, de piscina exterior, así como de escalas que permitían realizar excursiones por distintas ciudades. Pero al llegar al carguero observa que todas estas prestaciones no se correspondían con la realidad por lo que se negó a embarcar y solicitó el reembolso de lo abonado. (8.500 euros). Reederei Karl Schlüter abonó al Sr. Pammer 3500 euros a lo que este respondió, reclamando ante el órgano jurisdiccional austriaco la cantidad restante más los intereses.

La empresa en cuestión se negó a la reclamación alegando que no ejercía actividad profesional mercantil alguna en Austria y que por tanto el tribunal austriaco era incompetente. Cuestión que fue rechazada ya que el tribunal estimó que al tratarse de un contrato de consumo (viaje combinado) si resultaba el tribunal austriaco competente. No obstante posteriormente se interpretó que el contrato de viaje en cuestión no se encontraba dentro de la categoría de contratos de transporte contemplados en el reglamento 44/2001.

El Sr. Pammer recurrió en casación esta última resolución del *Bezirksgericht Krems an der Donau* y a la hora de resolver el *Oberster Gerichtshof* se encontró ante la duda de qué se entendía por viaje combinado y que si podía incluirse el caso de autos en la actividad que llevan a cabo los cruceros y que si se comprende en el reglamento 44/2001 sección 4º del capítulo II. Ya que si así fuera, sería de aplicación el artículo 15 apartado 1 letra c) del citado reglamento.

Asunto C- 144/09 Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller.

En este caso se plantea una situación similar en cuanto a las dudas suscitadas por el órgano encargado de resolver, en este caso, el litigio surge entre el Hotel Alpenhof (sede austriaca) y el consumidor, Sr. Heller residente en Alemania.

El Sr. Heller visitó la página web del citado hotel y reservó varias habitaciones para una semana de estancia. La reserva y confirmación se efectuaron *on-line* vía correo electrónico ya que en la página web figuraba el e-mail de la empresa con ese propósito.

El Sr. Heller se mostró insatisfecho con los servicios del Hotel y se marchó sin pagar la factura. La empresa ofreció un descuento, pero el Sr. Heller no accedió, por lo que ésta interpuso recurso ante el tribunal austriaco competente con el fin de obtener los 5000 euros adeudados por el consumidor.

El Sr. Heller alegó la incompetencia del tribunal austriaco, basándose en el artículo 15 apartado 1 c) del reglamento en cuestión y determinó que solo podía ser demandado ante los tribunales de su domicilio (Alemania) pues él era el consumidor.

Ello fue desestimado, interpretando por los tribunales competentes para resolver, que el tribunal austriaco si era competente para llevar a cabo el litigio basándose en la “dirección al extranjero” que ofrecía el uso de página web para contratar los servicios de la empresa y que solo podría excluirse mediante declaración expresa sobre las relaciones comerciales del vendedor con consumidores domiciliados en estados determinados.

Además el Hotel Alpenhof interpuso recurso de revisión. Ello suscitó dudas en el tribunal que a la espera de la resolución que diese el Tribunal de Justicia respecto del asunto anterior y desconociendo si se iba a pronunciar éste en lo que atañe al caso de autos, decidió suspender el procedimiento y plantear ante el Tribunal de Justicia si bastaba con que al contratar mediante página web un servicio como el visto, bastaba para afirmar que la actividad se dirigía a ese estado en concreto.

Habida cuenta de la similitud y la conexión entre las cuestiones planteadas, se procedió a acumular las cuestiones prejudiciales y que el Tribunal de Justicia de pronunciase en una sola sentencia.

CONCEPTO DE VIAJE COMBINADO

Directiva 90/314/CEE.

A los efectos de esta directiva, se entenderá por viaje combinado, la combinación previa de, por lo menos dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida la venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia [n.p.p.1]:

- Transporte
- Alojamiento
- Otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento que constituyan una parte significativa del viaje combinado.

Reglamento (CE) N° 593/2008.

El vigésimo cuarto considerando del Reglamento n° 593/2008 exige que se haga referencia a la “actividad dirigida” como condición para aplicar la norma protectora del consumidor y que el concepto resulte armonioso con la interpretación que se puede aducir de él en el reglamento n° 44/2001, por ello para que el artículo 15 apartado 1 letra c) sea aplicable no basta con que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor o hacia varios entre los que se encuentre, sino que además es preciso, que se haya celebrado un contrato en el marco de tales actividades.

Además recuerda, que el mero hecho de que una web sea accesible a cualquier persona de cualquier estado, no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, ya que el hecho de que se utilice una lengua o una divisa determinada no supone indicio riguroso de que sea así.

CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS A LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA, RESPECTO A ESTA MATERIA.

Decisiones prejudiciales planteadas por el Oberster Gerichtshof (Austria)

Respecto del asunto C- 585/08

¿Constituye un “viaje en carguero” un viaje combinado en el sentido del artículo 15 apartado 3 del reglamento n° 44/2001?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión se acumularía a la cuestión prejudicial planteada por el litigio relativo al siguiente asunto, por lo que la segunda cuestión la observamos a continuación:

[n.p.p.1]La Comisión de las Comunidades Europeas hizo uso de la expresión “viaje combinado” y remitió expresamente a la Directiva n° 90/314 para explicar su proyecto de artículo 15 apartado 3 y cuyos términos permanecieron inalterados en la versión definitiva del reglamento n° 44/2001.

Respecto del asunto C-144/09

¿Basta con que se pueda acceder por Internet a la página web de un intermediario para que se cumpla el criterio de la actividad “dirigida” al estado miembro del domicilio del consumidor en el sentido del artículo 15 apartado 1 letra c) del reglamento n° 44/2001?

[Artículo 15 reglamento n° 44/2001] [n.p.p.2]

CONCLUSIONES Y SOLUCIÓN APLICABLE A LA CUESTIÓN PLANTEADA.

Primera cuestión planteada, asunto C- 585/08

El tribunal de Justicia entiende, que para que una prestación pueda ser calificada como “viaje combinado” en el sentido del concepto que hemos analizado en el segundo punto de este laboratorio, es suficiente que la combinación de servicios turísticos vendida por una agencia mediante precio global comprenda los servicios contemplados en la disposición de la Directiva n° 90/314 (transporte, alojamiento, servicios turísticos que constituyan parte significativa del viaje combinado).

Por lo tanto habrá de comprobarse si un viaje en carguero se corresponde con un viaje combinado en estos términos.

Segunda cuestión planteada, asunto C-585/08; única cuestión planteada, asunto C-144/09

En ambos casos el Oberster Gerichtshof trata de interpretar si el vendedor ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor en el sentido del artículo 15.1 c) del reglamento n° 44/2001 con el fin de determinar cual es el órgano competente para resolver los litigios principales.

El citado artículo constituye una excepción, tanto a la regla general del artículo 2 apartado 1 del reglamento en cuestión (atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del estado miembro del domicilio del demandado), como a la regla de competencia especial en materia de contratos del artículo 5 apartado 1 del mismo

reglamento (atribuye la competencia al órgano del lugar en que se deba cumplir la obligación).

Por ello si se considerara que la actividad del vendedor esta dirigida al estado miembro del domicilio del consumidor en el sentido del artículo 15.1 c), en el asunto C-585/08 serian competentes los órganos austriacos conforme al artículo 16.1 del mismo reglamento; en el asunto C- 144/09 serian competentes los tribunales alemanes en virtud del domicilio del Sr. Heller, en lugar de los austriacos (territorio del Hotel).

Soluciones aplicables

A efectos de aplicabilidad del artículo 15 apartado 1 letra c), el vendedor debe haber manifestado su voluntad de establecer relaciones comerciales con los consumidores de los Estados miembros a los que se dirija, entre los que se encuentre el del domicilio del consumidor, y deberá comprobarse si antes de haberse celebrado el contrato existían indicios que demostraran si el vendedor tenia o no intención de comerciar con consumidores de un Estado miembro determinado.

Entre los indicios que pretenden determinar si una actividad está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor figuran entre otras:

– Las expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores de dicho Estado

– Los gastos en un servicio de remisión a paginas web en Internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda con la finalidad de facilitar el acceso al sitio del vendedor a consumidores domiciliados en diferentes Estados miembros.

– Que contengan características como las siguientes: *mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional; la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que esta establecido el vendedor; utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros (<<.com>>); que la pagina web permita a los consumidores utilizar otra lengua o divisa distinta a la que se entiendo utilizada por el vendedor.*

[n.p.p.2] Artículo 15 Reglamento nº 44/2001:

1. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5:

a) cuando se tratare de una venta a plazos de mercaderías;

b) cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes;

c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades.

2. Cuando el cocontratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado.

3. La presente sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento.

Cristina Galán Villalba

CONSIDERACIONES PREVIAS

No hay duda de que los «viajes combinados» constituyen una parte fundamental de la actividad turística, lo que ha contribuido a que el turismo desempeñe un papel cada día más importante en la economía mundial y de un modo muy especial en España.

En 2012, España fue el segundo país que más ingresos por turismo internacional obtuvo del mundo (por detrás de Estados Unidos y el primero de Europa). Además España ocupa la cuarta posición en el ranking internacional de llegada de turistas internacionales (57,5 millones), por detrás de Francia, Estados Unidos y China, según los datos de la Organización Mundial del Turismo²⁴⁰.

Por todo ello, la Comunidad Europea considerando que las legislaciones de los Estados miembros relativas a los viajes combinados presentan muchas disparidades y que existen obstáculos a la libre prestación de servicios en relación con los viajes combinados y distorsiones en la competencia entre los operadores establecidos en los Estados miembros. Y considerando también el deber de protección de los consumidores y usuarios, entre otros motivos, se adoptó la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados²⁴¹ (en adelante Directiva 90/314/CEE)

EL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO EN LA DIRECTIVA 90/314/CEE DEL CONSEJO, DE 13 DE JUNIO DE 1990

La Directiva 90/314/CEE supuso la armonización en el ámbito europeo del concepto del contrato de viaje combinado. Siendo así, se entenderá por viaje combinado la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos: a) transporte; b) alojamiento; c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado, vendidos u ofrecidos a la venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia (art.2.1 Directiva).

TRATAMIENTO LEGAL

En el contrato de viaje combinado, el consumidor contrata con el detallista o con el organizador la prestación de unos servicios. De aquí se deriva una relación contractual entre el consumidor y la agencia de viajes y el organizador del viaje. Sin embargo, el consumidor puede reclamar directamente a los prestadores directos de servicios (transportistas, alojadores, prestadores de otros servicios complementarios, etc.) con los que trata directamente una vez iniciado el viaje y entre los que no existe una relación contractual sino extracontractual.

Reclamación contractual

Para que un consumidor obtenga el amparo de los foros de protección en materia de contratos de consumo, debe cumplir con la definición de consumidor contenida tanto en el art. 15.1 Reglamento Bruselas I como en el art. 2.4 de la Directiva 90/314/CEE. Siendo así, se define al consumidor de un viaje combinado como «la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado («el contratante principal»), la persona en nombre de la cual el contratante principal se

²⁴⁰ «España en cifras 2014», Instituto Nacional de Estadística (INE)

²⁴¹ Véase los considerandos de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

compromete a comprar el viaje combinado («los demás beneficiarios») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado («cesionario») [art. 2.4 Directiva 90/314/CEE; art. 151, g) TRLGDCU], siempre que dicha persona contrate «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional» (art. 15.1 Reglamento Bruselas I). Se excluye la posibilidad de que el consumidor pueda valerse de los foros de protección cuando se ejercen acciones colectivas. Por tanto, debe ser el consumidor personalmente el demandante o demandado en el litigio

Foros en materia de responsabilidad contractual

Se parte de la posibilidad de que sean las partes las que decidan el foro (art. 17 Reglamento Bruselas I). El acuerdo atributivo de jurisdicción puede ser expreso o tácito (art. 24 Reglamento Bruselas I) y pueden celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita (art. 23 Reglamento Bruselas I).

De no existir acuerdo de sumisión o de existir, éstos sean inválidos, los tribunales competentes serán los que determine el art. 16 Reglamento Bruselas I. Así, en caso de que el consumidor actúe como parte demandante tendrá la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor.

Cuando el consumidor sea la parte demandada, sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor.

Reclamación extracontractual

La doctrina civilista entiende que de los criterios que establece el art.124 del TRLGDCU, para todos los consumidores en general, se deriva que el consumidor puede reclamar directamente contra el prestador directo del servicio. La responsabilidad que exige el consumidor al prestador directo de servicios es una responsabilidad extracontractual, pues no existe ningún vínculo contractual entre ambos.

Si el consumidor decide reclamar directamente contra el prestador directo del servicio, ya no puede acogerse a los foros en materia de contratos de consumo, por lo que pierde la protección dispensada por éstos. Siendo así, la competencia judicial internacional vendría determinada el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, que establece que en materia delictual o cuasidelictual, serán competentes los tribunales del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.

La acción judicial frente al demandado puede ser entablada, a elección del demandante, ante el Tribunal o bien del lugar donde ha sobrevenido el daño o bien del lugar donde se ha producido el hecho causante que ocasiona el daño

También es posible una responsabilidad solidaria de los organizadores y detallistas con el prestador de servicios.

MENCION AL ASUNTO C-400/00, STJCE DE 30 DE ABRIL DE 2002.

Litigio principal

Este asunto tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo art.234 CE, por el Tribunal Judicial da Comarca do Porto (Portugal), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Club-Tour, Viagens e Turismo, S.A., y Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido, en el que participa Club Med Viagens, L.da., una decisión prejudicial sobre la interpretación del art. 2.1, de la Directiva 90/314/CEE.

El Sr. Lobo Gonçalves adquirió en Club-Tour, por el precio de 1.692.938 PTE, un viaje que incluía los billetes de avión y el alojamiento durante dos semanas, en régimen de pensión completa, en el establecimiento turístico de Gregolimano (Grecia).

Para organizar dicho viaje, Club-Tour adquirió una estancia en la agencia de viajes Club Med Viagens L.da (en lo sucesivo, «Club Med»). De esta forma, fue el Club Med, que se había encargado de efectuar las reservas necesarias en el establecimiento turístico de Gregolimano para el alojamiento, las comidas y los desplazamientos.

Desde su llegada al citado establecimiento turístico, el Sr. Lobo Gonçalves y su familia pudieron comprobar que éste se hallaba infestado por millares de avispas. Este hecho les impidió disfrutar plenamente de sus vacaciones durante toda su estancia. Por otra parte, Club-Tour no pudo acceder a la solicitud inmediata del Sr. Lobo Gonçalves para que tanto él como su familia fueran trasladados a otro establecimiento, ya que el Club Med, con quien Club-Tour había entrado en contacto, declaró que no podía encontrar rápidamente una solución alternativa válida.

Por esta razón, a su regreso, el Sr. Lobo Gonçalves se negó a pagar el precio que había estipulado con Club-Tour para el viaje. En consecuencia, esta última entidad dio comienzo a un procedimiento ante el Tribunal Judicial da Comarca do Porto con el fin de que se condenara al Sr. Lobo Gonçalves Garrido a pagar el citado precio. Ante dicho órgano jurisdiccional, Club-Tour negó, en particular, que la Directiva fuera aplicable al presente caso y afirmó que el viaje vendido no se hallaba comprendido dentro del ámbito de aplicación de ésta²⁴².

Primera cuestión prejudicial

En cuanto a la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide en esencia que se dilucide si el concepto de «viaje combinado» contemplado en el art. 2.1, de la Directiva, debe interpretarse en el sentido de que incluye los viajes organizados por una agencia de viajes a petición y por iniciativa de un consumidor o de un grupo de consumidores y según lo solicitado por éstos²⁴³.

El tribunal falla sobre esta cuestión y manifiesta que, el concepto de «viaje combinado» si debe interpretarse de esa forma.

El abogado general Antonio Tizzano, se manifiesta sobre esta primera cuestión, en el sentido de que, la Directiva no exige que el servicio sea fruto de una propuesta de la agencia al cliente ni que corresponda, salvo en los aspectos indicados, a un esquema rígido del propio servicio; en consecuencia, las posibles adaptaciones del citado esquema a solicitud de un consumidor individual no parecen aptas en sí mismas para modificar las referidas características definitorias del concepto controvertido²⁴⁴.

Segunda cuestión prejudicial

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide, esencialmente, que se dilucide si el concepto de «combinación previa» que utiliza el art.2.1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que incluye las combinaciones de servicios turísticos efectuadas en el momento en que se celebra el contrato entre la agencia de viajes y el consumidor.

El tribunal falla sobre esta cuestión en sentido afirmativo sobre ese concepto de combinación previa²⁴⁵.

²⁴² Véase el litigio principal de la STJCE de 30 de abril de 2002

²⁴³ Véase la primera cuestión prejudicial de la STJCE de 30 de abril de 2002

²⁴⁴ Punto 15 de las conclusiones del Abogado general SR. ANTONIO TIZZANO del asunto C-400/00

²⁴⁵ Véase el fallo de la STJCE de 30 de abril de 2002

Antonio Tizzano en esta segunda cuestión, se manifiesta en el mismo sentido que el Tribunal de Justicia²⁴⁶.

BIBLIOGRAFIA

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S. “El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho internacional privado”.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA “España en cifras 2014”

Sherezade Cabestrero Hernández

8.- Competencia judicial internacional en materia de contratos de seguro

8.1.- Subrogación en la posición del perjudicado

Análisis de la STJCE 17 septiembre 2009 (As. C-347/08) Vorarlberger Gebietskenkasse / WGV – Schwäbisch Allgemaine Versicherung AG

En marzo del 2006 tuvo lugar un accidente de tráfico en una autopista alemana en el que la Sra. Gaukel que tenía contratado en Alemania un seguro de responsabilidad civil con WGV-SAV chocó su vehículo con el de la Sra. Kerti cuyo domicilio en ese momento se encontraba en Bludenz (Austria) y a consecuencia del cual sufrió una distensión en las cervicales además de una incapacidad laboral. A consecuencia de ello, el organismo de la seguridad social (VGKK) realizó unas prestaciones a favor de la Sra. Kerti y basándose en la cesión legal de los derechos de ésta reclamó el pago de los gastos que habían supuesto dichas prestaciones y posteriormente, tras no realizarse el pago, ejercitó una acción de reembolso contra WGV-SAV que se defendió alegando la falta de competencia internacional del Bezirksgericht Dornbirn²⁴⁷, órgano jurisdiccional que conocía del asunto, basándose en la residencia en Alemania en el momento de interposición de la demanda de la Sra. Kerti y en la igualdad existente entre las partes del litigio por lo que no existía una “parte débil” para que pudiera acogerse a la protección del Reglamento n°44/2001. Finalmente, este recurso fue desestimado.

La VGKK interpuso un recurso de apelación ante el Landesgericht Feldkirch²⁴⁸ que señaló tres argumentos a favor de la competencia de los tribunales austriacos:

- La VGKK es parte perjudicada.
- Ésta se subrogó en todos los derechos de la Sra. Kerti invocando los derechos de ella y no los suyos propios.
- Puede reclamar la reparación de los daños ante los tribunales de donde tenía su domicilio ya que en casos de accidente grave con lesiones corporales la persona directamente perjudicada conserva su derecho de indemnización tanto material como moral.

246 Punto 28 de las conclusiones del Abogado general SR. ANTONIO TIZZANO del asunto C-400/00

²⁴⁷ Bezirksgericht Dornbirn: Tribunal de distrito de Dornbirn

²⁴⁸ Landesgericht Feldkirch: Tribunal regional de Feldkirch

No obstante, también señaló argumentos en contra:

- El objetivo de la Directiva 2000/26 es proteger a la parte más débil²⁴⁹ y un organismo de la seguridad social no puede considerarse tal.

- El artículo 11.2 del Reglamento n° 44/2001 no enuncia a un cesionario legal sino sólo a la persona perjudicada.

Por lo tanto, planteó dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronunciara:

En primer lugar, sobre si debe interpretarse la remisión del artículo 11.2 al artículo 9.1.b) del Reglamento n°44/2001 de modo que un organismo de la seguridad social subrogado *ex lege* en los derechos de la persona directamente perjudicada puede entablar ante el tribunal del lugar, ubicada en un Estado miembro en el que está situado su establecimiento, una acción directa contra la entidad aseguradora, cuando la acción directa fuera posible y el asegurador tuviera su domicilio en el territorio de un Estado miembro.

Y por último, en segundo lugar y dependiendo de la afirmación de la primera cuestión, el TJUE se debe pronunciar sobre si existe dicha competencia cuando, en el momento de interponer la demanda, la persona directamente perjudicada caree de domicilio o residencia habitual en el Estado miembro en que está situado el establecimiento del organismo de la seguridad social.

En las *observaciones preliminares* el TJUE señala que ante las divergencia lingüísticas entre los términos “víctima” y persona “perjudicada” debe realizarse una interpretación del artículo 11.2 del Reglamento n°44/2001 uniforme el Derecho comunitario lo que lleva a emplear la expresión “persona perjudicada” ya que es válida para numerosas versiones, entre ellas, la española; además, se debe tener en cuenta que la remisión que realiza dicho artículo al artículo 9.1.b) supone entender como demandantes no solo a los que han sido perjudicados directamente sino también a los que lo han sido indirectamente.

Sobre la primera cuestión prejudicial

El TJUE estima que la remisión se debe interpretar de modo que los tribunales del domicilio de la persona perjudicada serán los competentes para conocer la acción directa siempre y cuando ésta sea posible y el asegurador esté domiciliado en un Estado miembro.

En materia de seguros de responsabilidad civil que se deriva de accidentes de circulación la persona perjudicada tiene derecho a ejercitar una acción contra el asegurador ante los tribunales de su domicilio²⁵⁰. De este modo, el TJUE examina si la seguridad social subrogada *ex lege* en los derechos de la víctima tiene éste derecho.

Realizando una interpretación autónoma la VGKK es persona perjudicada porque realizó prestaciones y además se subroga *ex lege* en los derechos materiales y procesales²⁵¹. Sin embargo, la interpretación autónoma no garantiza la plena eficacia ni los objetivos del Reglamento n°44/2001 ya que la interpretación de dicho Reglamento no puede depender del Derecho interno de los Estado miembros ni comprometer su aplicación uniforme en la Comunidad.

²⁴⁹ Sentencia de 13 de diciembre de 2007, FBTO Schadeverzekeringen (C-463/06, Rec. P-I-11321).

²⁵⁰ Artículo 1.2 de la Directiva 72/166 y artículo 3 de la Directiva 2000/26 interpretados a tenor del considerando 16 bis de la Directiva 2000/26.

²⁵¹ Legislación austriaca.

Las reglas de competencia judicial se fundamentan en el principio del domicilio del demandado²⁵² con independencia de su nacionalidad. No obstante, se debe tener en cuenta las excepciones que se presentan, y en este sentido, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandas en los tribunales de otro Estado miembro cuando ello implique en materia de seguros proteger a la parte más débil con reglas de competencia más favorables a sus intereses²⁵³. El problema surge en el momento en el que un organismo de la seguridad social como es la VGKK no se puede considerar una parte económicamente débil y jurídicamente menos experimentada²⁵⁴ que un asegurador de responsabilidad civil, sí los serían como así sostiene el Gobierno español los herederos de la víctima de un accidente. Además, la jurisprudencia del TJUE sobre reglas especiales en materia de contratos de consumo sostiene que un subrogado *ex lege* que en el ejercicio de su actividad, ejercita una acción para reclamar el crédito del cedente tampoco se puede beneficiar de la protección de la parte débil luego no se aplicaran las reglas de determinación de competencia especiales²⁵⁵.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

La respuesta de la primera es negativa por lo que el TJUE elude examinar esta segunda cuestión prejudicial.

Fallo de la sentencia y respuesta a la cuestión planteada:

La respuesta de la primera cuestión prejudicial debe ser la que se tenga en cuenta en este apartado; ésta nos viene a decir que un organismo de seguridad social que se subroga *ex lege* en los derecho de la persona directamente perjudicada, no puede ejercitar una acción directa del artículo 9.1b) del Reglamento n°44/2001 ante los tribunales del Estado miembro en el que se halla su establecimiento contra la aseguradora de la otra persona parte con domicilio en otro Estado miembro.

INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA

El Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de las Islas Baleares Federico Garau ha realizado un comentario sobre esta sentencia calificándola como secuela de la “nefasta” [sentencia de TJUE de 13 de diciembre de 2007](#), en el Asunto C-463/06 (FBTO Schadeverzekeringen) ya que no se basa en el Reglamento y el TJUE ostenta un papel de legislador que no le corresponde lo que supone que en esta sentencia objeto del laboratorio el TJUE se ve obligado a recortar los derechos que anteriormente concedió.

Una de las consecuencias es que no se ha respetado la previsibilidad que deben presentar las reglas de competencia judicial internacional que establece el considerando 11 de del Reglamento n°44/2001 ya que los Tribunales tienen que determinar caso por caso la parte “jurídicamente débil”.

Por otra parte, el autor afirma que los foros de los artículos 8 y ss. se deben tener en cuenta únicamente entre las partes contratantes del contrato de seguro que son el tomador, el asegurado y el beneficiario y en este caso el perjudicado es un tercero.

Finalmente, el TJUE no tuvo en consideración que el *forum actoris* es una anomalía procesal por lo que tiene que estar expresamente previsto en el texto del Reglamento e interpretarse restrictivamente ya que su admisión da lugar a que en los

²⁵² Considerando 11 y artículo 1.2 del Reglamento n°44/2001.

²⁵³ Sección 3 del capítulo II del Reglamento n°44/2001 y sentencia de 12 de mayo de 2005, *Société financière et industrielle du Peloux*, C-112/03, Rec. p.I-3707, apartado 29.

²⁵⁴ Sentencia de 26 de mayo de 2005, *GUE Réunion européenne* y otros, C-77/04, Rec.p.U-4509, apartado 20.

²⁵⁵ Sentencia *Shearson Lehman Hutton*, apartados 20 a 24.

casos en los que existan varias víctimas se multipliquen los foros ante los que pueda interponerse la demanda contra la aseguradora rompiendo así el equilibrio entre las partes implicadas y desapareciendo nuevamente la previsibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

Infocuria:<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=84084&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=484515>

[Reglamento Bruselas I: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:es:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:es:PDF)

http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2009/09/tribunal-de-justicia-de-las-comunidades_4897.html

Rebeca Alonso García

8.2.- Demandas de un asegurador contra otros aseguradores

Análisis de la STJCE 26 mayo 2005 (As. C-77/04), Groupement d'intérêt économique (GIE), Réunion européenne y otros / Zurich España, Société pyrénéenne transit d'automobiles (Soptrans)

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Contexto en el que se plantea

STJUE de 26 de mayo de 2005 en el asunto C-77/04, esta sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial por la Cour de Cassation (Francia), en ella se plantea la interpretación del artículo 6 número 2 y lo dispuesto en la sección 3 del Título II del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Bruselas) modificado por el Convenio de adhesión de 1978 (en la actualidad R44/2001).

El litigio principal tiene su origen en un siniestro ocurrido el 13 de agosto de 1990 en un aparcamiento donde la Société pyrénéenne de transit d'automobiles (Soptrans) con domicilio social en Francia, se dedica al estacionamiento de vehículos nuevos. Soptrans está asegurada contra los daños ocasionados a tales vehículos por GIE Réunion européenne y por las sociedades Axa, sucesora de Union des assurances de Paris, Winterthur, sucesora de Neuchâteloise, Le Continent y Assurances mutuelles de France («aseguradores»), que tienen todos su domicilio social o una sucursal en Francia.

Algunos vehículos dañados pertenecían a General Motors España (GME) y estaban asegurados por Zurich España (Zurich) con domicilio social en España. Por este motivo, GME promovió un procedimiento ante los Tribunales de Zaragoza en el cual Soptrans se comprometía a pagar 120.000.000 ptas. a GME en concepto de indemnización por los daños sufridos en los vehículos. Paralelamente, Soptrans emplazó a los aseguradores ante el Tribunal de grande instance de Perpignan para que garantizaran las consecuencias de la acción que se había entablado contra ella en el órgano jurisdiccional español.

A su vez, los aseguradores interponen ante el citado Tribunal francés demanda sobre obligaciones de garantía contra Zurich en virtud de una norma del Código de Seguros francés, sin embargo, Zurich rechaza la competencia de este Tribunal en favor del de Barcelona (donde está su domicilio social). El Tribunal francés se consideró competente y Zurich recurrió en apelación ante la Cour d' appel de Montpellier que los declaró incompetentes. Acto seguido recurren los aseguradores en casación ante la Cour de Cassation alegando que la demanda sobre obligaciones de garantía basada en la acumulación de seguros no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 11 del Convenio y, que entre los requisitos para la aplicación del artículo 6, número 2, del Convenio no se mencionaba la existencia de un vínculo de conexión entre la demanda principal y la demanda sobre obligaciones de garantía. Entonces la Cour de Cassation decide suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial.

Cuestiones que se proponen

1. "Está sujeta a lo dispuesto en la sección 3 del título II del Convenio de Bruselas una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en un litigio entre aseguradores, en materia de seguros, que no esté basada en un contrato de reaseguro, sino en una acumulación de seguros o en una situación de coaseguro?" ²⁵⁶ Es decir, tenemos que determinar si resultarán de aplicación los arts. 7-12 del Convenio, a una demanda sobre obligaciones de garantía basada en una acumulación de seguros.

2. "¿Se aplica el artículo 6, número 2, para determinar el tribunal competente en el supuesto de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en un litigio entre aseguradores? En caso de respuesta afirmativa, ¿se exige para dicha aplicación que exista conexión entre las distintas demandas en el sentido del artículo 22 del Convenio o, por lo menos, que se pruebe la existencia de un vínculo suficiente entre dichas demandas que ponga de manifiesto la inexistencia de una desviación de fuero?" ²⁵⁷ Es decir, tendremos que determinar si resulta aplicable el art. 6.2 del Convenio a una demanda sobre obligaciones de garantía, y en caso positivo, establecer si es necesario que exista un vínculo suficiente entre la demanda principal y la demanda de obligación de garantía.

SOLUCIÓN DEL CASO

Solución en el caso concreto

En lo relativo a la aplicabilidad de la sección 3 del Título II del Convenio de Bruselas, esta sección persigue la protección de la parte débil del contrato, cuando el asegurado en muchas ocasiones se encuentra ante un contrato de adhesión en el que las cláusulas no son negociables, sin embargo, estamos en un caso en el cual las dos partes son profesionales del sector de los seguros, de manera que no es posible apreciar una "parte débil" a los efectos de invocar la protección que concede la mencionada sección, por la cual operaría el foro general del domicilio del demandado, contemplado en el artículo 4 R44/2001, es decir, serían competentes los Tribunales de Barcelona. Según lo establecido anteriormente, la demanda sobre obligaciones de garantía no estaría incluida dentro de esta sección 3, ya que "La función de protección de la parte contratante que se presume económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada que la otra parte contratante, que desempeñan estas disposiciones, implica, que la aplicación de las reglas de competencia especial previstas al respecto por el Reglamento debe extenderse a personas para quienes esta protección está justificada de la misma manera que deberá rechazarse si el efecto protector no está plenamente justificado." ²⁵⁸

²⁵⁶ STJUE de 26 de mayo de 2005, as. C-77/04, p I. 4528, ap. 15.1

²⁵⁷ STJUE de 26 de mayo de 2005, as. C-77/04, p I. 4528, ap. 15.2

²⁵⁸ FERNÁNDEZ MARTÍN, M.J, *Seminario Universidad Complutense de Madrid- SEAIDA, el nuevo régimen comunitario de los contratos de seguros*, Madrid, 2009, p. 10.

En cuanto a la segunda cuestión y para el supuesto de que fuera desestimada la aplicación de la Sección 3, Zurich alega con carácter subsidiario que no se cumplen los requisitos del art. 6.2 y que por tanto, no sería aplicable.

Sin embargo, este artículo 6.2 establece lo siguiente: También podrán ser demandados... "si se tratare de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, ante el tribunal que estuviere conociendo de la demanda principal, salvo que ésta se hubiere formulado con el único objeto de provocar la intervención de un tribunal distinto del correspondiente al demandado".

Según se desprende de este litigio existe una relación intrínseca entre la demanda interpuesta contra un asegurador para que indemnice unas consecuencias que se había comprometido a cubrir y el procedimiento por el cual este asegurador incoa a otro asegurador a contribuir a dicha indemnización, ya que estaba comprometido a cubrir las mismas consecuencias. Aunque realmente, corresponde al juez nacional determinar que no existe una desviación de fuero.

De manera que si el Juez nacional determina que la demanda no se establece ante el Tribunal francés con la intención de provocar la intervención de un Tribunal distinto al del domicilio de demandado, el procedimiento va a continuar y Zurich se tendrá que personar ante el Tribunal de Grande Instance de Perignan que va a ser el competente para conocer del asunto al estar conociendo de la cuestión principal, sin embargo, "el punto 2 del artículo 6 debe ser interpretado en el sentido de que no obliga al Juez nacional a admitir la demanda sobre obligaciones de garantía y de que éste, puede aplicar las reglas procesales de su Derecho nacional para apreciar la admisibilidad de la demanda, siempre y cuando no menoscabe la eficacia del Convenio en la materia y, en particular, siempre que no funde la inadmisión de la demanda sobre obligaciones de garantía en el hecho de que el garante resida o esté domiciliado en el territorio de un Estado contratante distinto del Estado del Juez que esté conociendo de la demanda principal." ²⁵⁹

Respuesta a la pregunta planteada

En cuanto a la pregunta planteada inicialmente, sobre si son operativos los foros de competencia especiales en materia de contratos de seguros cuando se interpone una demanda entre un asegurador y los demás aseguradores, la respuesta es que no resultan operativos estos foros de competencia especiales, pues resulta operativo el artículo 6.2 del R44/2001, por el cual se permite que las personas domiciliadas en un Estado miembro sean demandadas en otro Estado miembro "si se tratara de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, ante el Tribunal que estuviere conociendo de la demanda principal, salvo que esta se hubiera formulado con el único objeto de provocar la intervención de un Tribunal distinto del correspondiente al demandado."

En este caso no opera la sección 3 del Título II de competencias especiales en materia de seguros, porque esta sección está destinada a la protección de la parte débil del contrato, y entendemos que hay parte débil cuando esta es una persona individual sin conocimientos en la materia o, en muchas ocasiones, sin capacidad para negociar las disposiciones del contrato. Sin embargo, cuando hablamos de una demanda interpuesta entre un asegurador y otro/s asegurador/es no podemos considerar que haya parte débil, ya que las dos partes son profesionales del sector. De modo que no opera aquí el foro general del domicilio del demandado que resulta operativo en los contratos de seguros (arts. 8-14 R44/2001).

Mi opinión es coincidente con la del TJUE, pues la Sección 3 del Título II del Reglamento 44/2001, concede una protección especial al asegurado, la cual se le

²⁵⁹ STJUE 15 de mayo de 1990, Hagen, C-365/88, p. I 1866, ap. 20

atribuye por considerarse que los medios económicos así como los conocimientos en la materia de esta parte no pueden ser asimilables a los del asegurador, entendiendo por tal a una entidad o persona jurídica dedicada a esta actividad en el tráfico económico. Por ello, cuando el litigio se genera entre dos aseguradoras en una obligación de garantía, estamos ante dos entidades con conocimientos en la materia y con medios económicos similares, de manera que supondría una descompensación injusta para una de las partes aplicar estos foros de competencia especiales.

De manera que habrá que tener en cuenta el artículo 6.2 del Reglamento sobre obligaciones de garantía que permite interponer demanda ante el Tribunal que está conociendo de la demanda principal, si este juez no aprecia una intención de desvío de foro.

BIBLIOGRAFÍA

STJUE de 26 de mayo de 2005, as. C-77/04.

FERNÁNDEZ MARTÍN, M.J, *Seminario Universidad Complutense de Madrid-SEAIDA, el nuevo régimen comunitario de los contratos de seguros*, Madrid, 2009.

STJUE 15 de mayo 1990, Hagen, as. C-365/88.

Celia Bueno Hernández

8.3.- Inclusión de cláusulas de sumisión en las pólizas de seguros

Análisis de la STJCE 12 mayo 2005 (As. C-112/03), Société financière et industrielle du Peloux / Axa Belgium y otros

En primer lugar señalar que el instrumento internacional que es de aplicación a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 12 de mayo de 2005, es el *Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*; puesto que el caso data de marzo de 2001 y el *Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* no comienza a ser aplicable hasta el 1 de marzo de 2002. Así, según dispone el artículo 68 del Reglamento 44/2001, éste sustituye entre sus Estados miembros las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968.

Para poder determinar la competencia judicial internacional en esta materia, y poder establecer la validez de los pactos de sumisión, debemos acudir a las normas en materia de *contratos con parte débil*²⁶⁰, especialmente a lo contenido en el Convenio de Bruselas de 1968 sobre los contratos de seguros, incluido en la Sección 2 del Título II relativo a la competencia judicial de los artículos 7 al 12²⁶¹.

A tal efecto, el artículo 12.1 del Convenio de Bruselas de 1968²⁶² admite los acuerdos atributivos de competencia siempre y cuando sea posterior al nacimiento del litigio, de modo que, en principio, quedan prohibidas las cláusulas de sumisión

²⁶⁰ El contrato de seguros es considerado un contrato de adhesión, porque el asegurador dispone el contrato con ciertas condiciones generales y el asegurado simplemente debe adherirse a lo ya dispuesto en él. De este modo, se entiende que el asegurado se encuentra en una especial situación de debilidad frente al asegurador, por lo que es comúnmente aceptado que debe protegerse dicha situación.

²⁶¹ En el Reglamento 44/2001 la competencia en materia de seguros se encuentra en la Sección 3ª del Capítulo II sobre Competencia, dispuesto entre los artículos del 8 al 14.

²⁶² Se corresponde con el artículo 13.1 del Reglamento 44/2001, cuya redacción es la misma.

contenidas en pólizas de seguros. Por ello, y contestando a nuestra pregunta, cabría decir que la sumisión que se contiene en una póliza de seguros no es válida ya que supondría que ésta ha sido realizada con anterioridad y vulneraría lo dispuesto en el artículo anteriormente citado.

A pesar de ello, esta regla no es absoluta y el artículo 12 (en los apartados del 2 al 5) señala ciertas circunstancias que harían que un pacto de sumisión realizado de forma previa en un contrato, fuese igualmente válido. Las circunstancias que establece el artículo son:

- Permitan al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario formular demandas ante tribunales distintos a los indicados en la presente Sección. Así se pretende que la cláusula de sumisión amplíe los foros ante los que se puede presentar la demanda.

- Que, habiéndose celebrado entre un tomador de seguro y un asegurador domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado contratante en el momento de la celebración del contrato, atribuyan la competencia a los tribunales de dicho Estado, a no ser que la ley de éste prohíba tales convenios.

- Se celebren con un tomador de seguro que no esté domiciliado en un Estado miembro, a no ser que se trate de un seguro obligatorio o se refiera a un inmueble situado en un Estado miembro²⁶³.

- Que se refieran a un contrato de seguro que cubra uno o varios riesgos de los enumerados en el artículo 12 bis²⁶⁴.

En estos casos, cabría decir que el acuerdo de sumisión en las pólizas de seguros sí es válido; eso sí, deben estar suficientemente garantizados los intereses del asegurado.

Volviendo al caso de la STJUE de 12 de mayo de 2005, en base al apartado 3º del artículo 12 se estipuló la competencia de los tribunales franceses, puesto que se encontraban domiciliados en el mismo Estado miembro tanto el tomador del seguro como el asegurador. Pero el problema que se nos plantea es si dicho acuerdo de sumisión expresa que se incluyó en la póliza de seguros de forma válida, puede oponerse al asegurado beneficiario del contrato (distinto del tomador del seguro) que no ha aceptado expresamente la cláusula, y que se encuentra en otro Estado miembro diferente al competente en virtud del pacto de sumisión.

Ante esto, el artículo en cuestión no establece ninguna solución por lo que en la resolución del supuesto se han establecido conclusiones opuestas al respecto:

- Según *Reino Unido* y los *coaseguradores belgas*, dicha cláusula de sumisión expresa sí tiene eficacia frente al tercero asegurado ya que si las partes contratantes hubiesen querido lo contrario lo hubiesen establecido en el contrato.

En este sentido, señalan la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) de 14 de julio de 1983²⁶⁵ la cual indica que “en un contrato de seguro celebrado entre el asegurador y el tomador del seguro, suscrito por este último en su propio nombre y a favor de terceros ajenos al contrato, y que contiene una cláusula de prórroga de la competencia referente a los litigios que pudieran plantearse por dichos terceros, éstos últimos, incluso si expresamente no hubiesen suscrito tal cláusula, podrán invocarla siempre que se haya cumplido el requisito de forma

²⁶³ En lo relativo a seguros sobre bienes inmuebles, existen normas específicas que permiten demandar al asegurador ante el tribunal del lugar en el que se hubiera producido el hecho dañoso.

²⁶⁴ En el Reglamento 44/2001, sería lo dispuesto en su artículo 14.

²⁶⁵ *Gerling Konzern Speziale Kreditsversicherungs-AG* y otros c. *Amministrazione del Tesoro dello Stato*.

escrita²⁶⁶, en las relaciones entre el asegurador y el tomador del seguro y que el consentimiento del asegurador se haya manifestado con claridad con relación a este extremo”.

La sentencia consideró que el Convenio de Bruselas de 1968 ha previsto expresamente la posibilidad de pactar cláusulas de prórroga de la competencia, las cuales son establecidas tanto a favor del tomador del seguro, que efectivamente es parte del contrato, como a favor del asegurado y el beneficiario, los cuales no son partes del contrato si los sujetos de tomador y asegurado o beneficiario no coinciden.

Por ello, deducen que el Tribunal de Justicia ya ha admitido la oponibilidad de la cláusula de prórroga de la competencia al asegurado beneficiario, sin que éste reúna necesariamente los requisitos establecidos en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre los requisitos de forma que deben cumplir los pactos de sumisión expresa.

• Por otra parte, la *Comisión* entiende que ante el silencio que opera en el artículo 12.3 del Convenio de Bruselas de 1968 con respecto al tercero asegurado o beneficiario, debe entenderse que dichas personas se encuentran en una situación distinta con respecto a las partes que efectivamente realizan el pacto de sumisión y que son nombradas en el artículo (tomador del seguro y asegurador). Es por ello que el asegurado beneficiario no quedaría vinculado por la cláusula de sumisión expresa contenida en una póliza de seguros en el cual no se le menciona, lo cual se desprende de la protección *automática e imperativa* que se garantiza al asegurado, que se constituye como parte débil al adherirse a un contrato en el cuál no ha negociado y el cual no puede causarle perjuicio alguno.

Finalmente, se estableció que no cabe oponer dicha cláusula al asegurado que no la suscribió y que se encuentra en un Estado miembro distinto, puesto que solo es oponible entre el tomador y el asegurador (domiciliados en el mismo Estado miembro), de modo que para que sea eficaz frente al asegurado necesitaría de su consentimiento explícito, considerándose que de esta manera se le está protegiendo.

En conclusión, y en relación a la cuestión que nos es de interés, cabe afirmar que las cláusulas de sumisión expresa que se contienen en pólizas de seguros *sí son válidas*, siempre que cumplan con los requisitos que el artículo 12 del Convenio de Bruselas de 1968 señala al efecto, y que se corresponde con el artículo 13 del Reglamento 44/2001.

Eso sí, en el caso de que se quiera oponer dicha cláusula de prórroga de competencia a un tercero que no participó en dicho contrato y que está domiciliado en un Estado miembro distinto, como es el caso del asegurado o beneficiario del seguro cuando es distinto al tomador del seguro, ésta no le afectará en tanto en cuanto no la haya aceptado expresamente, puesto que el fin de los preceptos en materia de contratos con parte es su protección en relación a la especial situación en la que se encuentran, de modo que se evite la imposición de determinadas cláusulas con motivo de su adhesión sin haber negociado previamente los términos. Aun así, nos encontramos ante una cuestión controvertida debido al silencio en la redacción del artículo 12.3 del Convenio de Bruselas de 1968 y del artículo 13.3 del Reglamento 44/2001, al no mencionar al tercero asegurado o beneficiario.

María García de Pablos

²⁶⁶ Previsto en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 y correspondiente al artículo 23 del Reglamento 44/2001.

9.- Adopción de medidas provisionales y cautelares

Análisis de la STJCE 28 abril 2005 (As. C-104/03), St. Paul Dairy Industries NV / Unibel Exser BVBA

Objeto

Nos encontramos frente a una sentencia del TJCE (sala primera) de 28 de Abril de 2005. Dicha sentencia tiene por objeto la interpretación del art 24 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, teniendo en cuenta sus modificaciones y adhesiones pertinentes. En definitiva, el objeto del litigio hace referencia a las medidas provisionales o cautelares, y en concreto, al examen de testigos antes de la acción judicial que es posible en el ordenamiento jurídico neerlandés.

Partes en el litigio

Las partes del proceso son St. Paul Dairy y Unibel. Ambos domiciliados en Bélgica. La competencia será la de los tribunales belgas pero la demanda se presenta ante los tribunales de Países Bajos, al encontrarse el testigo domiciliado en este estado, lo que determinaría el elemento extranjero del litigio.

Actuaciones llevadas a cabo antes de la STJCE

Las actuaciones hasta llegar a la sentencia fueron: la autoridad judicial de Países Bajos decreto auto por petición de UNIBEL del examen provisional de testigo domiciliado en los Países Bajos; Recurso de apelación por parte de St. Paul Dairy alegando incompetencia del juez neerlandés; el juez neerlandés suspende el procedimiento y plantea ante el TJCE cuestiones prejudiciales.

Cuestiones prejudiciales

Las cuestiones prejudiciales son las siguientes:

a) ¿Entra dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas la institución del examen provisional de testigos antes de formular la demanda (regulado en los arts. 186 y ss de la LECN*), evitando que se pierdan las pruebas y que se ofrezca a los interesados en una eventual acción ante el juez de lo civil?

b) ¿Puede constituir una medida en el sentido del art 24 Convenio de Bruselas?

CONTENIDO DE LA SENTENCIA:

Concepto de medida cautelar o provisional

Las medidas provisionales o cautelares son las que, según la definición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tienen por objetivo proteger derechos cuyo reconocimiento, por otra parte, se pide al juez, preservando al mismo tiempo el statu quo tanto de hecho como de derecho.

Mediante la adopción de medidas cautelares se pretende evitar que la sentencia, por el simple paso del tiempo del procedimiento, pueda llegar demasiado tarde y no servir para nada al damnificado.

Regulación institucional actual

Los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012 copian en sus arts.31 y 35, respectivamente, lo previsto en el art 24 del Convenio de Bruselas de 1968, lo cual considero que el legislador europeo podría haber mejorado dicho precepto y haber establecido una serie criterios para mejorar la interpretación de las medidas cautelares o provisionales de los Estados Miembro de la UE.

No presenta concurrencia con el Reglamento 44/2001 ya que entro en vigor el 1 de marzo de 2002 y la resolución judicial estudiada se cito el 5 de febrero de 2002.

Por tanto, no se cumple el ámbito temporal del Reglamento 44/2001 y es aplicable el Convenio de Bruselas de 1968.

Posiciones controvertidas en la Sentencia

A continuación establezco una síntesis de las opiniones de Estados miembros de la UE y de la propia comisión y jurisprudencia del TJUE acerca de la medida provisional o cautelar del examen previo de testigos.

-Alemania considera que no entra dentro del ámbito de aplicación del Convenio ya que no podría establecerse el reconocimiento y ejecución de la medida adoptada.

-Reino Unido considera que el art 24 no excluye las medidas provisionales previas a entablar una acción. Pero considera que no se cumplen las garantías procesales necesarias para que se admita la medida provisional o cautelar que estamos aludiendo.

-La comisión y la jurisprudencia del TJUE consideran que el examen previo de testigos no cumple la condición de reversibilidad que caracteriza a las medidas provisionales del art 24.

-Es evidente que respecto al derecho Neerlandés si existe la posibilidad de que se realice un examen de testigos antes de la acción judicial. La parte que alega dicha posibilidad considera que entra dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 debido a la finalidad de la medida provisional o cautelar expuesta.

Opinión crítica

Para dejar claro mi punto de vista voy a diferenciar entre dos cuestiones, éstas son las siguientes:

1) *Si me parece adecuado la medida provisional o cautelar del derecho neerlandés (examen previo de testigos).*

Sobre esto debo hacer referencia a dos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico: arts. 293 y 298 LEC. El art 293 considera posible solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas. Aunque en el art 298 LEC se establecen los requisitos. Nos encontramos frente a un tema muy controvertido, opino que las medidas cautelares o provisionales deben de tomarse en cuenta de forma limitada. No creo que deban de admitirse todo tipo de medidas provisionales o cautelares. Solo deberían de ejecutarse las medidas que se encuentren debidamente justificadas para que se ejerzan de forma previa al juicio. No deben considerarse como una información a todo ciudadano a ver si un litigio le puede resultar favorable o desfavorable con la prueba testifical de los testigos. También creo que debido a las circunstancias del litigio si se puede considerar la posibilidad de un examen previo de testigos. Ejemplo de ello sería si por la avanzada edad del testigo o por enfermedad mortal del testigo, pueda perderse dicha prueba testifical. Por tanto, sólo quedaría

justificado como medio para garantizar el instrumento probatorio que posteriormente sea aportado en un proceso posterior.

Por ello, concluyo respecto a este tema que el examen previo de testigos en el ordenamiento jurídico neerlandés es una medida provisional acertada y justificada para garantizar los hechos y derechos de un litigio posterior.

2) Si considero que dicha medida se encuentra en la interpretación del art 24 del Convenio de 27 de septiembre de 1968.

Primero debo de incidir en el art 24 del Convenio de Bruselas de 1968, en dicho precepto establece que pueden aplicarse las medidas provisionales o cautelares previsto en la ley de un Estado contratante (derecho neerlandés) aunque conozca del fondo del asunto otro Estado contratante.

Uno de los principales problemas que me surgieron a estudiar la sentencia es la amplitud que da la resolución en cuanto si se encuentra o no. En concreto, establece que no se considera dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968.

Mi opinión crítica al respecto en este caso es contraria a la resolución citada. Es cierto que debe de haber uniformidad en la UE respecto a temas judiciales si queremos que pueda reconocerse y ejecutarse las sentencias en otros Estados miembros de la UE. Pero en este caso, hay conflictos de intereses entre ciertos Estados (Alemania, Reino Unido...) cuyo poder en la UE considero superior al de otros Estados parte y por tanto, considero que la resolución se encuentra condicionada a las posturas de esos dos Estados originarios de la UE.

Aún así, es cierto que considerar que la medida provisional o cautelar del examen previo de testigos pueden tener conflictos en el momento de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales por otros estados miembros de la UE. Pero dicho conflicto es salvado por la interpretación teológica que presenta la medida estudiada. La cuestión prejudicial es clara y hace referencia a evitar que se pierdan las pruebas y que se ofrezca a los interesados en una eventual acción ante el juez de lo civil. Este motivo nos indica cual es la pretensión de la medida provisional o cautelar del examen previo de testigo y por tanto, estaremos frente a una medida que podríamos incluir en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968.

En conclusión, la aplicabilidad del Convenio depende del fin concreto que persiga el examen provisional de testigos, si sería aplicable para esclarecimiento de hechos y siempre que constituya un medio para conservar un instrumento probatorio, con el fin de aportarlo a un proceso posterior. Sí es para la organización de los procedimientos del proceso no.

Finalizo este comentario jurisprudencial considerando que la sentencia estudiada trata un tema demasiado relevante para un criterio tan amplio y tan inútil. Es un criterio interpretativo para los demás tribunales de los Estado miembros de la UE que considero excesivamente débil. Para el caso concreto es evidente que establece que no entra dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968. Y con todo lo expuesto he de decir que no coincido con la sentencia y su determinación de poca especificidad de las cuestiones prejudiciales planteadas.

BIBLIOGRAFÍA

http://ec.europa.eu/civiljustice/interim_measures/interim_measures_gen_es.htm

REGLAMENTO (UE) N.º 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2012 RELATIVO A LA COMPETENCIA

JUDICIAL, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL (REFUNDICIÓN) (DO L 351, DEL 20)

Reglamento (CE) n° 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.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344069925?blobh>

<http://practico-civil.es/vid/concepto-medidas-cautelares-proceso-civil-380389334>

Juan Manuel de la Flor Lillo

Análisis de la STJCE 31 marzo 1982 (As. 25/81), CHW / GJH

CUESTIONES GENERALES A CERCA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES.

Concepto de medidas provisionales y cautelares

Las medidas a las que el artículo 31 del Reglamento 44/2001, antiguo artículo 24 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, se caracterizan por ser²⁶⁷:

- Provisionales: Estas medidas que se toman a través de un procedimiento anterior a aquel que se encarga de resolver el fondo del asunto, son revisables en el procedimiento principal. El objetivo de esta es preservar los derechos que constituye el objeto de la acción principal.

- Urgentes: Esta característica supone que dado que la acción principal se lleva a cabo a través de un procedimiento dilatado, en ocasiones para preservar los derechos de la acción principal se hace necesario tomar medidas de este tipo. Es decir, son necesarias para preservar los derechos de la acción principal

Solicitud de las medidas provisionales y cautelares.

¿Ante que órgano jurisdiccional deben presentarse la solicitud de medidas provisionales y cautelares?

Esta cuestión está regulada en el artículo 31 del Reglamento 44/2001, en el artículo 35 del Reglamento 1215/2012, que sustituirá a partir del 10 de enero del 2015 al Reglamento 44/2001, tiene la misma redacción que el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968. Estos artículos establecen expresamente: “*Podrán solicitarse las medidas provisionales y cautelares (...) incluso si, en virtud del presente reglamento, un tribunal de otro estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.*”

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.²⁶⁸ reconocen que es necesario el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales que otorgan medidas cautelares y provisionales. Esto es porque estas medidas no se ejecutan en los mismos estados en el que está localizado el tribunal que se encarga de conocer del

²⁶⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. SÁNCHEZ LORENZO.S. *Derecho internacional privado*, 7 edición, Navarra, Ed. Thomson- civitas, 2013. pp 89 y 90

²⁶⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. SÁNCHEZ LORENZO.S. *Derecho internacional privado*, 7 edición, Navarra, Ed. Thomson- civitas, 2013. p 89

fondo del asunto. Y dado que esto dilataría demasiado el procedimiento es por ello que se admite la posibilidad de solicitar estas medidas ante otros tribunales.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.²⁶⁹ hablan del problema de interpretación básico de estos artículos. Porque en ellos se habla de la posibilidad de plantear la petición de medidas cautelares o provisionales ante los tribunales de otros estados distinto del tribunal encargado de conocer el fondo del asunto, pero no aclara ante que tribunales es sino que deja la posibilidad abierta.

Se habla de dos posturas doctrinales:

- La primera postura defiende que el tribunal ante el que puede plantearse esta solicitud es el del estado en el que deben ejecutarse dichas medidas.

- La segunda corriente doctrina, defiende que son competentes los tribunales de un estado miembro, distinto al competente para conocer del fondo del asunto, de acuerdo a lo establecido en el derecho autonómico y estatal.

La redacción del TJCE en ocasiones ha sido también ambigua y no ha solucionado este problema de interpretación. En la STJCE de 17 de noviembre de 1998, se declara que puede presentarse la solicitud de medidas cautelares ante el tribunal de cualquier estado con el que el caso concreto presente algún vínculo de conexión.

¿Qué medidas provisionales y cautelares pueden solicitarse?

Esta cuestión, al igual que la anterior, se regulada en el artículo 31 del Reglamento 44/2001, en el artículo 35 del Reglamento 1215/2012 y en el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968. En estos artículos se establece expresamente: “*Podrán solicitarse las medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un estado miembro a las autoridades jurisdiccionales de dicho estado.*” Esto quiere decir que si acudimos a los tribunales españoles para solicitar medidas provisionales o cautelares, podrán aplicarse todas aquellas medidas que la legislación española reconozca. En el punto 11 de la STJCE de 31 de marzo de 1982, se confirma esta cuestión.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1982

Esta sentencia resuelve la cuestión problemática utilizando el Convenio de Bruselas de 1968, este convenio fue sustituido por el reglamento 44/2001 que va a ser sustituido por el Reglamento 1215/2012, el 10 de enero del 2015. Pero todos estos instrumentos institucionales tiene una redacción muy similar y su regulación sobre las medidas cautelares se mantiene sin cambios, por lo que la jurisprudencia del TJCE sigue siendo válida para los nuevos reglamento.

Sobre la sentencia vamos a analizar los punto que se refieren a las medidas cautelares y provisionales y no los que hacen referencia a otras cuestiones.

En la cuestión primera y segunda de la sentencia se trata de resolver si el convenio es o no aplicable al caso concreto. Para poder aplicar algún prefecto, antes del antiguo convenio, o ahora del Reglamento 44/2001 y en el futuro del Reglamento 1215/2012 necesitamos que se cumplan los distintos ámbitos de aplicación. Entre los que está el ámbito de aplicación material.

En este caso concreto nos encontramos con la duda de si las medidas que se pretenden, están dentro del ámbito material o no del convenio. En esta sentencia se

²⁶⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. SÁNCHEZ LORENZO.S. *Derecho internacional privado*, 7 edición, Navarra, Ed. Thomson- civitas, 2013. p 90

resuelve un litigio entre dos cónyuges sobre cuestiones que están relacionadas con las relaciones matrimoniales. En el artículo 1.1 del convenio se excluye expresamente del ámbito de aplicación material del convenio las relaciones matrimoniales por lo que a este caso no podemos aplicar el convenio. El TJCE entiende que cuando el prefecto hace referencia a régimen matrimonial no se está refiriendo sólo al régimen económico, sino a la totalidad de las relaciones patrimoniales directamente resultantes del vínculo conyugal o de su disolución. Y en este caso estamos en un litigio sobre bienes de los cónyuges en trámite de divorcio por lo tanto ante una materia claramente excluida.

No se cumple el ámbito material que necesariamente tiene que cumplirse para que el convenio sea aplicable. Por lo que no estamos ante un supuesto al que se le pueda aplicar el convenio, habrá que acudir a algún otro convenio y en ausencia de régimen institucional o convencional, habrá que acudir al régimen autonómico o estatal. Al no estar una materia incluida en el convenio no podemos aplicar tampoco las disposiciones referentes a las medidas cautelares.

En la misma sentencia se plantea la posibilidad de si se puede aplicar el artículo 18, sobre la sumisión tacita a los tribunales de un estado miembro. La conclusión a la que se llega es la misma, al ser la materia del caso una materia excluida del convenio no se puede aplicar ningún prefecto de dicho convenio, por lo que tampoco el artículo 18 sobre la sumisión tacita.

También se plantean en la sentencia cuestiones de tipo sucesorio o testamentario, estas materias también están excluidas expresamente del convenio en el artículo 1 por lo que tampoco se aplicara el convenio para resolver estas cuestiones.

En la cuestión tercera punto 12 se afirma que el artículo 24 se aplica en el supuesto en el que un órgano jurisdiccional de un estado contratante concede medidas provisionales, cuando los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo de la cuestión son los de otro estado contratante. Pero para ello es necesario que la materia del caso este dentro del ámbito de aplicación material del convenio.

CONCLUSIONES

Para poder aplicar las disposiciones del reglamento y en consecuencia para aplicar el artículo 31 del Reglamento 44/2001 y el 35 del nuevo reglamento 1215/2012, tienen que cumplirse los diferentes ámbitos de aplicación. El ámbito de aplicación material de los instrumentos analizados son las materias civiles y mercantiles, pero en el artículo 1 se excluyen del ámbito de aplicación algunas materias.

Si queremos solicitar medidas provisionales o cautelares podremos acudir al régimen institucional del convenio y de los reglamentos mencionados pero deben cumplirse los distintos ámbitos.

BIBLIOGRAFIA

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. SÁNCHEZ LORENZO.S. *Derecho internacional privado*, 7 edición, Navarra, Ed. Thomson- civitas, 2013.

Seila Sánchez Gil

Análisis de la STJCE 27 marzo 1979 (As. 143/78), Jacques de Cavel / Louise de Cavel y de la STJCE 6 marzo 1980 (As. 120/79), Louise de Cavel / Jacques de Cavel

Introducción

Se me planteó el análisis de un par de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de finales de los setenta y principios de los ochenta, estrechamente relacionadas entre sí. Ambas enfrentaban a las mismas partes: un marido y una mujer en proceso de divorcio. Y ambas versaban sobre el mismo interrogante: si el proceso de reconocimiento y ejecución del antiguo Convenio de 27 de Septiembre de 1968 sobre competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (el actual Reglamento 44/2001), era aplicable a las medidas cautelares derivadas de un proceso de divorcio.

Hete aquí el problema: el art.1 de dicho Convenio dictado para materia civil y mercantil excluía de su ámbito de aplicación el estado y la capacidad de las personas físicas y los regímenes matrimoniales. El sentido de haber excluido de ámbito material de aplicación del Convenio estos sectores del Derecho civil responde a la lógica de que existen grandes diferencias entre los fundamentos que los distintos Estados miembros utilizan para declararse competentes a este respecto, y a que las legislaciones relativas al divorcio se encuentran fuertemente entremezcladas con las actitudes sociales, morales y religiosas de cada Estado.

A pesar de encontrarse dicho sector del Derecho civil excluido, se solicita el reconocimiento y ejecución en Alemania de una medida cautelar dictada en Francia en el marco de un procedimiento de divorcio. Por eso, el tribunal alemán que debía hacer ejecutiva dicha medida, planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial: ¿es o no aplicable el Convenio de 1968 a dichas medidas cautelares?

Las respuestas de ambas sentencias disienten entre ellas, pero todo depende de los detalles de cada una de las medidas cautelares, que analizaré a continuación.

Las diferentes medidas cautelares del caso

Comenzaremos por el principio, el caso controvertido en la primera sentencia, la de 1979. Las conclusiones del abogado general Sr. Jean-Pierre Warner presentadas en febrero de 1979, antes de que se dictara la primera de las sentencias que hoy nos ocupan, nos coloca en antecedentes. Viene a decir lo siguiente:

En enero de 1977, el Sr. Jacques de Cavel (en adelante, “marido”) inició ante los tribunales franceses un procedimiento de divorcio de su mujer, la Sra. Lusie de Cavel (en adelante “mujer”). El marido, un francés que trabaja en Alemania y la esposa de origen alemán. Ambos poseían un apartamento en Cannes y otro en Frankfurt. Parece ser que ella se trasladó al apartamento francés en 1976 y vendió unas valiosas alfombras que formaban parte del inmueble, al igual que ciertos objetos de valor del apartamento alemán. Debido a esto, el marido adjuntó a su demanda de divorcio ante los tribunales franceses una petición de medidas cautelares: que se precintara el inmueble de Frankfurt y una caja fuerte alquilada a nombre de su mujer en un banco de la misma ciudad; y en segundo lugar, el embargo de dos cuentas bancarias a nombre de su mujer en dos bancos alemanes.

No conforme con las negativas a la ejecutividad de la medida provisional en instancias anteriores, recurrió por segunda vez en apelación ante el Bundesgerichtshof, que planteó cuestión prejudicial ante el TJUE: ¿era posible la aplicación del Convenio de 1968 a una resolución como la adoptada por el juez francés, porque se trata de una resolución accesoria a un procedimiento relativo al estado de las personas o a los regímenes matrimoniales?

El caso era harto litigioso, enfrentando a las mismas partes en relación a otro tipo de medida cautelar en el marco del mismo proceso de divorcio un año después. Sin embargo en este caso la recurrente era la mujer, que reclamaba a su marido la ejecución de una medida provisional adoptada por un juez francés por la que se le concedía una pensión alimenticia mensual.

Las diferentes soluciones a las que llega el TJUE

Seguiré el orden cronológico en el que se dictaron las sentencias. Por lo que hablaremos primero de la medida cautelar relativa al precinto de los bienes y el embargo de las cuentas.

El Bundesgerichtshof, tribunal alemán que presentó la cuestión prejudicial, había preguntado al TJUE si era inaplicable al caso concreto el Convenio de Bruselas de 1968 por tratarse a un procedimiento accesorio a otro relativo al estado de las personas o a los regímenes matrimoniales (materia excluida en el número 1 del párrafo segundo del art. 1 del Convenio).

Se abrieron dos frentes: del lado del marido recurrente se encontraba la Comisión que consideraba dentro del ámbito de aplicación del convenio este tipo de procesos, y del lado de la mujer demandada en el procedimiento principal, el Gobierno de Reino Unido y la entonces República Federal Alemana consideraban todo lo contrario.

Estos últimos plantearon sus alegaciones en torno a dos preguntas: ¿Es aplicable el Convenio de 1968 a una resolución accesorio dictada en el marco de un procedimiento sobre una materia excluida de su ámbito de aplicación? En caso de ser afirmativa esta respuesta planteaban lo siguiente: ¿Afectan unas medidas como las del caso que analizamos (embargo de bienes y precinto de inmuebles) al estado de las personas físicas o a los regímenes matrimoniales en el sentido del apartado segundo del art. 1 del Convenio de 1968?

No obstante, los argumentos de la contraparte fueron bastante más sólidos. Indagaron en el sentido de los artículos llegando a la acertada conclusión de que el hecho determinante para que el Convenio sea o no aplicable no depende del tipo de procedimiento elegido o del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado el litigio. Todo depende del fondo del asunto. Además, dejaban de lado el tema de una posible indefensión del sistema recordando la posibilidad que da dicho texto legal al reconocimiento parcial de resoluciones judiciales en su art. 42.

En cuanto a la segunda pregunta, sobre si el embargo afectaba al estado de las personas, la respuesta es obviamente negativa. Sin embargo, no queda tan claro en cuanto a los regímenes matrimoniales, puesto que, el término “regímenes matrimoniales” no cuenta con el mismo significado en los diferentes países miembros del Convenio, y la regulación que se da en cada uno de ellos cuenta con importantes diferencias. El TJUE terminó optando por una noción amplia según la cual entra dentro del régimen matrimonial no solo los regímenes económicos concebidos exclusivamente para los matrimonios, sino que también incluye todas las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución.

Se llegó a una conclusión: dañaría el objetivo del Convenio si para cada reconocimiento de una decisión judicial se tuviera que investigar el origen de los derechos de propiedad en juego, es decir, si provienen de un régimen matrimonial como el de gananciales tan extendido en España, o bien, tienen otro origen no relacionado tan estrechamente con el vínculo matrimonial. Dada la complicación que supondría comprobar el origen de esos derechos, la solución más práctica sería la expuesta por el Abogado General Jean-Pierre Warren: debería presumirse que una decisión en relación a un litigio sobre bienes entre cónyuges queda fuera del ámbito de

aplicación del convenio, salvo que, a simple vista pueda comprobarse que no es el caso.

En definitiva, el Abogado General llega a la siguiente conclusión que tendría en cuenta el TJUE a la hora de decidir sobre la cuestión prejudicial: una medida cautelar dictada por un Estado miembro en el marco de un procedimiento de divorcio, por estar incluida dentro del marco de un procedimiento referente a una materia excluida, no suponía por sí solo la inaplicación del Convenio de Bruselas de 1968. Sin embargo si se encontraría en este caso fuera del ámbito material de aplicación, puesto que la medida provisional afectaba a bienes objeto de un litigio entre las partes, a menos que se compruebe que los derechos objeto del litigio nacieron de manera separada e independiente al vínculo matrimonial.

La sentencia del TJUE antes de anunciar su decisión hace una acertada referencia al art. 24 del Convenio. Dicho artículo habla sobre la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante un Estado contratante cuando un órgano jurisdiccional del otro Estado contratante es competente en virtud de este texto legal. Sin embargo, no podrían aplicarse medidas cautelares relativas a materias excluidas del Convenio sin dañar los cimientos mismos de este. Por tanto, determina el tribunal que las resoluciones judiciales sobre medidas cautelares como la del caso que se nos presenta (embargo y precinto de bienes en el marco de un proceso de divorcio) se encuentran fuera del ámbito de aplicación material del Convenio. Esto es así, dado que esas medidas se encuentran estrechamente vinculadas a cuestiones relativas a relaciones jurídicas patrimoniales derivadas del vínculo conyugal, materia excluida en el art. 1 del Convenio.

Por lo tanto el TJUE respondió a la primera cuestión prejudicial de la siguiente manera:

<<Las resoluciones judiciales por las que se adoptan medidas de aseguramiento provisionales –como la colocación de precintos o el embargo de los bienes de los cónyuges– en un proceso de divorcio no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, tal como se define en su artículo 1, dado que dichas medidas afectan o están estrechamente vinculadas a cuestiones relativas bien al estado de las personas implicadas en el proceso de divorcio o bien a relaciones jurídicas patrimoniales, que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución.>>

El segundo caso, la reclamación para hacer ejecutiva la medida cautelar de pensión de alimentos, era harina de otro costal. Se volvió a plantear al TJUE si el art. 31 del Convenio, relativo a la ejecución de resoluciones dictadas en otro estado miembro, era aplicable para hacer efectiva la medida cautelar que se presentaba, o si quedaba fuera del ámbito de aplicación del Convenio de acuerdo a las excepciones de su art. 1.

Estaba claro que la materia de la pensión compensatoria mensual quedaba dentro de la materia del Derecho Civil. Sin embargo, este tema en concreto no se encontraba incluido dentro de las excepciones del art. 1 del Convenio, por tanto, dado que se trata de una lista *numerus clausus*, debía considerarse dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Es más, el apartado segundo del art. 5 del mismo texto legal confirma lo expuesto, erigiéndose como una excepción a la regla general. Dice expresamente dicho artículo:

<< Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro estado contratante (...) en materia de alimentos, ante el tribunal del lugar del domicilio o la residencia habitual del acreedor de alimentos o, si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal

competente según la ley del foro para conocer de ésta, salvo que tal competencia se fundamente exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes >>

Por tanto solo quedaba eliminar la posibilidad que el hecho de haber sido dictada la medida cautelar en el marco de un proceso sobre una materia excluida del ámbito de aplicación del Convenio afecte al objeto de lo reclamado y por tanto también deba ser excluido.

Nada en el contenido del Convenio conecta el resultado de las decisiones accesorias con las del procedimiento principal. Es más, el art. 42 antes citado, permite el reconocimiento parcial de resoluciones cuando estas contienen decisiones en parte incluidas en el ámbito material del Convenio y en parte no.

Por tanto, al igual que en el caso de la anterior medida cautelar, lo decisivo para que ésta entre o no en el ámbito de aplicación del Convenio es su propia naturaleza y no la del procedimiento principal del que emana.

Es más, vuelve a citar la anterior sentencia para aclarar que la naturaleza provisional o no de las resoluciones judiciales no determina su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio.

Por lo tanto, el TJUE respondió en este caso a la cuestión prejudicial de un modo bien distinto:

<< El convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p.32; EE 01/01 p.186) es aplicable, por un lado, a la ejecución de una medida provisional adoptada por un Juez francés en un proceso de divorcio, por la que se concede a una de las partes una pensión alimenticia mensual y, por otro lado, a una prestación compensatoria provisional, pagadera mensualmente, concedida a una de las partes mediante una sentencia de divorcio francesa con arreglo a los artículos 270 y siguientes del Code civil francés. >>

Conclusión

Por tanto, el punto decisivo en ambos casos no era el procedimiento principal, si la materia sobre la que versaba estaba o no incluida en el ámbito de aplicación del Convenio, sino que las medidas cautelares, como procedimientos independientes incluidos dentro del procedimiento principal, podían llegar a tener un carácter diferente de este. Es decir, se debía indagar la materia que estas comprendían para así determinar si se encontraban o no incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio.

El problema hoy ha quedado de sobra solventado gracias a la confección y firma por parte de los miembros de la Unión Europea del actual Reglamento 2201/2003, de 27 de Noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sus predecesores del 2000 y 1998. Dicho convenio se diseñó para su aplicación en determinados sectores del derecho civil como el divorcio. Esta solución quedaría incompleta de no ser por el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Referencia a las sentencias comentadas:

- STJUE de 27 de marzo de 1979.

o Conclusiones del Abogado General Sr. Jean-Pierre Warren (presentadas el 22 de febrero de 1979.

- STJUE de 6 de marzo de 1980.
- o Conclusiones del Abogado General Sr. Jean-Pierre Warren (presentadas el 31 de enero de 1980).

Tania Sánchez Ahumada

III.- Problemas de aplicación

1.- Control de oficio

Análisis de la STJCE 7 marzo 1985 (As. C-48/84), Hannelore Spitzley / Sommer Exploitation SA

INTRODUCCIÓN

Estamos ante una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (en adelante TJCE) que trata un litigio entre *Hannelore Spitzley vs Sommer Exploitation*, en la cual se plantea la interpretación de dos normas del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo convenio), sobre la prórroga de la competencia.

En atención ha dicho litigio, se plantean cuestiones prejudiciales de diversa índole, pero referidas a los preceptos 17 y 18 del convenio. El litigio surge entre la empresa Sommer Exploitation (en adelante Sommer), cuyo domicilio social se encuentra en Neuilly (Francia) y la Sra. Spitzley propietaria de una empresa situada en la República Federal Alemana, el cual se produce a causa del pago de una serie de tejidos. Se plantea la causa del litigio ante los tribunales alemanes.

PLANTEAMIENTO DE LOS HECHOS

El litigio comienza por una demanda interpuesta por Sommer a la Sr. Spitzley por la reclamación del pago de unos tejidos ante los tribunales alemanes. Ante la demanda, la Sra. Spitzley alegó que en lugar de pagar las deudas, se compensaría con ciertas cantidades que a su marido le debía la empresa Sommer, a causa de un contrato de representación comercial entre el Sr. Spitzley y Sommer (hay que tener en cuenta que el Sr. Spitzley cede de forma válida los derechos derivados del contrato con Sommer a su esposa) Más adelante la Sra. Spitzley realiza una petición de compensación de esas deudas.

No obstante, en dicho contrato (el pactado entre Sommer con el Sr. Spitzley) ambas partes habían establecido una cláusula de atribución de competencia a favor de los tribunales del domicilio social de Sommer, es decir, se le atribuye la competencia a los tribunales franceses para conocer de cualquier litigio que surgiera en relación con dicho contrato pactado entre las partes contratantes.

Ante tal situación expuesta anteriormente, por el acuerdo surgido entre las partes, los tribunales alemanes deberían de declararse incompetentes, no obstante, el comportamiento del Sommer ante tal situación es que comparece ante los tribunales alemanes, refiriéndose no a su demanda presentada, sino a petición de compensación, sin impugnar la competencia de los mismos ni alegando la competencia exclusiva atribuida anteriormente a los tribunales franceses.

Ante tales hechos, se plantean cuestiones prejudiciales ante el TJCE para que resuelva el problema.

ARTÍCULOS 17 Y 18 DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968

Concepto de sumisión expresa a un tribunal de un estado contratante

Según establece el art. 17 del acuerdo, la sumisión expresa, se trata de un acuerdo verbal o escrito o verbal ratificado por escrito, entre las partes de un contrato (alguna de ellas domiciliada en un estado contratante), en el cual se asigna un tribunal o tribunales de un Estado contratante para conocer de los litigios, presentes o futuros, nacidos de una relación jurídica determinada, tal tribunal o los tribunales de ese Estado serán los únicos competentes. Por lo cual, esto deriva en que la competencia exclusiva para conocer de los litigios que surjan entre las partes, será de aquellos tribunales que los mismas designen (autonomía de la voluntad de las partes).

Estos pactos o acuerdos de sumisión expresa serán validos si no son contrarios a las disposiciones de los arts. 12 y 15, o si excluyen la competencia de tribunales cuya competencia sea exclusiva en virtud del artículo 16 (foros de competencia exclusiva).

Diferenciación entre sumisión expresa y sumisión tácita

En virtud del art. 18 del convenio, la sumisión tácita se trata de la comparecencia del demandado ante un tribunal un Estado contratante ante el que comparezca el demandado, atribuyéndolo de esa manera competencia. Esta regla será aplicable siempre y cuando la comparecencia tiene por objeto cuestionar la competencia (es decir, impugnar su competencia) o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 16 (foros de competencia exclusiva).

En este caso no hay un acuerdo explícito ni es previo al litigio, sin embargo, se entiende que es el tribunal competente dado que el demandado no discute sobre su competencia, comparece sin impugnar la competencia y así, la consiente. Sin embargo, ambas sumisiones tienen el carácter común de dejar a las partes elegir los tribunales competentes.

Interpretación de los artículos 17 y 18 por parte del TJCE

El demandante en este caso, no entra a debatir la competencia, sino el fondo de la cuestión, entre a cuestionar sobre la petición de compensación alegada por la otra parte, y para la que el dicho tribunal no es competente, se opone a lo dispuesto pero no alega nada sobre la impugnación de la competencia de ese tribunal, por lo cual, aquí se entendería una prórroga de la competencia del art. 18 del convenio, eso sí, cumpliendo una serie de condiciones que se necesitan para la petición de compensación.

Además, con respecto a dicho acuerdo atributivo de competencia del art. 17, no se establece nada a que las partes de forma voluntaria planten el litigio ante otro tribunal del estado contratante distinto al designado, dado que tiene que primar la voluntad de las partes, eso sí, respetando los límites y condiciones. A mayores, este litigio al no afectar al art. 16, se puede considerar legítimo el cambio de órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

CONCLUSIÓN

En lo relativo al planteamiento de este litigio, se llega a la conclusión que la actuación realizada por Sommer es válida, y que no infringiría las normas establecidas en el convenio, dado que aunque hubiera un acuerdo previo al litigio sobre la competencia del juez que debía conocer. En lo relativo al planteamiento de este

asunto, se llega a la conclusión que la actuaciones realizada por Sommer es válida, y que no infringiría las normas establecidas en el convenio, dado que aunque hubiera una acuerdo previo al litigio sobre la competencia del juez que debía conocer del asunto, al entrar a debatir el demandado ante una petición de compensación, se entiende que dicho tribunal que conoce de la demanda principal y que además no se ha impugnado la competencia, da a entender que las partes tienen la voluntad de que el tribunal alemán conozca del asunto.

No obstante, el sistema general y el espíritu del convenio exigen que se apliquen las mismas normas a las demandas principales, a las reconveniciones y a las peticiones de compensación, de esta manera se evita la multiplicidad de procedimientos y se aplica el principio de economía procesal²⁷⁰.

Por lo cual, dicho órgano sería competente, con arreglo del art. 18 del convenio, dado que, aunque no sea la demanda principal, se tiene que proceder con el mismo órgano para la petición de compensación, sin plantear problema alguno y fundamentándose en el principio de economía procesal.

En consecuencia, no es necesario el control de oficio de la competencia del juez ante el que se presenta la demanda, aunque haya un pacto de sumisión expresa a favor de otro estado del que esta actuando, si estamos ante el caso concreto de que las partes comparecen y no impugnan la competencia. Esto surge porque lo que debe primar es la voluntad de las partes, la autonomía de sus pactos y sus decisiones, eso sí, siempre dentro de los límites y de las condiciones establecidas por las normas imperativas del convenio (no ocurriría lo mismo con el precepto del art. 16, ya que si se da esa circunstancia, no prima la elección de la partes y el órgano tendrá que declararse incompetente de oficio).

Marta Durán de la Fuente

2.- Litispendencia

2.1.- El control de la competencia del juez que conoció primero

Análisis de la STJCE 27 junio 1991 (As. C-351/89), Overseas Union Deutsche Ruck, Pine Top / New Hampshire

OBJETO Y PARTES EN EL PROCESO:

Debemos comenzar haciendo una breve referencia al objeto del proceso así como a las partes implicadas en el mismo.

Por un lado, en esta resolución dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), las partes implicadas son de una parte Overseas Union Insurance Limited, Deutsche Ruck UK Reinsurance Limited, Pine Top Insurance Company Limited y de otra New Hampshire Insurance Company.

Por otro lado, en el año 87, New Hampshire Insurance Company demanda a Deutsche Ruck y Pine Top ante un tribunal parisino para que los demandados hicieran frente a una deuda dineraria en relación a unos contratos de reaseguros. A principios del año siguiente, la parte activa que había iniciado el proceso anterior, New Hampshire, inicia un procedimiento análogo ante el mismo Tribunal contra

²⁷⁰ Slynn G. *Conclusiones del abogado general*, pp. 393 y 394

Overseas Union Insurance Limited. Las dos partes pasivas en el primer proceso, Deutsche Ruck y Pine Top propusieron formalmente una cuestión de competencia del órgano ante el que se presenta la demanda y Overseas Union Insurance Limited manifestó su intención de proponerla. A mediados del año 88, las partes pasivas en el anterior proceso iniciado por New Hampshire Insurance Company, presenta otra demanda alegando que no se hayan obligados a cumplir las obligaciones que se desprenden de los contratos de reaseguros. Ante tal situación, el Tribunal ante el que se presenta esta demanda decide suspender el procedimiento hasta que sea resuelto el primero, en virtud del art. 21 del Convenio de 27 de septiembre del 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil, cuestión que fue apelada ante la Corte de Apelación por las partes demandantes en este segundo proceso y dicha Corte decide suspender el procedimiento al entender que existe un problema de interpretación del art. 21 del mencionado Convenio y plantea una serie de cuestiones.

Problemas que se presentan ante el TJUE:

Las cuestiones que presenta la Corte de apelación ante el TJUE son las siguientes: se puede aplicar el art. 21 independientemente del domicilio de las partes en ambos procesos, sólo el aplicable ese artículo si sólo una de la parte demandada en el segundo proceso tiene domicilio en Estado contratante o si al menos una de las partes en los dos procesos tiene domicilio en Estado contratante; está obligado el Tribunal ante el que se presentó la segunda demanda a suspender el procedimiento; en caso de que éste no esté sometido a tal obligación puede estar obligado o puede examinar la competencia del primer Tribunal y de ser afirmativa esta última cuestión cuales serían los límites dentro de los que el segundo Tribunal pudiera examinar la competencia del primer Tribunal.

Resolución dada por el TJUE:

La solución dada por el TJUE en relación a la primera cuestión consiste en que es de aplicación el art. 21 del Convenio con independencia del domicilio de las partes al entender que en dicho precepto no se menciona nada relativo al domicilio de los contendientes. Además, este Tribunal busca su fundamento en jurisprudencia dictada por él:

<El Tribunal de Justicia ha declarado, en sentencia de 11 de enero de 1990, Dumez France y Tracoba (C-220/88, Rec. p. 1-49), que el objetivo del Convenio consiste fundamentalmente en favorecer el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales fuera del Estado en que fueron dictadas y que, a tal efecto, resulta indispensable limitar los riesgos de incompatibilidad de las resoluciones judiciales, motivo de denegación de reconocimiento o de exequátur con arreglo al punto 3 del artículo 27 del Convenio>.

<El Tribunal de Justicia ha señalado, en la citada sentencia de 8 de diciembre de 1987, Gubisch, que dicha disposición figura, junto al artículo 22, relativo a la conexidad, en la Sección octava del Título II del Convenio, Sección que, en aras de una buena administración de la justicia en la Comunidad, pretende evitar procesos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de diferentes Estados contratantes y los conflictos entre resoluciones judiciales que pudieran resultar de los mismos. De ahí que esta normativa tenga por objeto que no se produzca desde el principio, en la medida de lo posible, una situación como la prevista en el punto 3 del artículo 27, a saber, el no reconocimiento de una resolución judicial por ser inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado requerido. De ello se deduce que, para alcanzar dichos objetivos, debe hacerse una interpretación amplia del artículo 21, que abarque, en principio, todas las situaciones de litispendencia ante órganos jurisdiccionales de Estados contratantes, con independencia del domicilio de las partes>.

En respuesta al resto de cuestiones que se presentan ante el TJUE, el Tribunal ante el que se interpone la segunda demanda sólo podrá suspender el procedimiento, pero en ningún caso podrá examinar la competencia del primer Tribunal, siempre y cuando haya oposición a la competencia del Tribunal ante el que se presentó la primera demanda, salvo que el Tribunal donde se presenta la segunda demanda goce de una competencia exclusiva recogida en el presente Convenio. El TJUE, justifica esta solución en los art. 16 relativo a las competencias exclusivas. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

<Se trata de evitar conflictos negativos de competencias, puede alcanzarse sin que el Tribunal ante el que se formuló la segunda demanda ejerza un control sobre la competencia de otro órgano jurisdiccional>.

<El Tribunal ante el que se formuló la segunda demanda no está en ningún caso en mejores condiciones que el Tribunal ante el que se formuló la primera demanda para pronunciarse sobre la competencia de este último” y “os supuestos en que el Tribunal de un Estado contratante puede efectuar un control de la competencia del Tribunal de otro Estado contratante se enumeran taxativamente en el artículo 28 y en el párrafo segundo del artículo 34 del Convenio. Dichos supuestos corresponden a la fase del reconocimiento o de la ejecución y sólo se refieren a determinadas normas sobre competencia especial o exclusiva que tienen carácter imperativo o de orden público. De ello resulta que, al margen de dichas excepciones taxativas, el Convenio no autoriza el control de la competencia de un Tribunal por el Tribunal de otro Estado contratante>.

Conclusión:

Atendiendo a lo que dispone el art. 27 del Reglamento 44/2001, en un supuesto de litispendencia cuando exista identidad de objeto y causa, el Tribunal que conocer en segundo lugar debe suspenderá de oficio el procedimiento hasta que se declare competente el primero y desde el mismo momento en que este último se declare competente, el segundo se tiene que inhibir el favor del primero.

En cuanto al Reglamento 1215, por lo que respecta a la regulación de la litispendencia, se regula del mismo modo que en el Reglamento 44/2001 y el Convenio de 1968: cualquier órgano de otro Estado miembro deberá suspender el procedimiento hasta que el órgano que conoció en primer lugar se declare competente y desde el momento en que éste se declare competente el que conoció en segundo lugar se tiene que inhibir a favor del primero, con la única excepción de que se traten de competencias exclusivas, donde conocerá el órgano al que se le reserve dicha competencia exclusiva con independencia de que conozca en primer o segundo lugar. Sin embargo, este Reglamento incorpora una serie de reglas para evitar dobles procedimientos relativos a la misma causa, objeto y sujetos. Las novedades que introduce este nuevo instrumento son por un lado: reglas que no se refieren únicamente a dobles procedimientos que surjan entre Estados miembros, sino que también van a ser resueltos conforme a esta norma supuestos de litispendencia entre Estados miembros y terceros Estados y por otro lado: se introduce la obligación de cooperar entre los órganos a efectos de determinar cual fue el que conoció en primer lugar.

BIBLIOGRAFÍA:

RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 1.ª ed., Madrid, Tecnos, 2014, pp. 65-67.

Nieves Areli Rodríguez Herrera

2.2.- Atribución de la competencia mediante sumisión expresa

Análisis de la STJCE 9 diciembre 2003 (As. C-116/02), Erich Gasser GmbH / MISAT Srl

Problema de litispendencia internacional en relación con la interpretación del artículo 21 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²⁷¹.

El Convenio de Bruselas de 1968 ha sido sustituido por el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Marco jurídico:

Artículo 16 del Convenio de Bruselas:

Son exclusivamente competentes, consideración del domicilio (...).

Artículo 17 del Convenio de Bruselas:

Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán los únicos competentes.

Tal convenio atributivo de competencia deberá celebrarse:

- a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita, o
- b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieren establecidos entre ellas, o
- c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

(...)

No surtirán efecto los convenios atributivos de competencia ni las estipulaciones similares de documentos constitutivos de un trust si fueren contrarios a las disposiciones de los artículos 12 y 15 o si excluyeren la competencia de tribunales exclusivamente competentes en virtud del artículo 16.

(...).

Artículo 19 del Convenio de Bruselas:

El tribunal de un Estado contratante, que conociere a título principal de un litigio para el que los tribunales de otro Estado contratante fueren exclusivamente competentes en virtud del artículo 16, se declarará de oficio incompetente.

²⁷¹ Convenio de Bruselas de 1968: es el antecedente inmediato del Reglamento 44/2001. Nace a partir del artículo 293 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea fue modificado en 1997 por el Tratado de Ámsterdam, en el cual se introdujo el artículo 65, dicho artículo dio lugar a la conversión del Convenio de Bruselas por el actual Reglamento 44/2001.

Artículo 21 del Convenio de Bruselas:

Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados contratantes distintos, el tribunal ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera.

Cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declare competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquél.

Los hechos y el procedimiento:

La empresa Erich Gasser GmbH²⁷² con domicilio social en Dornbirn (Austria), durante varios años vendió ropa para niños a la empresa MISAT Srl²⁷³, con domicilio social en Roma (Italia).

El 14 de abril del año 2000, MISAT interpuso una demanda contra Gasser ante el Tribunale civile e penale di Roma²⁷⁴ (Italia).

El 4 de diciembre de 2000, Gasser interpuso una demanda contra MISAT ante el Landesgericht Feldkirch²⁷⁵ (Austria). Gasser justificó la competencia del órgano jurisdiccional alegando que se trataba del tribunal del lugar de ejecución del contrato. Además Gasser reivindicó la competencia de dicho tribunal en virtud de un convenio atributivo de competencia. Alegó que todas las facturas giradas a MISAT figuraba como órgano jurisdiccional competente en caso de litigio el tribunal en cuya jurisdicción se encuentre Dornbirn, MISAT aceptó todas las facturas sin oposición. Estos datos son acordes con los usos y costumbres vigentes en el comercio, por tanto las partes celebraron un convenio atributivo de competencia de conformidad con lo regulado en el artículo 17 del Convenio de Bruselas.

MISAT alegó que el órgano jurisdiccional competente es el del lugar en el que el demandado tiene su domicilio, en virtud del foro general del domicilio del demandado establecido en el artículo 2 del Convenio de Bruselas. Negó la existencia de convenio atributivo de competencia y sostuvo que había ejercitado previamente una acción basada en la misma relación comercial ante el Tribunale civile y penale di Roma, alegando litispendencia regulada en el artículo 21 del Convenio de Bruselas.

Por tanto, en base a lo señalado en el artículo 21 del Convenio de Bruselas, el Landesgericht Feldkirch decidió suspender el procedimiento hasta el Tribunale civile y penale di Roma declarase su competencia. Confirmó su competencia como tribunal del lugar de ejecución del contrato aunque no resolvió la cuestión de la validez del convenio atributivo de competencia.

Gasser acudió ante el Oberlandesgericht Innsbruck²⁷⁶ planteando un recurso de apelación, solicitando que no se suspendiera el procedimiento y que el Landesgericht Feldkirch se declarase competente. Ante este recurso el Oberlandesgericht Innsbruck declaró la existencia de litispendencia, ya que las demandas interpuestas compartían el mismo objeto y la misma causa. Declaró que no se cumplían los dos primeros requisitos señalados en el artículo 17, pero afirma que se cumple el requisito señalado en la letra c) del párrafo primero, ya que el comportamiento de las partes corresponde a un uso del comercio internacional.

²⁷² Gasser.

²⁷³ MISAT.

²⁷⁴ Corte penal y civil de Roma.

²⁷⁵ Tribunal Regional de Feldkirch.

²⁷⁶ Tribunal de Apelación de Innsbruck.

Cuestiones prejudiciales:

El Oberlandesgericht Innsbruck decide plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Un órgano jurisdiccional nacional puede plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial basándose en alegaciones que no han sido comprobadas?

Respuesta del Tribunal de Justicia y conclusión del abogado General:

El Tribunal de Justicia y el Abogado General, respecto a esta primera cuestión, se pronuncian a favor de que un órgano jurisdiccional nacional, pueda plantear ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Convenio de Bruselas sobre las alegaciones de una parte aun cuando no ha comprobado si son fundadas.

El órgano jurisdiccional en todo caso tiene que proporcionar al Tribunal de Justicia los elementos de hecho y de Derecho para permitir dar una interpretación acorde al Convenio de Bruselas y además tiene que indicar las razones por las cuales considera necesaria dicha interpretación para resolver el litigio.

2) El órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda, en virtud de un convenio atributivo de competencia, tiene competencia exclusiva ¿puede examinar la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda? o ¿tiene que proceder de acuerdo a lo establecido en el artículo 21?

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia:

El Gobierno de Reino Unido y Gasser responden de forma afirmativa a esta cuestión, manifiestan que los artículos 16 y 17 del Convenio de Bruselas deben interpretarse en el mismo sentido, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen que apreciar de oficio la aplicación del artículo 17, y si procede, tienen que declararse incompetentes.

El tribunal al cual designa el convenio atributivo de competencia se encuentre en una posición más favorable para pronunciarse sobre la validez de la cláusula de sumisión.

Para evitar que se dicten resoluciones irreconciliables será el tribunal ante el que se plantea la primera demanda el que tiene que suspender el procedimiento hasta que el tribunal ante el que se plantea la segunda demanda se pronuncie sobre la cláusula que le atribuye la competencia.

De forma contraria se manifiestan MISAT, el Gobierno italiano y la Comisión. Consideran que debe primar la aplicación del artículo 21 del Convenio de Bruselas, por tanto, hasta que el tribunal que conoció en primer lugar de la demanda no se declare incompetente, el tribunal que conoció en segundo lugar tiene que suspender el procedimiento. No puede entenderse el artículo 17 en el mismo sentido que el artículo 16 del Convenio de Bruselas, ya que en el primer caso nos encontramos ante prórroga de la competencia y en el segundo ante un foro de competencia exclusiva.

Las partes están facultadas para suprimir o modificar los pactos de competencia atributiva contemplados en el artículo 17 pero en ningún caso podrán celebrar convenios contrarios a lo establecido en el artículo 16.

Respuesta del Tribunal de Justicia:

El Tribunal de Justicia realiza una interpretación en sentido amplio del artículo 21 del Convenio de Bruselas.

En relación con lo establecido en el artículo 19 del Convenio de Bruselas, sólo obliga al tribunal de un Estado a declararse de oficio incompetente en el caso de que el tribunal de otro Estado contratante fuera exclusivamente competente en virtud del artículo 16 del Convenio de Bruselas, en el citado artículo no se menciona el artículo 17.

Por lo tanto, mientras que el tribunal ante el que se ha presentado la primera demanda no se pronuncie sobre su competencia, el tribunal ante el que se ha interpuesto la segunda demanda y cuya competencia ha sido reivindicada en virtud de un convenio atributivo de competencia tiene que suspender el procedimiento.

Conclusión del Abogado General:

Por su parte, el Abogado General se manifiesta en sentido contrario, el artículo 21 del Convenio de Bruselas debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda y tiene competencia exclusiva en virtud de una cláusula atributiva de competencia, puede resolver sobre el fondo del asunto sin necesidad de esperar a que el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda decline su competencia. Esto solo cabe cuando el convenio atributivo de competencia no deje lugar a duda, y se debe a que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes para garantizar la seguridad jurídica.

3) La duración excesivamente larga de los procesos en el Estado ante el que se ha interpuesto la primera demanda ¿justifica que el estado ante el que se ha interpuesto la segunda demanda no actúe de acuerdo a lo previsto en el artículo 21?

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia:

Según Gasser, el artículo 21 del Convenio de Bruselas tiene que interpretarse en el sentido de que deben evitarse los procedimientos excesivamente largos. Por tanto, son competentes los órganos jurisdiccionales ante los que se ha interpuesto la segunda demanda decidir sobre la cuestión de la competencia como en su caso, resolver sobre el fondo.

El Gobierno de Reino Unido, manifiesta que en dos supuestos no cabe la aplicación automática del artículo 21, en primer lugar, en el caso de que el demandante interponga la demanda ante un tribunal con conocimiento de que es incompetente con el objetivo de paralizar el procedimiento. En segundo lugar, en el supuesto de que el tribunal ante el que se interpone la segunda demanda no manifieste su competencia o incompetencia en un plazo razonable.

MISAT, el Gobierno italiano y la Comisión, están a favor de la aplicación del artículo 21 del Convenio de Bruselas pese la duración excesivamente larga de los procesos judiciales.

Respuesta del Tribunal de Justicia y conclusión del Abogado General:

Tanto el Tribunal de Justicia como el Abogado General manifiestan que no caben excepciones al artículo 21 del Convenio de Bruselas basándose en la duración excesivamente larga de los procesos ante órganos jurisdiccionales de un Estado contratante ante el que se ha interpuesto la primera demanda.

El Convenio de Bruselas tiene su fundamento en la confianza mutua de los Estados contratantes, el objetivo del convenio es perseguir la seguridad jurídica.

4) ¿Hay que aplicar lo establecido en el artículo 21 aun cuando la duración excesivamente larga de los procesos en un Estado contratante del Convenio produzca el riesgo de sufrir un perjuicio para una parte?

5) ¿En qué circunstancias puede abstenerse de aplicar lo dispuesto en el artículo 21 el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda?

6) En el caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión ¿Cómo debe proceder el órgano jurisdiccional en caso de no aplicar el artículo 21 del Convenio de Bruselas?

Dado que la respuesta a la tercera cuestión prejudicial ha sido negativa no procede responder a las cuestiones cuarta, quinta y sexta.

¿Cabe la suspensión, inhibición o abstención del juez que conoce en segundo lugar si su competencia se debe a un pacto expreso de sumisión?

La litispendencia en el artículo 21 del Convenio de Bruselas se regula de la siguiente manera: el juez ante el que se presenta la segunda demanda y cuya competencia ha sido reivindicada en virtud de una cláusula atributiva de competencia debe suspender el procedimiento hasta que el juez ante el que se formuló la primera demanda se declare incompetente.

En primer lugar, en el caso de pacto de sumisión expresa (artículo 17 del Convenio de Bruselas) no cabe el control de oficio de la competencia del tribunal que conoce, para que tenga efecto tiene que alegarlo la parte interesada.

En mi opinión esta es una diferencia respecto a lo regulado en el artículo 16 del Convenio de Bruselas, ya que en este caso, el control de la competencia si se realiza de oficio.

Por tanto, a diferencia de lo que señala el Gobierno de Reino Unido o el Abogado General, para realizar una interpretación del artículo 21 del Convenio de Bruselas en el que se regula la litispendencia, no cabe la interpretación de los artículos 16 y 17 en el mismo sentido.

El artículo 16 tiene carácter imperativo, mientras que los convenios de competencia exclusiva derivados del artículo 17 nacen de la autonomía de la voluntad de las partes, y siempre tienen que respetar lo establecido en el artículo 16.

Por tanto, estoy de acuerdo con lo que manifiesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Landesgericht Feldkirch, pese a ser competente en virtud del pacto de sumisión expresa, tiene que suspender el procedimiento hasta que el Tribunale civile e penale di Roma no se decline su competencia, y eso con independencia de la duración de los procesos en dicho Estado, ya que hay que respetar el principio de confianza mutua y de seguridad jurídica.

Bibliografía:

- STJUE de 9 de diciembre de 2003. Asunto C-116-02.
- Conclusiones C-116-02.

Inés Ballesteró Sánchez

RESULTADOS SEMINARIO WIKI INTERACTIVO REALIZADO EN EL GRUPO II DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CURSO 2014/2015 (Profesora Antonia Durán Ayago)

RESULTADOS

Hemos realizado dos seminarios sobre los siguientes temas²⁷⁷:

- o Seminario Wiki I: Jurisprudencia y sustracción internacional de menores: 21 alumnos (del 18 de noviembre al 19 de diciembre de 2014).
- o Seminario Wiki II: Jurisprudencia y filiación internacional: 8 alumnos (del 18 de noviembre al 19 de diciembre de 2014).

Todos los seminarios, una vez realizados en una wiki de acceso limitado para aquellos alumnos que se habían matriculado en el seminario y revisados por mí, se han podido consultar en Studium por todos los alumnos matriculados en el Grupo II de 4º.

Los dos seminarios se expusieron por los alumnos que lo habían realizado en horario de clases prácticas. En él participaron además el resto de alumnos del grupo.

Todos los alumnos que han participado en los seminarios han recibido el correspondiente certificado en el que se acredita su participación.

Cada seminario ha tenido uno o varios coordinadores que también han recibido su certificado diferenciado. La labor de los coordinadores ha sido esencial para coordinar los distintos grupos que se han formado en cada uno de los seminarios.

El resultado de los seminarios realizados se adjunta a continuación.

²⁷⁷ Indico el número de estudiantes que ha participado en cada uno de ellos y fechas en que se han realizado.

Sustracción Internacional de Menores

Índice

-Introducción

-Jurisprudencia Audiencias Provinciales

-Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo

-Jurisprudencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TDEH)

-Jurisprudencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Participantes:

-Sofía Martín Fernández

-María Macías Pérez

-Ángel Maíllo Seco

-Javier Martín García

-María Mercedes Marcello de la Peña

-Patricia Hilario Fiz

-Ana Hava Moreno

-Marta López López

-María Jurado Calatayud

-Mónica Manini

-Paula González Álvarez

-Elena Christina Link Valls

-María Hernandez Gregorio

-Blanca Goenaga Pérez

-Beatriz Montero García

-Fausto Moreno Bombareli

-Sara Jorge Sanmartín

-Sergio Lema Rastrojo

Introducción

Entendemos por sustracción internacional del menor cuando uno de los progenitores, que no ostenta el derecho de custodia sobre el menor, traslada a este a un lugar distinto de donde tiene su residencia habitual.

Encontramos la definición en el artículo 2.11 del Reglamento 2201/2003, donde se nos dice que traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando:

- a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención,
- b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

Por derecho de custodia, citado anteriormente, debemos entender los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

Cuando se produce el hecho del traslado ilícito del menor el artículo 11 del presente reglamento, nos especifica el procedimiento a seguir para la restitución del menor haciendo alusión al Convenio de la Haya de 1980, estableciendo una serie de pautas y procedimientos. En dicho convenio se nos define también la figura del traslado ilícito del menor. En concreto el artículo 3 dice lo siguiente:

El traslado o la retención de un menor se consideraran ilícitos:

- **a)** cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- **b)** cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

De lo expuesto anteriormente, podemos concluir que las normas de derecho internacional que tratan este complicado tema intentan salvaguardar los intereses del menor con una serie de barreras para impedir su traslado ilícito e intentar mantener su residencia habitual, entendiendo por tal el lugar donde el menor desarrolla su vida familiar y personal.

Jurisprudencia Audiencias Provinciales

En todo matrimonio mixto que se disuelve hay riesgo potencial de que podamos estar ante un problema de sustracción internacional de menores que se plantearía cuando uno de los progenitores impide que el menor tenga una relación con el otro progenitor, y persista llevándose a otro estado distinto del que vivía. Normalmente siempre el germen de la sustracción está en una separación en potencia, aunque no sea ya una realidad, pero que el matrimonio este en crisis.

Actualmente en España se aplica un Reglamento, Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en donde por primera vez se ha introducido en la UE un mecanismo para combatir la sustracción internacional de menores. Pero este texto se inspira y de hecho incorpora por referencia a un convenio que ha tenido mucha presencia y se ha aplicado bastante bien por las autoridades partes del mismo, el Convenio de la Haya de 25 octubre de 1980, sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores. Este convenio no regula la competencia judicial internacional sobre estas cuestiones, ni la validez extraterritorial de decisiones en estas materias. Lo que hace es sólo establecer una estructura de cooperación internacional de autoridades y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual.

La restitución del menor al país de su residencia deberá acordarse en aquellos casos en que el traslado ha sido ilícito, entendiendo el art. 3 del Convenio que lo es, cuando se hay a producido con infracción del derecho de custodia atribuido a una persona con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado. En algunas ocasiones, el progenitor no custodio aprovechando el régimen de visitas establecido abandona el país con la intención de no restituir al menor, permaneciendo incluso en paradero desconocido.

El derecho de custodia puede venir atribuido de diversas formas y así ha sido reconocido:

- a. Por el Derecho del Estado en el que el menor residía habitualmente inmediatamente antes de su traslado o retención, incluyendo su sistema de DIPr.
- b. Por una decisión judicial o administrativa recaída en el Estado de origen, dictada por los jueces de este país o por tribunales de terceros Estados reconocida o no en el país de residencia habitual del menor pero que aplique regularmente;
- c. Por un acuerdo que tenga efecto legal en el Estado de origen y concluido entre los padres del menor. Si los progenitores pactan la libertad de movimientos de los menores incluyendo sus salidas al extranjero, no existe traslado ilícito, pues es libremente consentido

Y es que cuando no hay resolución judicial, ni acuerdo con efecto legal entre los padres, acerca del derecho de custodia atribuido a uno de los progenitores habrá que atender al efectivo ejercicio de la guarda y custodia sobre los menores, tal y como dispone el artículo 3 b) del Convenio de la Haya (por ejemplo, Auto 112/2011 de la Audiencia Provincial de Murcia, donde se ordena la restitución de la menor a su padre que vivía en Oxford con el que convivía de manera estable, y quien a pesar de no existir resolución judicial ejercía la guarda y custodia de la niña de forma efectiva. O por ejemplo, Sentencia 573/2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 1 de octubre, que establece que aunque no había ninguna resolución relativa a la custodia, de facto era la madre quien tenía a su cargo a los menores.) Pues el traslado o retención ilícita no presupone siempre que tenga que haber resolución judicial porque puede suceder que los dos padres estén ejerciendo la patria potestad conjuntamente y uno de ellos, sin el consentimiento del otro decida trasladar al menor a otro estado (art. 2.11 Reglamento 2201/2003).

Por lo que para que se dé la comisión del delito referido se necesitan dos requisitos:

1º.-Que exista **resolución judicial** sobre custodia del menor y sea el **progenitor no custodio** el que sustraiga o se niegue a la restitución del menor al cónyuge custodio o,

2º.- Que **no exista resolución judicial** y sea el cónyuge que **no conviva con el menor** el que realice esa conducta.

(Auto AP de Las Palmas 269/2011, donde al no concurrir esos dos requisitos dice la sentencia de la Sala: “No estamos ante una sustracción que haya tenido lugar quebrantando medida o situación legal alguna de custodia, sino simplemente ante un ejercicio de la patria potestad compartida en el que discrepan quienes la comparten y que, ante todo, deberá dirimirse ante el órgano civil correspondiente”.)

Por lo tanto, otro requisito que debe cumplirse para poder aplicarse dicho Convenio y que el traslado del menor sea considerado ilícito es que debe haberse infringido el derecho de custodia. Esto ocurre en diversos casos:

1. Cuando un progenitor que tiene otorgada la custodia, y esta se ve vulnerada porque el otro progenitor, que tiene otorgado el derecho de visita, aprovecha un período de visita para sustraer al menor y trasladarlo a otro país.
2. Cuando ambos progenitores ejercen conjuntamente y por mandato legal o judicial, la custodia del menor, y uno de ellos traslada al menor a otro país, y priva así al otro progenitor del ejercicio del derecho de custodia.
3. Cuando un progenitor tiene atribuida la custodia del menor pero dicha custodia está limitada judicialmente al territorio de un país, de modo que sólo puede trasladar al extranjero al menor con autorización del juez o del otro progenitor, y sin embargo, traslada al menor a otro país, el traslado es ilícito.

Por lo que en conclusión un traslado es ilícito cuando hay un derecho de custodia que ostenta un progenitor y le ejerce efectivamente, y este es vulnerado, o bien porque el

mismo progenitor lo traslada a otro país privándolo de las visitas del otro progenitor, o bien porque quien tiene atribuido el derecho de visita aprovecha un periodo de visita para trasladarlo a otro país.

A la luz de los razonamientos de las Audiencias Provinciales es importante la determinación del derecho de custodia, y la autorización por parte del progenitor no custodio, o en su defecto autorización judicial para el traslado del menor puesto que el traslado del menor puede tener como objeto romper todo vínculo y relación del menor con el otro progenitor (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 380/2014, donde se condena a la madre por el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis CP porque se llevo a los menores a Colombia sin autorización judicial ni permiso del padre, con el objetivo de romper todo vínculo con el respecto de los menores, ya que desde los 5 años hasta los 13 de los menores en que viven en Colombia no tienen relación ni comunicación alguna con su padre.) Es decir, con carácter general cuando a uno se le otorga el derecho de custodia también se establece medida limitativa en la que dice que no podrá trasladar la residencia del menor sin haberlo comunicado a la autoridad judicial y sin consentimiento del otro progenitor. Es ejemplificativo de esta cuestión, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 101/2014, de 12 de febrero, donde se exige consentimiento de ambos progenitores para modificar la residencia del menor, y en su defecto, la autorización judicial ya que el hecho de que sea la madre la que tenga la guarda y custodia del menor no la faculta para decidir por sí misma el domicilio del hijo, pues así se establece en nuestro ordenamiento. Pero esta sentencia supone un giro radical en la forma de operar respecto de la medida limitativa, pues finalmente el tribunal, que al decidir sobre la autorización tiene que valorar la incidencia o el impacto que la autorización o la denegación de la misma pueda tener sobre el menor, viene a decir que el menor dependía totalmente de su madre, y que iba a estar mejor donde su madre estuviese mejor, y si necesitaba irse a su país de origen había que permitir que el niño saliese de España y se trasladase a Brasil sin que hubiese traslado ilícito.

Por otro lado, en múltiples ocasiones, a pesar de la no autorización, el traslado del menor deviene en lícito, y es que el art 10 Reglamento 2201/2003 enumera los casos en los que habiéndose trasladado la residencia ilícitamente e un menor de un Estado miembro a otro, por distintas circunstancias esa residencia puede devenir en lícita, perfilando así lo dispuesto en el Convenio en su artículo 13. Por ejemplo, cuando se hubiera trasladado a ese menor por parte de un progenitor y el otro no hubiera presentado ningún tipo de reclamación.

Además, conforme a la LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor y el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, el interés del menor es el absolutamente prevalente, todo ello sin olvidar las previsiones del artículo 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que, aun no siendo vinculante, ni teniendo eficacia jurídica directa, es un referente importantísimo en nuestro espacio social y cultural. Por lo que el juez debe resolver "en interés del me

nor”, lo que supone analizar cada caso concreto a fin de determinar el interés del menor cuya restitución se reclama, tomando en consideración los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya.

Así se infiere de estas disposiciones del propio Convenio, en especial el artículo 13, que confieren un amplio arbitrio al órgano judicial del Estado en que se encuentra el menor trasladado o secuestrado. Así se prevé la posibilidad de que la restitución del menor sea denegada cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Igualmente podrá la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido, rechazar la restitución si la persona, institución u órgano que se opone a su restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga el menor en una situación intolerable (art. 13 b)). Por lo que se ha rechazado en numerosas ocasiones la restitución del menor en base a lo expuesto en el artículo 13 b) del Convenio de la Haya (Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de Septiembre de 2007, en donde se deniega la restitución de la menor al país de origen a pesar de existir traslado ilícito en virtud del artículo 3 del Convenio, pues la menor estaba plenamente integrada en la localidad de Cómputa, en la que residía en compañía de su madre y de la pareja de ésta con la que estaba perfectamente identificada, y en la que se encontraba escolarizada, con un resultado bueno, siendo así que su restitución al país de origen pondría a la misma en una situación de grave riesgo psíquico.).

Pero el excesivo uso de esta causa de no restitución, provocó que el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, modificase la aplicación del Convenio de 1980 entre los Estados Miembros y limitase enormemente entre ellos el uso del motivo de no retorno del artículo 13 b). El límite se encuentra en los números 4 y 8 del artículo 11 del Reglamento.

El artículo 11.4 establece la obligación, para la autoridad judicial del Estado requerido, de ordenar la restitución del menor, aún cuando pueda estar expuesto a esos peligros físicos o psíquicos, pero para ello es preciso que se haya acreditado que el estado de origen y requirente, ha adoptado o está dispuesto a adoptar las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor, tras la restitución.

A pesar de este intento de reforzar la eficacia del sistema de restitución entre los Estados miembros se sigue verificando que la causa de oposición a la misma contenida en el artículo 13 b) se continúa utilizando de manera cuanto menos excesiva (Por ejemplo, la sentencia que traemos a colación).

Una de las soluciones que se han apuntado es la necesidad de fomentar el intercambio de información entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, para así incrementar la confianza entre ellos. Una mención genérica del Estado requirente indicando que se garantizará el bienestar del niño en el retorno no debería ser suficiente. El Estado requirente tendría que describir detalladamente las medidas que se van a adoptar en el caso concreto, para garantizar dicho bienestar y con ello tranquilizar y reforzar la confianza del Estado requerido, que retornará con todas las garantías y de forma más fluida. Un claro ejemplo de esto lo vemos en la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Málaga núm. 588/2012, de 13 Noviembre, donde** del Tribunal Superior de Justicia del Estado requirente (Inglaterra) que ordenan la restitución de las niñas a la jurisdicción de Inglaterra, establece que quedarían bajo la tutela judicial de ese Tribunal hasta alcanzar la mayoría de edad o hasta nueva orden, es decir, se establece un compromiso por parte del Tribunal requirente que no se puede poner en duda y que se considera como mayor garantía de protección de las menores. Por lo tanto, el Estado requirente ha adoptado y está dispuesto a adoptar medidas para garantizar la protección de las menores tras su restitución.

CONCLUSIONES

Todas las sentencias, tanto las de primera instancia como las resueltas en apelación abogan por asegurar el interés superior del menor, aunque en alguna se hace mención además a otros intereses o derechos de los padres como puede ser el derecho a tener relación con el hijo, objetivo que persigue el Convenio de la Haya, pues lo característico de este delito es el dolo consistente en la voluntad del autor que pretende privar completamente al otro progenitor del derecho a relacionarse con el hijo menor.

Es decir, se pone de manifiesto que el bien jurídico protegido por el art 225 bis CP es *el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar*. Esta norma tiene su origen en la Convención sobre los derechos del niño de la Asamblea General de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los derechos del niño, y se reconoce igualmente en la Carta Europea de Derechos del niño (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara núm. 28/2009, de 27 de enero).

En todas y cada una de las sentencias se habla de interés del menor, que es hacer lo posible porque la vida del menor no sea demasiado cambiante y se establezca una vida social que no debe ser vulnerada, vida social que el tribunal entiende que puede ser de mayor manera protegida cuando el menor sea mantenido en su centro social de vida, su colegio, su casa...en fin todos aquellos elementos que hacen de la vida del menor una vida estable.

Es por ello, que siempre en atención al interés del menor, resuelve la audiencia en un gran elevado número de casos denegando la restitución de los menores, cuando ha transcurrido más de un año desde que se produjo (art. 12 del Convenio de la Haya) pues en ese periodo el menor se ha integrado en el nuevo ambiente y se procura evitar de nuevo un desequilibrio en la vida del menor, ya que un año es plazo suficiente para haber ejercitado acción contra tal situación. Pero en muchas ocasiones los menores son

utilizados por parte de los progenitores para dañarse mutuamente y quedan desatendidos en el lugar donde han sido trasladado pues normalmente el progenitor que los sustrae no tiene custodia, ni en base a una resolución judicial no custodia de facto ejercida efectivamente, por lo que no muestra el mínimo interés del menor, y solo lo trata como un instrumento para dañar al otro progenitor. Por ello, el artículo 11.4 contempla que aun pasado el año previsto en el artículo 12 del Convenio de la Haya sea restituido el menor al lugar de origen siempre y cuando se demuestre que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

Jurisprudencia Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo.

Dividimos esta sección en dos partes. Por un lado entraremos al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia nacional y por otro analizaremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Comenzamos por el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Nacional

En este caso entramos en el análisis de un recurso de casación nº 50/2014 ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del recurso de apelación apelación nº 554/2013. A esto añadimos el análisis de un auto 69/2009 de la Audiencia Provincial de las Palmas.

En el recurso de casación citado, se intenta por la parte actora que se inadmita una resolución dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona donde se permite al menor salir de España con el fin de visitar a su padre que se encuentra en Ecuador, lugar donde al padre se le tiene prohibida la vuelta a España. A la vista de esto, se dice por la parte actora que se vuelva a prohibir al menor la salida del territorio nacional con el fin de que no se produzca una sustracción ilícita del menor, ya que si el menor visita a su padre puede producirse un no retorno del mismo.

Dicha las circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia no entiende que exista el riesgo expuesto en el recurso de casación ya que Ecuador forma parte del Convenio de la Haya de 1980 donde se recoge un procedimiento para la restitución del menor. Por este motivo se inadmite el recurso y se permite la salida del menor del territorio nacional para visitar a su padre. Con ello se pretende no desvirtuar el núcleo familiar del menor y preservar sus intereses manteniendo para ello la comunicación con ambos progenitores.

El mismo camino se sigue en el recurso de apelación nº 554/2013 interpuesto ante la Audiencia Provincial de Barcelona. En este caso el padre, don Miguel Ángel, pide que se le permita al menor salir del territorio nacional para poder mantener un régimen de comunicación con él. A ello se añade que no es voluntad del padre no volver a España, sino que el país donde reside no le permite su vuelta. Del mismo modo en este caso y como Ecuador forma parte del Convenio de la Haya de 1980, se le permite al menor la salida del territorio español con el fin de visitar al padre, ya que no existe riesgo de no retorno al contar en el Convenio con un sistema de restitución del menor en el caso de su sustracción ilícita. A ello se añade que se protege el interés del menor y se pretende preservar en la medida de lo posible su núcleo familiar.

Por último en este apartado analizamos el auto 69/2009 de la Audiencia Provincial de las Palmas. En este caso se produce una sustracción ilícita de los menores que se tienen su residencia habitual en Italia y son trasladados por la madre a España sin el consentimiento del padre. En este caso se pide la restitución de los menores al lugar de

su residencia habitual, sin ello alterar las decisiones posteriores sobre la custodia de los menores. Esto anterior es importante, ya que aun pidiéndose la restitución de los menores al lugar de su residencia habitual no se dice nada sobre la custodia de la madre sobre los mismos. Vemos que en este caso no se quiere romper con el núcleo familiar de los menores.

De todo lo expuesto anteriormente, concluimos que se pretende preservar en la medida de lo posible el núcleo familiar del menor, no destruyéndolo y permitiendo siempre que sea posible la comunicación con ambos progenitores. Esta idea puede ser sustraída de todo el contenido del Convenio de la Haya de 1980 que pretende defender el interés del menor frente a posibles alteraciones de su lugar de residencia y núcleo de vida. Es por todo ello que los textos anteriormente analizados intentan no romper con las relaciones de los progenitores por los menores, ya que estas se pueden entender que en la mayoría de los casos están dentro de los contenidos que componen el interés del menor.

Terminado el análisis anterior, pasamos al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Analizamos la sentencia núm. 823/2012 de 31 enero del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), RJ 2013\927.

En primer lugar y citando brevemente los hechos, se le atribuye la custodia a la madre del menor, que traslada al menor a Estados Unidos impidiendo al padre cumplir con el régimen de visitas estipulado. Tras varias resoluciones el padre consigue la custodia del menor y que el mismo tenga su residencia habitual en España. Esta resolución es impugnada ante el Tribunal Supremo. Este nos dice que, primando el interés del menor, no es posible concederle la custodia al padre ya que el menor tiene su residencia habitual y su núcleo de vida en Estados Unidos.

Vemos en este caso que se ha roto con las comunicaciones de uno de los progenitores, pero ello es debido a proteger el interés del menor y no alterar su núcleo de vida, el cual se encuentra en Estados Unidos.

Para finalizar esta parte y de lo expuesto anteriormente concluimos que dentro de la definición de interés del menor encontramos que está el mantener las comunicaciones con ambos progenitores para así no perturbar las relaciones familiares del menor, pero que esto se mantiene en la medida de lo posible ya que por encima de ello está la residencia habitual del menor y donde lleva el mismo a cabo su centro de vida social y familiar. Es por ello que en la medida de lo posible se intenta mantener las comunicaciones con ambos progenitores pero cuando esto no es posible y entra en conflicto la residencia habitual del menor, entendiéndose por tal el lugar donde el menor desarrolla su vida social y familiar, decaen las comunicaciones para salvaguardar la residencia habitual del menor y así proteger el interés del mismo.

Jurisprudencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En este apartado vamos a entrar a analizar el Caso Ilker Ensar Uyanik contra Turquía, el Caso Özmen contra Turquía y el caso López guio VS Eslovaquia

Antecedentes:

En los tres casos se produce el hecho común de la sustracción de menores. En el primer caso, Ilker Ensar Uyanik dos nacionales turcos, casados entre sí residen en EEUU con una hija el común. Durante un viaje a Turquía la esposa abandona al demandante.

En el segundo, el Caso Özmen un Matrimonio turco que reside en Australia y en proceso de divorcio. Se da permiso a la madre para abandonar el país con la hija común dándole una fecha máxima para el regreso, la cual incumple.

En el tercer caso, el caso López Guio el demandante tiene un hijo con una mujer eslovaca con la que no está casado y esta viaja a su país acompañada del hijo común aunque Eslovaquia ordena la restitución del menor a España esta no llega a ejecutarse. Tras una nueva audiencia se anuló la orden de restitución alegado que esta sería perjudicial para el menor que ya había adquirido su centro social en otro país.

Fundamentos de derecho comunes alegados en los tres casos:

- Artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

“Artículo 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

En los tres casos se produce una injerencia por parte del Estado en la vida privada y familiar del demandante sin que medie causa justa, como exige este artículo, y esto debido a que se decide la no devolución o devolución tardía del menor en base a unos

criterios subjetivos como la temprana edad de la menor, mayor necesidad del afecto de la madre, etc. Es decir, no conforme a los motivos de denegación del artículo 13 del Convenio de la Haya.

- Principio fundamental del Convenio de la Haya: es la primacía del interés del menor. A veces usado para decidir la no devolución del menor, como en el tercer caso, en el cual se añade además otro precepto el artículo 41 del Convenio de la Haya que dice que: si se viola algún artículo del Convenio y el derecho interno de la parte violentada no puede reparar totalmente las consecuencias, el tribunal concederá una satisfacción equitativa.

- Artículo 11 del Convenio de la Haya de 1980: se exige de las autoridades que actúen con urgencia, pues cuanto mayor tiempo pase más difícil será lograr la restitución, como ocurre en el tercero de los casos en el cual ya no se puede llevar a cabo la restitución y debe acudir a una solución secundaria como es la compensación equitativa.

-artículo 16 del Convenio:

“Artículo 16 Restricciones a la actividad política de los extranjeros

Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.”

Este artículo resulta especialmente relevante en el segundo de los casos en el cual el tribunal no debe pronunciarse sobre el fondo de los derechos de custodia hasta que se decida si cabe restitución de la menor o no a su país de domicilio. Sin embargo, los tribunales internos se pronunciaron sobre esta cuestión otorgando la custodia a la madre, hecho que hizo reforzar la no devolución por parte de la madre

Jurisprudencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Es de análisis en este apartado el Caso Purrucker, Caso Deticek y Caso J.McB

En primer lugar analizamos conjuntamente el Caso Purrucker y Deticek.

En el caso Purrucker la madre, que residía en España, se traslada a Alemania con uno de sus hijos, discrepando el padre de dicho traslado. En ese momento se solicitan unas medidas cautelares relativas al derecho de custodia ante tribunal español.

La cuestión prejudicial interpuesta ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea es si las disposiciones de los artículos 21 y siguientes del Reglamento núm. 2201/2003 se aplican también a las medidas provisionales relativas al derecho de custodia, en el sentido del artículo 20 de este Reglamento.

A ello responde que la definición del artículo 20 de dicho reglamento no se funda en si el tribunal que adopta las medidas tiene competencia sobre el fondo del asunto o no, sino que para que sean válidas y un tribunal pueda tener competencia para adoptar medidas cautelares se han de cumplir una serie de requisitos acumulativos, a saber:

- las medidas de que se trata deben ser urgentes;
- deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro en el que ejerzan su competencia dichos órganos jurisdiccionales, y
- deben tener carácter provisional

Concluye el tribunal diciendo que las disposiciones de los artículos 21 y siguientes del Reglamento núm. 2201/2003 (sobre reconocimiento y ejecución) no se aplican a las medidas provisionales en materia de derecho de custodia comprendidas en el artículo 20 de dicho Reglamento.

Por otra parte tenemos sobre la misma materia el caso Deticek, donde durante el transcurso de un procedimiento sobre la custodia de un menor, ambos progenitores solicitan en distintos estados miembros medidas provisionales relativas al derecho de custodia sobre el menor. La cuestión prejudicial planteada es la siguiente:

“¿Es competente un órgano jurisdiccional de la República de Eslovenia (Estado miembro de la Unión Europea) para adoptar medidas cautelares cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer sobre el fondo, ya ha adoptado una medida cautelar que ha sido declarada ejecutiva en la República de Eslovenia?”

A esta cuestión responde el Tribunal que sería contrario a la buena administración de justicia que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro acuerde una medida provisional (en el ámbito de la responsabilidad de los progenitores) que otorgue la custodia a uno de los progenitores de un menor residente en ese mismo estado miembro

cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente según el Reglamento para conocer del fondo de litigio, ya haya dictado una resolución judicial que conceda la custodia del menor al otro progenitor. Y además esta resolución judicial haya sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro.

A pesar de esto sería posible que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que se encuentre el menor estén autorizados para adoptar medidas provisionales aunque sea otro estado miembro el competente para conocer del asunto. Sin embargo esto solo será posible ante determinadas circunstancias, en concreto cuando se cumplan tres requisitos acumulativos:

- las medidas de que se trata deben ser urgentes,
- deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro en el que ejerzan su competencia dichos órganos jurisdiccionales
- deben tener carácter provisional

Como hemos visto en ambas sentencias, lo determinante para que un tribunal pueda conocer sobre las medidas cautelares que se le solicitan, es necesario que cumpla con los requisitos cumulativos anteriormente expuestos. Dicho de otro modo, su competencia sobre el fondo a la hora de adoptar medidas cautelares es irrelevante, solo han de cumplirse los requisitos expuestos, son el único límite de que las medidas cautelares adoptadas no sean contrarias a una resolución dictada por un estado miembro competente para conocer del fondo del asunto según el Reglamento 2201/2003.

Por último entramos al análisis del caso J.McB. En este caso la madre del menor, que residía en Irlanda, decide trasladarlo impidiendo al padre las comunicaciones con el mismo. Cabe resaltar que en el derecho irlandés se le atribuye de oficio la custodia del menor a la madre, teniéndola que solicitarla el padre ante los tribunales competentes.

Se realiza la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Impide el Reglamento núm. 2201/2003, a un Estado miembro exigir en su ordenamiento jurídico que el padre de un menor que no está casado con la madre deba obtener una orden de un tribunal competente que le conceda la guarda y custodia de dicho menor con el fin de considerar que tiene el "derecho de custodia" que determina el carácter ilícito del traslado de ese hijo desde su Estado de residencia habitual, a efectos del artículo 2, número 11, de dicho Reglamento?»

Nos dice el Tribunal que el Reglamento núm. 2201/2003 no establece quién es la persona que debe tener un derecho de custodia que pueda hacer ilícito el traslado de un menor en el sentido de su artículo 2, número 11, pero se remite al ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o su retención por lo que respecta a la designación del titular de este derecho de custodia. De este modo, es el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro el que determina las condiciones en las que el padre biológico adquiere el

derecho de custodia de su hijo, en el sentido del artículo 2, número 9, del citado Reglamento.

Continúa diciendo que a efectos de aplicar el Reglamento núm. 2201/2003 para determinar el carácter ilícito del traslado de un menor, al su madre lleva a otro Estado miembro, el padre biológico de dicho menor debe tener el derecho de dirigirse al órgano jurisdiccional nacional competente, antes del traslado, para solicitar que se le conceda el derecho de custodia de su hijo, lo que constituye la propia esencia del derecho de un padre biológico a una vida privada y familiar en tal contexto.

En cambio, el hecho de que el padre biológico no tenga, a diferencia de la madre, automáticamente un derecho de custodia de su hijo en el sentido del artículo 2 del Reglamento núm. 2201/2003 no afecta al contenido esencial de su derecho a la vida privada y familiar, siempre que se proteja el derecho del padre a pedir la custodia del menor ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Concluye diciendo que si tal padre no realiza los trámites para la obtención del derecho de custodia en el momento oportuno, puede verse en la imposibilidad, en caso de traslado del menor a otro Estado miembro por su madre, de conseguir la restitución de dicho menor al Estado miembro en el que se encontraba su anterior residencia habitual. En efecto y si no realiza los trámites adecuados, tal traslado representa el ejercicio lícito, por la madre que tiene la custodia del menor, del derecho de custodia.

Dicho todo lo anterior vemos que el artículo 2.11 del citado Reglamento se remite a la normativa nacional de los diferentes estados miembros para determinar la custodia de los progenitores sobre el menor. De tal modo que si dicho derecho nacional otorga de oficio la custodia a la madre no estará en contra del Reglamento siempre y cuando se le permita al padre la obtención de la custodia a través de los órganos jurisdiccionales competentes.

Conclusiones finales

Visto todos los casos anteriores y percibiendo que es un hecho la sustracción ilícita de menores, podemos decir que la normativa intenta proteger al menor en la medida de lo posible pretendiendo para ello preservar su residencia habitual y la comunicación con ambos progenitores.

Hemos visto que no es una materia fácil de regular debido a los numerosos problemas familiares y sociales que plantea, pero de igual manera vemos que se ha avanzado mucho sobre este tema y que se seguirá avanzando con el fin de proteger el interés del menor.



JURISPRUDENCIA Y FILIACIÓN INTERNACIONAL

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Coordinación: Silvia Hernández Robles

Seminario realizado por:

I. Breve introducción sobre el problema

Silvia Hernández Robles

II. Jurisprudencia del TEDH: Casos Mennesson y Labassee. Referencia a asuntos pendientes

Elena Christina Link Valls/ José Rafael Herrera Nardone

III. Jurisprudencia de órganos jurisdiccionales españoles orden civil

*Sandra Martín Hernández/ Paula Gómez Hernández/ José Rafael Herrera Nardone/
Ángel Jiménez Díez*

IV. Jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles orden social

Andrea Luis Baz/ Macarena Monforte de la Huerga

V. Jurisprudencia del TJUE: permisos de maternidad/paternidad

Silvia Hernández Robles

I. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE EL PROBLEMA

Silvia Hernández Robles

La aparición de las técnicas de reproducción asistida hace cuatro décadas dando solución al gran problema de la esterilidad humana que afectaba a numerosas parejas y matrimonios convencionales, provocó que pronto, algunos ordenamientos jurídicos como el español, se vieran obligados a regular esta nueva realidad, dando lugar a una pionera Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida que acogió tratamientos como la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG)¹

Pronto, los avances científicos y tecnológicos trajeron consigo una modificación de la Ley 35/1988 mediante la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, pero finalmente será la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida la que regule actualmente estas cuestiones, susceptible a cambios normativos², adaptaciones³, importantes investigaciones y avances científicos en materia reproductiva.

Esta Ley comenzó a dar solución ya no solo a los problemas de esterilidad de los matrimonios heterosexuales, sino también a los problemas evidentes a los que los matrimonios homosexuales se comenzaban a enfrentar, puesto que, tras la Ley 13/2005 de 1 de julio se permitió, en las mismas condiciones y términos, beneficiarse de esta institución a las parejas del mismo sexo.

La Ley 14/2006 desarrolla un conjunto de técnicas de reproducción que, junto a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, no remedian los grandes obstáculos e impedimentos a los que se tienen que enfrentar las parejas de hoy en día a la hora de tener descendencia.. Mejorar redacción

Una figura que satisface la mayor parte de estos problemas es la **gestación por sustitución** que permite a un elevado número de personas superar impedimentos para tener descendencia que les vienen dados por malformaciones genéticas, impedimentos biológicos entre otros.

Conocida coloquialmente también como “*vientres de alquiler*” o “*maternidad subrogada*” fue contemplada en un primer momento por la Ley 35/1988, y actualmente por la Ley 14/2006, si bien ambos textos la prohíben en los mismos términos.

El precepto que recoge esta figura es el art. 10 de nuestra ley actual, imponiendo una importante sanción a esta práctica; la nulidad del contrato por el que se convenga la gestación, mediando o no contraprestación, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

¹ Recogidas en el art. 1 de la ya derogada Ley 35/1988 (28/05/2006)

² Concretamente supone un cambio importante la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por la que se añade un tercer apartado al art. 7 de la ley de reproducción asistida, concediendo a la mujer de la madre de un niño, la determinación de la filiación a su favor.

³ Una adaptación importante de esta ley es la otorgada por la ley 26/2011 de 1 de agosto, contemplada como una garantía de no discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito de la reproducción humana, vinculada a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Dejando claro que la filiación de los hijos nacidos por esta vía será determinada mediante el parto quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales

España es uno de los numerosos países que no permiten la regulación de este tipo de reproducción asistida confiriendo la maternidad en el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo. Sin embargo, hay un conjunto de estados que poseen una regulación legal de estos contratos, entre ellos encontramos el estado de California (EEUU), India, Ucrania, Grecia y Rusia, pero no todos lo regulan del mismo modo.

El Estado que mayor número de “*turistas reproductivos*” recibe es Estados Unidos. Concretamente el estado de California posee una regulación muy avanzada sobre esta técnica y sus efectos en la filiación. A su amparo muchos españoles han celebrado contratos de gestación por sustitución.

PERALTA ANDÍA define la maternidad subrogada como “*el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto*”⁴. Incluir cita

Por su parte, MICHELE SESTA entiende la misma como “*la situación por la cual una mujer adquiere la obligación de llevar al término un embarazo por cuenta de una pareja estéril a la que se compromete a entregar al niño. En estos casos la mujer que se presta a ello puede ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante del embrión concebido in Vitro*”⁵. Incluir cita

Sin ir más lejos, el contrato, oneroso⁶ o gratuito por el que se acuerda la gestación por sustitución puede adoptar determinadas formas, concretamente hacemos alusión a dos, una forma tradicional donde, la mujer que lleva al bebé en su vientre es la madre biológica, y el hijo el resultado de su óvulo y el esperma del padre donante. Y por otro lado encontramos la maternidad subrogada gestacional⁷, que es aquella que tiene lugar cuando la comitente aporta su ovulo sirviéndose del útero de otra mujer gestante que será la que gestará a su hijo, sustituyendo así su capacidad de gestar. La que proporciona el óvulo es, madre genética e intencional si es quien desea ser madre, aunque el óvulo también puede provenir de donante. Las parejas o matrimonios que pueden acogerse a técnica, son no solo son parejas heterosexuales, también las parejas homosexuales

La gestación por sustitución se enfrenta a un continuo debate con opiniones a favor y en contra. Por un lado, uno de los argumentos positivos se basa en la solidaridad, pues hay multitud de personas que sienten la necesidad vital de ser padres y no pueden hacerlo, y lo realizan como medio alternativo de la adopción (donde el interés prevalente siempre va a ser el del menor). Hay algunos autores como MIGUEL PRESNO que habla del derecho a la procreación como un derecho fundamental (art. 17 CE derecho a la

⁴ Peralta Andia, R. (2004) “Derecho de Familia en el Código Civil” IDEMSA – Editorial

⁵ Sesta, M. *Pruebas genéticas, “favor veritatis” e interés del menor: ¿hacia nuevos equilibrios?* En: Familia, Tecnología y Derecho. Universidad del Externado de Colombia

⁶ En gran parte de los países que regulan la maternidad subrogada, media contraprestación, lo que algunos denominan un lujo al alcance de muy pocos. Estadísticamente los precios varían entre 40.000-120.000€ dependiendo del país elegido.

⁷ Mediante tratamiento de estimulación ovárica, se obtendrán los óvulos que serán fecundados por el esperma de la pareja. Una vez fecundado el ovario en un laboratorio, el embrión resultante es transferido al útero de la madre gestante o subrogada

libertad). En contra, numerosos argumentos se oponen a esta técnica, entre ellos la no mercantilización o comercialización del ser humano.

La realidad sin embargo, como ha comentado la abogada PATRICIA ALZATE es la siguiente, *“la opción de acudir desde España a otros países en los que sí es legal, en la teoría no sería posible porque la ley española no lo admite con lo que no existiría la posibilidad de que los padres inscribieran al niño en el Registro Civil español como su hijo. Las parejas se encontrarían con un problema a su regreso a España porque, aunque legalmente sean sus padres según la legislación de otro país, las leyes españolas no permitirían ese procedimiento, por lo que no le otorgarían el visado de entrada al niño y tampoco les permitirían inscribirlo como hijo adoptivo”*⁸. A lo largo de este seminario vamos a estudiar los obstáculos a los que se han tenido que enfrentar nacionales españoles (también europeos), que han salido al extranjero a celebrar un contrato de gestación por sustitución a pesar de que sus Estados de origen no reconocían como válida esta técnica reproductiva, al volver con sus hijos al territorio del que son nacionales.

Los problemas tratados son diversos, quizá el más importante sea el de la denegación de la inscripción en el Registro Civil español como hijos biológicos. Pero también aludiremos a problemas de reconocimiento y/o ejecución respecto de sentencias otorgadas por órganos jurisdiccionales de terceros Estados que pretenden reconocerse en nuestro país, no resultando posible por afectar a nuestro orden público internacional. Así como la denegación de permisos de maternidad y paternidad a los padres comitentes, pues, en opinión del INSS, la maternidad subrogada no es un tipo de maternidad mediante la cual se pueda acoger a este tipo de permisos.

Hoy en día no podemos contar con estadísticas oficiales al respecto pero algunas estimaciones hablan de en torno a que 500 parejas al año lo contratan, solo en los Estados Unidos⁹.

Hay una importante necesidad de regulación sustantiva de la filiación intencional, y una vez hecha el Derecho Internacional Privado debería resolver todos los problemas que se susciten de los contratos de maternidad subrogada, puesto que carecemos de normativa específica y las técnicas de reproducción asistida reconocidas no abarcan toda la problemática social de nuestros días.

Es por ello que, la necesidad de optar por una regulación específica es cada vez más necesaria, puesto que numerosas parejas se adhieren a estas técnicas de reproducción en el extranjero enfrentándose a numerosos inconvenientes al volver a España.

Por todo esto, y valiéndonos de las palabras de SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ consideramos necesaria una regulación exhaustiva de la maternidad subrogada adaptada a nuestro tiempo donde traten de solventarse los problemas prácticos que en este seminario recogemos, otorgando a muchas parejas el derecho a formar una familia:

*“En esta materia, no se puede sostener una incoherencia valorativa tan evidente como seguir negando la maternidad subrogada en un plano interno y admitirla cuando nos viene de fuera”*¹⁰.

⁸<https://sites.google.com/site/maternidadsubrogada/Home/prensa/articulos-de-patricia-a-m/entrevista-sobre-la-gestacion-por-sustitucion> Publicación en Prensa, Patricia Alzate

⁹ (E. Farnós, “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”, *Internatinal Family Law*, 2013, pp. 68-72, p. 69).

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>)
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas : (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-5585)
- La filiación en España. Antonio Ocaña rodríguez (jurisprudencia y doctrina)
- Madres de alquiler ¿el fin justifica los medios? (<https://sites.google.com/site/maternidadsubrogada/Home/prensa/madres-de-alquiler-el-fin-justifica-los-medios>)
- Sesta, M. *Pruebas genéticas, “favor veritatis” e interés del menor: ¿hacia nuevos equilibrios?* En: Familia, Tecnología y Derecho. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá- Colombia.
- Peralta Andia, R. (2004) “Derecho de Familia en el Código Civil” IDEMSA – Editorial Moreno S.A
- Antonia Durán Ayago, Maternidad Subrogada. Conferencias ELSA DAY.
- Antonia Durán Ayago (2012), *El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución.* Anuario español de Derecho Internacional Privado Tomo XII.
- VIA más allá de la fertilidad: (<http://www.xn--vientredealquilerespaa-4ec.es/precios/>)

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: CASOS MENNESSON Y LABASSEE. REFERENCIA A ASUNTOS PENDIENTES

Elena Christina Link Valls/ José Rafael Herrera Nardone

Casos Mennesson c. France (Demanda nº 65192/11) y Labassee c. France (Demanda nº 65941/11)

Consideramos conveniente el estudio de ambos casos de forma conjunta pues poseen entre ellos grandes similitudes.

Los dos casos tienen como protagonistas matrimonios heterosexuales de origen francés, que debido a la esterilidad de la mujer, decidieron acudir a la gestación por sustitución en los Estados Unidos, puesto que la legislación francesa prohíbe este método como vía de acceso a la paternidad/maternidad. En ambos supuestos los embriones se produjeron utilizando el espermatozoides del marido y el óvulo de una donante, que fue implantado en el útero de la madre gestante.

Los hechos que provocan la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) son:

Por un lado, los Mennesson acudieron al estado de California y celebraron un convenio de gestación subrogada. En este Estado las leyes no permitían la remuneración

¹⁰ Publicado en: *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado* (2014), Cristina Pellisé, ed., Marcial Pons, Madrid

a la madre subrogante, sino solamente el costeo de los gastos incurridos por su actuación solidaria con el matrimonio. Se confirmó el embarazo de mellizos el 1 de marzo de 2000, y a través de una resolución judicial previa al nacimiento, la Corte suprema de California constató que el señor y la señora Mennesson, eran los padres legales de bebé que resultara de ese embarazo a todos los efectos, y figurarían como tales en el partido de nacimiento. Las gemelas nacieron el 25 de Octubre del 2000.

Por su parte, los Labassee acudieron al estado de Minnesota para la gestación por sustitución, firmando un contrato el 20 de junio de 2000 con el Internacional Fertility Center for Surrogacy, y a continuación, otro contrato el 29 de octubre del 2000, con esta institución y la madre portadora del vientre. La niña nació el 27 de octubre del 2001 y a través de una resolución judicial del 31 de octubre del mismo año, el Tribunal del Estado de Minnesota constató que la madre subrogante no conservaba sus derechos de paternidad sobre la misma y que éstos se extinguían. Una segunda resolución judicial confirmó al Señor Labassee como padre biológico, otorgando el nombre Juliette Monique Labassee a la menor. La partida de nacimiento del 1 de noviembre del 2001 reconoce al señor y señora Labassee como padres, a todos sus efectos.

En ambos casos las autoridades francesas denegaron el acceso al Registro Civil de estos nacimientos, sospechando que se trataba de casos de maternidad subrogada y considerando que esto iba en contra de su orden publico internacional. Las demandas por parte de los padres fueron en última instancia desestimadas por la Cour de Cassation (Tribunal Supremo Francés), basándose en que dicho reconocimiento y consecuente inscripción en el Registro Civil francés sería equivalente a considerar como efectivo el acuerdo de gestación por subrogación, que era nulo según los principios esenciales del derecho francés. Los padres responden a esta negativa reclamando la violación del interés superior del niño conforme al artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como el 8 del Convenio Europeo de derechos humanos (CEDH), al serles rechazado el reconocimiento de la filiación establecido en el extranjero. Además, los Mennesson también alegan la violación del art 8 conjuntamente con el art 14 del CEDH.

Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las conclusiones del TEDH son prácticamente las mismas para los dos casos, coincidiendo sus fundamentaciones de derecho. Después de realizar un estudio de la regulación de la institución de gestación subrogada en el Derecho comparado, el tribunal concluye que la ausencia de consenso tiene su razón de ser en las cuestiones de orden ético y moral que ello provoca. Se confirma que los Estados tienen el derecho de disfrutar de un amplio margen de apreciación¹¹ en cuanto a su regulación, pero que este margen debe de estar limitado, porque está en juego un aspecto esencial de la identidad de los individuos – la filiación. Habrá que por lo tanto buscar un equilibrio entre los intereses del Estado y los intereses de los individuos directamente afectados por la decisión.

Con respecto a la alegada violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el tribunal estima que se debe distinguir entre los derechos de los

¹¹ La Doctrina del margen de apreciación de los estados es una doctrina muy utilizada por el TEDH, consistente en otorgar discrecionalidad a los estados para adoptar ciertas normas, basándose siempre en la proporcionalidad del interés común, y el interés individual.

demandantes sobre su vida familiar y el derecho de los niños sobre el respeto a su vida privada. En cuanto al primero de éstos, considera que la denegación del reconocimiento del vínculo de filiación por el derecho francés ha afectado necesariamente a su vida familiar, pero que no se ha demostrado que este hecho les haya impedido disfrutar un respeto a su vida familiar en Francia. El tribunal llega a esta conclusión a raíz de las observaciones del gobierno francés, que señala que los demandantes han podido afrontar estas dificultades, viviendo en condiciones globalmente comparables a otras familias y tampoco existe ningún riesgo de que sean separados en razón de su situación según el derecho francés. Como consecuencia no se estima que este derecho a la intimidad familiar de los demandantes se haya vulnerado y que haya un equilibrio entre los intereses del Estado y de los demandantes.

Por otro lado, el TEDH sí estima que ha habido una conculcación del derecho del respecto de la vida privada de los niños. El tribunal destaca la importancia del derecho a la identidad de los niños, lo cual incluye la filiación como aspecto esencial de la misma. Afirma que los niños están en una situación de incertidumbre jurídica y aunque las autoridades francesas no ignoran que son identificados como los niños de los demandantes en los E.E.U.U., les había sin embargo privado de esta consideración en Francia.

Esta contradicción atenta por tanto a la identidad de los niños en la sociedad francesa así como el interés superior de los mismos. A continuación el tribunal hace hincapié en la importancia del vínculo biológico que existe en estos casos entre los niños en relación con su padre y su importancia como elemento de la identidad de cada uno. Privarles de un vínculo jurídico de esta naturaleza no sería conforme al interés superior el niño y supondría una restricción de tal calado que tendría graves consecuencias sobre su identidad y su derecho al respeto a su vida privada. Conforme al tribunal, el estado francés se había excedido de los límites del margen de apreciación permitido, al denegarles el reconocimiento y establecimiento del vínculo de filiación con sus padres biológicos en el derecho interno francés.

CONSECUENCIAS PARA LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Las conclusiones de estas sentencias ya están empezando a tener repercusiones en la legislación española. El Ministro de Justicia, Rafael Catalá, acaba de anunciar que se va a reconocer el derecho de inscripción en el registro civil español de los niños nacidos por gestación por sustitución fuera de España. El Partido Popular prevé la introducción de una enmienda al proyecto de ley de reforma del Registro Civil durante su tramitación en el Congreso, con el objetivo de adaptarse a las recientes sentencias del TEDH.

Este compromiso a la adecuación de la legislación vigente para promover la inscripción de estos niños ya se había declarado por el anterior Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón poco después de publicarse el fallos de estas sentencias. Aunque en el año 2010 la Dirección General de los Registros y del Notariado había dictado una Instrucción fijando los requisitos necesarios para que éstos niños se pudieran inscribir en el Registro Civil español, el Tribunal Supremo anuló de facto esta disposición en febrero del 2014, declarando que la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida no permitía tales inscripciones.

ASUNTOS PENDIENTES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Encontramos por un lado, la reciente decisión emitida por el tribunal D. 252/2014, y por otro lado, el caso aún sin resolver Paradiso y Campanelli contra Italia.

Primero, respecto de la decisión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió, por unanimidad, desestimar el recurso interpuesto por la negativa de las autoridades belgas a expedir un pasaporte para el niño A. Bélgica ha actuado dentro de los límites que le permite esta materia, en tanto que no quedó suficientemente demostrado el origen del vínculo de filiación entre los solicitantes y el niño A., estando dentro de las potestades del Estado Belga controlar a priori esta cuestión. Se desestima que haya vulneración del art. 8 del CEDH “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, y del 3 CEDH, ya que no se demostró que el tiempo durante el que estuvieron separados los padres del niño haya afectado de alguna manera al menor. Mejorar redacción

Los hechos son los que redactamos a continuación:

- Los demandantes el señor D y señora R, son nacionales belgas nacidos en 1960 y 1968 respectivamente, domiciliados en Bélgica, actúan también como representantes de su hijo A. Los demandantes son una pareja casada, viajaron a Ucrania para realizar un contrato de gestación por sustitución de ella nació A.
- El 25 de febrero de 2013 en Ucrania la pareja declaró el nacimiento de su hijo ante las autoridades ucranianas y obtuvieron un acta de nacimiento donde D fue reconocido como padre y R como madre.
- El 15 de marzo de 2013, los demandantes solicitaron a la embajada belga en Kiev la emisión de un pasaporte para su hijo, que les fue denegado por falta de pruebas para establecer la paternidad del niño A. El 19 de marzo de 2012, los demandantes solicitaron al tribunal de primera instancia de Bruselas para que se ordenara a las autoridades belgas a emitir un pasaporte para permitir al niño A ir a Bélgica.
- El 22 de marzo de 2013, los demandantes introdujeron un nuevo procedimiento ante el tribunal de primera instancia de Bruselas, con el fin de reconocer la validez del acto de nacimiento en Ucrania del niño.
- Mediante auto de 5 de abril de 2013, el juez rechazó su solicitud debido a que su caso dejó muchas dudas respecto de la madre sustituta y el método utilizado para la reproducción. Los demandantes no habían aportado pruebas suficientes para juzgar la existencia de un parentesco biológico entre ellos y el niño.
- El 25 de abril de 2013, los solicitantes tuvieron que regresar a Bélgica sin su hijo A. Una niñera cuidó del niño en su ausencia.
- El 31 de julio de 2013, el Tribunal de la Apelación de Bruselas, declaró que los demandantes habían reunido suficientes pruebas adicionales, en especial respecto de la paternidad biológica del Señor D. Por lo tanto, ordenó al Estado Belga la emisión del pasaporte correspondiente para que A. pueda ir a Bélgica con el Señor D. Recibieron el pasaporte que permite la entrada del niño a Bélgica, el día 5 de agosto de 2013, al día siguiente llegaron a Bélgica con A.

El fallo de tribunal respecto de la **vulneración artículo 8** (separación temporal entre el niño y los solicitantes) es el siguiente:

La negativa inicial de las autoridades belgas a proporcionar un pasaporte al niño, que creó una separación efectiva entre ellos, constituye una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. El Tribunal consideró que esta injerencia estaba prevista por la ley y persigue varios objetivos legítimos, concretamente la prevención de delitos como la trata de seres humanos, así como la protección de los derechos de A y la madre gestante.

El Tribunal reitera que los Estados tienen en esta materia un amplio margen de apreciación, sobre todo cuando está en juego cuestiones morales o éticas sensibles. El Tribunal considera que ni los procedimientos de medidas provisionales, que duraron cuatro meses y doce días en total, ni el período de separación efectiva entre los demandantes y A. no pueden considerarse como excesivamente largo. El convenio no obliga a los Estados a permitir la entrada en su territorio a niños nacidos a partir de gestación por sustitución, sin que las autoridades nacionales primero realicen comprobaciones legales.

D y R podían prever razonablemente las posteriores dificultades para llevar el niño a Bélgica, teniendo en cuenta que fueron asesorados por un abogado belga y un abogado ucraniano.

El Tribunal considera que el dilatado tiempo para la obtención del pasaporte, es en parte, debido a que los padres no presentaron pruebas suficientes para demostrar el parentesco biológico con el niño.

Y finalmente concluye que el Estado belga, al negarse el 31 de julio de 2013 a autorizar el traslado del niño A. al país, ha actuado dentro del margen de apreciación que le presta el art.8.2 CEDH. Por lo tanto, la queja en virtud del artículo 8 es manifiestamente infundada y debe ser rechazada.

Respecto de la **vulneración del art. 3** (separación temporal entre el niño y los solicitantes) el Tribunal señala que a las demandantes no han aportado pruebas específicas para concluir que el niño A. sufrió durante el período de separación, cualquier tratamiento que habría sido perjudicial para él. El Tribunal considera que, en las circunstancias de este caso, el nivel de gravedad requerido para considerar vulnerado el art. 3 no se ha logrado. Por lo tanto, se rechaza la queja por manifiestamente infundada.

En segundo lugar, el caso PARADISO Y COMPANELLI CONTRA ITALIA acoge los siguientes hechos:

Los demandantes, el Sr. Campanelli Paradiso, la Sra Donatina Paradiso y Teodoro Campanelli, son ciudadanos italianos. Los primeros solicitantes, marido y mujer no podrían tener hijos a causa de la infertilidad del solicitante. Decidieron recurrir a la maternidad subrogada y utilizar la fertilización in vitro con los gametos del solicitante y de un óvulo fecundado de una donante en el útero de otra mujer. Para ello, fueron a Rusia, donde se permite por ley y llegaron a un acuerdo con la sociedad "Rosjurconsulting".

Los demandantes solicitaron el consulado italiano en Moscú que entregara sus documentos para volver a Italia con el niño. Ante la sospecha de un caso de subrogación, las autoridades consulares entregaron el caso a la Fiscalía de Campobasso.

Una vez de vuelta en Italia, los demandantes solicitaron la transcripción del acta de nacimiento. Esta transcripción fue negada el 4 de agosto 2011 con el argumento de que el certificado de nacimiento contenía información falsa sobre el nombre de los verdaderos padres del niño. Mientras tanto, una prueba de ADN se realizó a los solicitantes. Se desprende de esta prueba que no existe una relación genética entre ellos.

El 20 de octubre 2011, el Tribunal de Menores declaró que el niño estaba en un estado de abandono y la custodia se atribuya a los servicios sociales. El tribunal determina que el niño no era el hijo de los dos primeros demandantes, dado que no existía ningún vínculo biológico entre el niño y la pareja. Se produjo una situación ilegal porque los demandantes habían llevado a Italia a un niño en violación de las normas internacionales en materia de adopción. Según el tribunal, dada la corta edad del niño, romper el contacto con los solicitantes no sería demasiado traumático.

Los demandantes apelaron. El Tribunal de Apelación desestimó el recurso. El niño fue colocado en una institución y los solicitantes no tienen ningún contacto con él.

Las cuestiones que han realizado las partes las enumeramos a continuación:

1. ¿Existe una violación del derecho de los demandantes al respeto de la vida familiar en virtud del artículo 8 de la Convención?
2. En particular, ¿la decisión del Tribunal de Menores Campobasso a declarar al niño en un estado de abandono, dar la custodia del niño a los servicios sociales, y prohibir cualquier contacto con los dos primeros demandantes, constituye una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de la vida familiar en virtud del artículo 8 de la Convención? Si es así, ¿dicha injerencia está justificada en virtud del apartado 2 de este artículo?
3. ¿Se tomó la decisión en violación del artículo 6.1 de la Convención, en la medida en ninguna experiencia fue ordenada por el tribunal en el niño para evaluar las consecuencias psicológicas de su lejanía y su colocación?

BIBLIOGRAFÍA

- *Aurora Hernández Rodríguez*. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, No 2 (2014). *Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?:* <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2264>
- Press Release issued by the Registrar of the Court. ECHR 185 (2014). 26.06.2014:
<http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fwebsites%2Fcontent%2Fpdf%2F003-4804617-5854908&ei=G1qLVO3PJ9bfarSWgMgD&usg=AFQjCNFmsP13V-YNRr68hZD11SryLWeTJg&bvm=bv.81828268,d.d2s>
- ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy Regarding the *Mennesson v France* and *Labassee v France* cases (n° 65192/11 & 65941/11). By Grégor PUPPINCK, Ph.D, Director of European Centre for Law and Justice, and Claire de La Hougue, Ph.D and Lawyer. September 1, 2014. (*Revue Lamy Droit Civil*, n° 118, September 2014. p. 78. Original published in French.) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2500075
- <http://noticias.juridicas.com/actual/3987-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler.html>
- <http://www.efe.com/efe/noticias/espana/sociedad/espana-inscribira-registro-civil-los-hijos-ventre-alquiler/1/5/2488687>
- <http://noticias.juridicas.com/actual/4014-justicia-se-compromete-a-adequar-la-legislacion-para-facilitar-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-los-ninos-nacidos-de-vientres-de-alquiler-.html>
- <http://www.abc.es/sociedad/20140710/abci-registro-hijos-maternidad-subrogada-201407092151.html>
- [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-146420#{"itemid":\["001-146420"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-146420#{)

III. JURISPRUDENCIA DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES ORDEN CIVIL

Sandra Martín Hernández/ Paula Gómez Hernández/ José Rafael Herrera Nardone/
Ángel Jiménez Díez

Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Valencia Sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre

En esta primera sentencia del orden jurisdiccional civil, un matrimonio español formado por dos varones (Bienvenido y Genaro) que se trasladan a California (EEUU) con el fin de realizar un contrato de gestación por sustitución.

Los dos niños nacidos por esta vía se inscriben en el país de origen como hijos naturales de dicho matrimonio, pero los problemas nacerán cuando se pretende la inscripción de los mismos en el Registro Consular español en Los Ángeles (California), puesto que esa inscripción se deniega alegando que estos menores eran consecuencia de gestación por sustitución, figura prohibida en la legislación española.

El matrimonio interpone recurso contra ese auto que fue resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN de ahora en adelante) estimando el mismo y ordenando la inscripción de los menores. La DGRN justifica en su resolución que la inscripción no vulnera el orden público internacional español en primer lugar. En segundo lugar, determina que permitir la inscripción de la filiación por naturaleza en el registro civil a favor de dos varanos, con el argumento de que se trata de sujetos del mismo sexo, es insostenible por resultar discriminatorio. En tercer lugar, se alude al interés superior del menor, y en virtud del mismo, se aconseja la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que consta en el registro extranjero, ya que los menores, tienen derecho a una identidad única, entendiéndose por tanto que no existe obstáculo jurídico para que no se proceda a la inscripción a favor de dos varanos españoles.

Finalmente el último de los argumentos utilizados radica en la ausencia de fórum shopping fraudulento por parte de los interesados.

Esta sentencia nace de la demanda interpuesta, ante tales hechos, por el Ministerio Fiscal español, contra la resolución emitida por la DGRN, que será conocida por el juzgado de Primera Instancia de Valencia, la cual, fue admitida a trámite por vía de juicio ordinario.

Ante estos hechos y analizando cada uno de los argumentos esgrimidos por la DGRN para proceder a la inscripción en el Registro Civil español de los menores, se dicta sentencia estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra dicha resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, dejando por ello sin efecto la inscripción de nacimiento Registro Civil Consular de Los Ángeles de los dos menores con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Bienvenido y Genaro y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) Sentencia núm. 826/2011 de 23 de noviembre

.

En un primer momento, en una sentencia de Primera Instancia número 15 de Valencia con fecha 15 de septiembre de 2010 la DGRN ordena una inscripción de nacimiento en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de dos menores nacidos como consecuencia de una gestación por sustitución y ahora, contra esa sentencia se pide la cancelación de dichos asientos por el Ministerio Fiscal por entender que existe contrariedad con la legalidad española y en concreto al artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida que dice que:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Además se entiende que los demandados, nacionales españoles, buscaron la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación pos sustitución allí para huir de la aplicación de la norma de conflicto española. Por otra parte, los recurrentes tampoco acreditaron que en el caso de que su pretensión no fuera estimada, el destino de los menores sería internar en un orfanato o ser devueltos a los Estados Unidos donde también sufrirían un destino similar. Se entiende que con esa certificación registral se está vulnerando el orden público internacional español, tampoco hay una previa decisión judicial en cuya virtud se ha expedido la certificación californiana.

Además considera el Tribunal que la cancelación de esos registros no vulnera ni el derecho a la identidad de los menores, ni el principio de igual y de prohibición de discriminación por razón de sexo. Se dicta por ello Sentencia por el Juez de Primera instancia estimando íntegramente la demanda interpuesta por el ministerio fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 48 de febrero de 2009 dejando sin efecto la inscripción de nacimiento de los dos menores en el Registro civil Consular de Los Ángeles con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de los demandados y como consecuencia se ordena la cancelación de la inscripción.

Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por parte de D. Porfirio y D. Segismundo.

La Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª) resuelve dicho recurso de apelación presentado contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010 desestimando el mismo y confirmando la citada sentencia.

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón (Provincia de Madrid) Auto de 25 junio de 2012 (285/2012)

Dicha resolución pertenece a la jurisdicción civil, y trata un recurso cuya ponente es Mónica Gómez Ferrer. A lo largo de la resolución el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozuelo de Alarcón otorga exequátur a la sentencia de fecha 28-01-2010, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California Condado de San Diego.

En los antecedentes de hecho se expone que el procurador de los Tribunales Sr. Luis Gómez Manzanilla García, actuando en nombre y representación de Dña. Martina presento solicitud de exequátur en reconocimiento de sentencia extranjera dictada en proceso de reconocimiento maternidad en ausencia de paternidad, por el Tribunal Superior de Justicia de California Condado de San Diego por la que se declara a Dña. Martina madre legal y único progenitor de los menores Rómulo y Sebastián, solicitando que previa audiencia del Ministerio Fiscal, se dicte resolución otorgando el exequátur, librando certificación o testimonio al registro en el Registro Civil de Madrid.

En segundo lugar esta resolución indica que mediante diligencia de ordenación de fecha 22 de Mayo de 2012 se acordó tramitar el procedimiento y posteriormente se dio

traslado al Ministerio Fiscal, quien emitió informe solicitando que no se proceda a acceder a lo solicitado por la parte actora y quedaron los autos vistos para dictar la presente resolución.

La parte dispositiva de esta resolución otorga EXEQUATUR a la sentencia de fecha 28 de enero de 2010, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California Condado de San Diego, pudiéndose contra dicha resolución formular recurso de apelación.

Comentario Doctrinal

Esta resolución versa sobre un proceso de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad. Hace referencia a la gestación por sustitución. En dicha resolución se establece el carácter personal de la acción, ausencia de rebeldía y autenticidad de la resolución mediante la apostilla del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, que establece que en aras de la protección del interés del menor, no se les puede privar del acceso al Registro Civil Español, siendo requisito previo para ese acceso la obtención del exequátur.

Esta resolución se basa en el precepto 955 LEC de 1881, pero por otro lado, a efectos de resolver la cuestión suscitada, se debe mencionar también la resolución de fecha 5 de octubre de 2010 de la D.G.R.N, la cual indica que la Ley 14/2006 de 26 de mayo contempla en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero

Por otro lado establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, quedando también a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

Por tanto, en base a esto en la resolución se deduce que el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna.

Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, regulada en los artículos 764 y siguiente de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dice esta resolución que para conseguir dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.

En el análisis del tema se dice que es necesario tener en cuenta los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, también se debe hacer hincapié en que la inscripción registral no puede dar lugar a supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, se exigen que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico.

Por otro lado, también debe valorarse la protección de las mujeres que se prestan a

dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

La instrucción de la DGRN fija las directrices a las que deberá ajustarse la práctica registral y para garantizar la protección de dichos intereses, dicha Instrucción establece como requisito previo la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente con la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos,

Este hecho tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución.

Por otro lado la instrucción dice que serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, los cuales establecen que será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881

Sin embargo en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, la inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, siendo suficiente el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

Por ello, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC.

Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.

En conclusión, se toma la determinación de otorgar exequátur pues el tribunal estima que con la solicitud se adjuntó la copia autenticada y legalizada de la sentencia extranjera, y resultando probada la firmeza de la sentencia referida cuyo exequátur se pretende, además de darse los requisitos que enumera el art. 954 de la LEC 1881 para que tengan fuerza en España las ejecutorias extranjeras, esto es, que la acción de filiación tiene carácter personal, la ausencia de rebeldía, y la autenticidad de la resolución mediante la apostilla del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961.

En base a todo lo anterior, el tribunal considera que debe estimarse la solicitud presentada de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad, y otorgarse el exequátur. Y en cuanto a ir en contra del orden público, hay que estar al interés de mayor protección, en este caso son los menores, los cuales no se les puede privar del acceso al Registro Civil Español, siendo requisito previo para ese acceso la obtención del exequátur.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) Auto núm. 1341/2012 de 3 diciembre

Los antecedentes de hecho exponen que con fecha 29 de diciembre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid, se dictó un auto en el cual se establecía no haber lugar al reconocimiento de la Sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder en el Estado de Colorado (E.E.U.U.) en fecha 5 de noviembre de 2009.

Una vez notificada la resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Sabino, en base a las alegaciones contenidas en su escrito de fecha 2 de febrero de 2012. Posteriormente el Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 2 de marzo de 2012 impugna dicho recurso y posteriormente se solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda interpuesta por la representación del actor en cuyo suplico se pedía que se tuviera por solicitada la ejecución de la sentencia extranjera dictada el 5 de noviembre de 2009 por el Tribunal de Distrito del Condado de Boulder, en el Estado De Colorado (E.E.U.U.) y, previa audiencia del Ministerio Fiscal, se pide que se dé cumplimiento a la citada sentencia, y se acuerde la inscripción de dos niñas, que responden al nombre de Luz y Salome, en el Registro Civil español como hijas de Sabino, el demandante.

En dicha sentencia se decreta que inmediatamente después de producirse el nacimiento, el demandante, Sabino, sea declarado único padre legal de los niños a los que dé a luz la demandada, Belinda, y que dichos niños tengan todos los derechos, privilegios y obligaciones de los niños nacidos de un matrimonio.

Los Demandados, Belinda y Florián, no son los padres legales de los niños y no tienen patria potestad ni responsabilidades con respecto a dichos niños.

Asimismo, se ordena que al nacer los niños, Sabino sea autorizado a incluir su nombre en las partidas de nacimiento de los niños formalizadas en el hospital donde deben nacer. Igualmente, se ordena que las mencionadas partidas de nacimiento (expedidas por el Departamento de Salud Pública y Medioambiente de Colorado) no incluyan ningún nombre respecto de la madre de los niños.

Dicha demanda tuvo respuesta negativa con respecto a la inscripción de la filiación biológica en el Registro Civil español pues dado los términos del artículo 10 de la Ley 14/2006 que establece en su punto 1 que "*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*" y en el punto 2 que "*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*" no concurre el requisito establecido en el nº 3 del artículo 954 de la L.E.C. de 1881.

Comentarios Doctrinales

En el caso español, debemos destacar que el tema de la gestación por sustitución tiene un importante elemento internacional, estando estrechamente ligado al Derecho internacional privado (DIPR de ahora en adelante), puesto que son numerosos los supuestos en los que hombres y mujeres han recurrido a la maternidad subrogada en un

país extranjero con el fin de formar una familia. Así mismo, es preciso resaltar que el número de resoluciones, sentencias, autos y otro tipo de resoluciones no se corresponde cuantitativamente hablando con la realidad social. Concretamente es mucho menor, pudiéndolo achacar al hecho de que siempre estas situaciones dan lugar a conflicto.

En primer lugar se debe tener en cuenta el sistema de DIPR nunca tuvo una respuesta especial para la filiación derivada de la maternidad subrogada y sigue sin tenerla. El DIPR de los países de nuestro entorno se encuentra en similar situación. Una primera constatación es que no existen normas específicas de DIPR dirigidas a regular el tema que nos ocupa.

Por otro lado debemos centrarnos en la existencia normativa y exigencias del Registro civil, más allá de la realidad, de los hechos. Un rechazo a la inscripción en el Registro civil del nacimiento y filiación de un nacido de padre español, por ejemplo, puede implicar la imposibilidad de obtener un título de viaje válido para que un español entre en España. Algo que se producirá si el país del nacimiento no le concede la nacionalidad al nacido.

La DGRN se ha enfrentado a un número relevante de recursos contra la negativa de inscripción por parte de los Registros civiles consulares y, en alguna ocasión, del Registro civil central en supuestos de niños nacidos mediante maternidad subrogada. Y lo ha hecho mediante la aplicación de su Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Los Registros civiles ya no deniegan la inscripción cuando el supuesto y las circunstancias del caso se ajustan a la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 y a su interpretación posterior por la propia DGRN, mientras que, por su parte, los interesados cuyos supuestos y circunstancias no se ajustan a los requisitos de la citada Instrucción, o no solicitan la inscripción o cuando ésta es rechazada no recurren.

Por otro lado, en términos de reconocimiento a título principal de una resolución extranjera declarando la filiación derivada de gestación por sustitución, no existe una posición clara sobre la contrariedad o no con el orden público español de este tipo de filiación.

Si nos basamos en principios fundamentales resulta que los mismos principios sirven tanto para decir que no admitimos la maternidad subrogada cuanto para decir lo contrario.

En este caso concreto hablamos de una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid de Diciembre de 2012 contraria al reconocimiento de una resolución de tribunales de Colorado (EEUU), un supuesto contencioso entre los padres intencionales y la madre gestante. Se realiza control de orden público (art.954.3 LEC) y finalmente la Audiencia Provincial de Madrid deniega el exequátur.

La posición del Ministerio Fiscal en este tipo de sentencias es no impugnar las resoluciones DGRN que resuelven la inscripción. Y el ámbito judicial se opone al reconocimiento en España de resoluciones judiciales extranjeras sobre este tema, generando con ello la ambigüedad del Ministerio Fiscal.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero 2014

Los hechos que dan lugar a esta sentencia son los siguientes:

Primero.- El Ministerio Fiscal presentó en el Decanato de los Juzgados de Valencia, con fecha 28 de enero de 2010, demanda de juicio ordinario contra la DGRN cuyo suplico pedía *«se dicte en su día una sentencia por la que se declare que, al infringirse directamente un precepto incluido en la Ley Española (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, artículo 10) , el contenido de dicha resolución es contrario al orden público español y no procede el acceso al Registro Civil español de los hechos en su virtud inscritos, por lo que deberá acordarse su cancelación.»*

Segundo.- Se admite a trámite la demanda y se emplaza a los demandados para su contestación. La Procuradora D. ^a Ana Ballesteros, en nombre y representación de D. IBG y D. JCME, en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: *«dicte en su día Sentencia, desestimando la demanda, con expresa imposición de las costas a la actora.»*

Tercero: El Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 15 de Valencia dictó sentencia *«Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución¹² de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores CBM y MBM con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de IBG y JCME y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción.»*

Cuarto: Se interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, y únicamente, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso interpuesto.

Quinto: La Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto.

Finalmente, se interpone recurso de casación (el cual será admitido) por: *«Infracción del art. 14 CE , por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño , hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.»*

Los hechos que fundamentan el objeto del recurso traen causa de una solicitud en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, EEUU) de inscripción del nacimiento de dos niños, nacidos en dicho estado el 24 de octubre de 2008 mediante “gestación por sustitución” y cuya filiación había quedado determinada conforme a la ley californiana respecto de los recurrentes, dos varones de nacionalidad española

¹² Desde que se dicta esta Instrucción en 2010 hasta la sentencia del TS de 6 febrero de 2014 en ese intervalo se ha posibilitado que se hayan inscrito muchos niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero pero a raíz de la STS, esta Instrucción ha perdido fuerza vinculante y empieza a no ser aplicada, de forma cautelar, en distintos consulados españoles.

En cualquier caso, la Instrucción ha dado lugar a críticas de parte de muchos estudiosos de derecho. En este sentido, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González afirman que: *“La Instrucción se escuda en la exigencia de una resolución judicial extranjera para acreditar la filiación de los nacidos por gestación por sustitución. Y dicha exigencia es ilegal, porque no se deriva ni de la Ley del Registro Civil ni de su Reglamento ni de ninguna otra disposición legal. Por tanto, la Instrucción carece de validez por infracción del principio de jerarquía normativa (art.2 CC)”*.

casados en 2005. El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción invocando la prohibición de la gestación por sustitución del art. 10 de la ley 14/2006 de 26 de mayo (Ley sobre técnicas de reproducción asistida, LTRA)

Los interesados interpusieron recurso ante la DGRN solicitando la revocación de la decisión del encargado del Registro Civil consular, y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. La DGRN estimó el recurso y se procedió a la inscripción, la resolución estimaba que no se vulneraba el orden público internacional y se evitaba así una discriminación por razón de sexo a la vez que protegía el interés superior del menor.

El Ministerio Fiscal por su parte, interpuso demanda impugnando dicha resolución, alegando infracción del art. 10 de la LTRA, el cual establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, quedando la filiación determinada por el parto, quedando a salvo la acción de reclamación de paternidad del padre biológico. Considera de igual modo que la resolución de la DGRN contraría el orden público español y no procede por tanto la inscripción.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, dictó sentencia en la que estimó la impugnación y acordó dejar sin efectos y cancelar la inscripción de nacimiento. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y contra la misma se interpuso recurso de casación. Dicho recurso se basa en un único motivo: «Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño¹³». Los argumentos se resumen en los siguientes tres:

- 1) No permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio.
- 2) Se vulnera el interés del menor
 - Perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos
 - Los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo;
 - El menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.
- 3) El reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato.

El fallo¹⁴ de este tribunal se configura desestimando el recurso de casación contra la sentencia de nº826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la AP de Valencia en el recurso de apelación nº 949/2011 dimanante de las actuaciones de

¹³ Convención hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989 (No reconocer la filiación vulneraría el interés superior de los menores visto que los mismos tienen derecho a una identidad única)

juicio ordinario núm. 188/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad. No se hace expresa imposición de costas. Se insta al ministerio fiscal a que en la medida de lo posible ejercite las acciones necesarias para determinar la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto.

Sin embargo, dicha sentencia tiene un voto particular:

- El desacuerdo resulta en cuanto a que la técnica aplicable no es la de conflicto de leyes, sino la de reconocimiento de una resolución extranjera, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California. No debería plantear problemas al acceso al Registro Civil español de la filiación ya determinada conforme a la legislación del derecho de familia californiano, amparándose en la prohibición del art. 10 de la Ley 14/2006. Los problemas no deben ser en cuanto a ley aplicable, sino de reconocimiento, y conforme al art. 81 de Reglamento del registro civil (RRC) la DGRN habría aplicado bien el precepto otorgando la inscripción, ya que el documento presentado era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana. Lo que interesa es el reconocimiento de la filiación resultante de la legislación americana, por lo que el instrumento contractual de la gestación por sustitución no puede ser la causa de denegación del reconocimiento. En consecuencia no resulta de aplicación el art. 10 de la Ley 14/2006 puesto que la filiación ya fue determinada por una autoridad extranjera con lo que la decisión se traslada a conocer si contraria el orden público internacional.
- Se discrepa con que la decisión vulnere el orden público internacional, primero porque la denegación de la inscripción debe ampararse en la vulneración del orden público internacional. En esta materia el orden público *“no debe valorarse desde la perspectiva de la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor”*. En segundo lugar, se dice en la sentencia que *“los avatares en la técnica de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”*. No es esta una afirmación que pueda generalizarse, ya que supone una manifestación del derecho a procrear, importante, para quien no puede tener un hijo genéticamente propio. Hay que contar también con el consentimiento de la madre gestante, que se hace libremente ante la autoridad judicial, siendo libre y voluntario difícilmente se explota o cosifica a la mujer y no afecta al interés del menor que nace en una familia que lo quiere.
En Tercer lugar, la tendencia en derecho comparado camina a flexibilizar y regular estos supuestos. Lo ha hecho en España la DGRN mediante la instrucción sobre *“régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”*, de 5 de octubre de 2010, con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea

español.

En cuarto lugar, el orden público se vuelve a poner en evidencia en el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, en el que lejos de rechazarlo trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de los casos.

Finalmente, la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso, deben ser los tribunales en cada caso los que decidan si la resolución extranjera en España contraría los principios constitucionales. En este caso el TS no justifica la vulneración del orden público, no se indica cómo queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente esta forma de procreación, como tampoco de la mujer que acepta la petición, tampoco indica de qué forma se ve vulnerada la dignidad de los nacidos, no se demuestra que puedan existir beneficios económicos indebidos, y es la DGRN la que valora si las resoluciones vulneran el interés superior del menor y no se ve afectado de acuerdo a la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño.

La sentencia trata de evitar el perjuicio instando al MF a que determine en la medida de lo posible la filiación de los menores, no obstante, ello no impide que suponga un perjuicio para el interés de los menores, que tendrán nombres distintos y filiación distinta en los dos países.

Comentarios, y análisis crítico

En la sentencia se enfoca la problemática de la gestación por sustitución en varios sentidos.

Por un lado: acerca de la cuestión de la inscripción en el Registro Civil español de una filiación ya determinada conforme al derecho californiano y por autoridades de California, suscita un problema de la validez extraterritorial de resoluciones y no sobre conflicto de leyes. Por tanto, son aplicables los arts. 81 y 85 RRC no siendo preciso exigir ninguna sentencia judicial extranjera en la que conste la filiación de los menores para que sea inscrita en España. Conforme al art. 23 LRC no es necesario que todo acto contenido en un acta registral extranjera sea conforme al Derecho sustantivo español, basta que no vulnere el orden público internacional español.

Y por otro lado: La norma prohibitiva del art. 10 de Ley 14/2006 no es una norma imperativa que sea aplicable de manera sistemática a todos los casos. El Tribunal Supremo admite que el núcleo familiar formado por los dos españoles y los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución constituye una familia, debiendo ser protegida por el Derecho. Sobre estos pronunciamientos del TS mostramos acuerdo.

No obstante, es criticable la valoración del TS sobre la vulneración del orden público internacional español, a partir de la resolución registral extranjera. Tal y como ya ha señalado el voto particular, el interés superior del menor se contiene en la constitución española así como en textos internacionales de los que España es parte, por tanto, de normas de un rango superior, jerárquicamente hablando, a la ley. Por lo que podemos concluir que, es la Ley 16/2006 la que debe ajustarse a este valor superior, ya que se contiene en normas de un elevado rango jerárquico. Al tratarse de un principio superior,

implica que en casos en los que confluyan otros principios antitéticos, como en este caso en el que se castiga el intento de elusión de la norma prohibitiva española, debe prevalecer siempre el interés superior del menor.

Además como indica el voto particular, la vulneración del orden público internacional debe valorarse caso a caso, lo que no ocurre en esta sentencia. Primero no se demostró que los niños nacidos en California fueron objeto de comercio. Segundo, tampoco se demostró que la madre gestante fuera engañada o que se la obligase, o bien que vendiera sus servicios con exclusivo ánimo de lucro y percibiendo beneficios indebidos. Sólo en esos casos se habría vulnerado la dignidad de la gestante y de los menores. Afirmar que toda gestación por sustitución existe una cosificación de los nacidos y de la madre gestante y por tanto un trato indigno, sería tanto como afirmar que todas las adopciones hechas en el extranjero vulneran la dignidad de la madre biológica, que vende a su hijo y se lucra con ello. En este caso no se ha demostrado que puedan existir beneficios indebidos o la participación de intermediarios que hayan hecho negocio.

Finalmente el perjuicio para los menores se produce, ya que tendrán nombres distintos y padres distintos en España y en Estados Unidos.

COMENTARIO SOBRE LO EXPRESADO POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO ACERCA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. EN CONCRETO SOBRE INSCRIPCIONES DE NACIDOS POR ESTE MÉTODO EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

I RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

Los hechos que originan esta resolución son los siguientes: Dos ciudadanos presentaron en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, la solicitud de inscripción nacidos mediante gestación por sustitución. El Encargado del Registro denegó lo solicitado por los interesados, invocando el artículo 10.1 de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, que prohíbe la gestación por sustitución.

Tras este auto los interesados, interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

Ante tales hechos, la DGRN fundamenta:

Que hay dos modos de inscripción en el Registro Civil de sujeto español acaecido en el extranjero:

- Por declaración.
- Presentación de la certificación registral extranjera en el que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

En este caso se realiza por el segundo modo. Por lo que el asunto versa sobre una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España. Para determinar si debe ser incorporado al registro será aplicable el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, que contiene las normas jurídicas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras.

En torno a este artículo la DGRN analiza diversas cuestiones:

Primero de todo, el mencionado artículo 81 no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. Según la DGRN esto se debe a las siguientes razones:

- En primer lugar, esto supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio sistema de DIPr, y que en virtud del principio de exclusividad de este, las autoridades públicas de un Estado sólo aplican a la resolución de los casos internacional que se les plantean, sus propias normas de DIPr.
- En segundo lugar, se produciría un perjuicio para la seguridad jurídica, ya que las posiciones jurídicas de los particulares cambiarían de Estado a Estado. Esto es inadmisibles ya que el DIPr español se orienta, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras para así ajustarse a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso equitativo.
- En tercer lugar, se evitan dobles procedimientos y se respeta la economía procesal.

El artículo 81 también establece que *“el documento auténtico es título para inscribir el hecho de que da fe”*. El documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al Registro Civil español, para ello es necesario cumplir los siguientes requisitos:

- En primer lugar, la LEC considera como documento público, cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como “documento público” o documento que hace “prueba plena en juicio” y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización o apostilla. En el presente caso, está clara la autenticidad de la certificación registral extranjera.
- En segundo lugar, que haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas. En virtud de esto, la certificación registral californiana constituye una auténtica “decisión” y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas.
- En tercer lugar, la necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera. El artículo 81 exige que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener “fuerza en España” y acceder, de este modo, al Registro Civil español. Se exige, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

También hace referencia la DGRN al orden público. En este sentido manifiestan que la certificación no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. La justificación es la siguiente:

- La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción.

- Dice la DGRN que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio.
- El interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero. En el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño. Este artículo exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar.
- Ese “interés superior del menor” al que alude el citado artículo 3 se traduce en el derecho de dicho menor a una “identidad única”. Esto es, el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, con el fin de evitar que cambie de padres al cruzar una frontera. La inscripción de la certificación registral californiana, por ello, es lo más efectivo para dar cumplimiento de este derecho de los menores a una identidad única.
- La filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la “vinculación genética” entre los sujetos implicados.
- Tampoco se considera existente fraude de ley de la pareja, ya que no han utilizado la norma de conflicto con el objetivo de eludir una ley imperativa española. Así como tampoco han incurrido en “Fórum Shopping fraudulento” al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española.
- La ley española que prohíbe los contratos de gestación por sustitución no es aplicable. Porque este caso, examina si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Además dice la DGRN, que cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de la inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria; teniendo su decisión efecto de cosa juzgada.
- Por último hace referencia a la nacionalidad del menor en cuestión. Para ello alude al artículo 17 Cc. en el que se indica que son españoles “los nacidos” de padre o madre españoles; con lo que el precepto no exige que haya quedado determinada legalmente la filiación, sino que es suficiente que quede acreditado el hecho físico de la generación.

Por ello, al tratarse de la inscripción del nacimiento y filiación de sujeto español nacido de progenitor español, la DGRN ordena que se proceda a su inscripción.

Análisis doctrinal:

CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, han calificado la resolución de la DGRN como, Tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante decisión extranjera.

Primero hay que hacer referencia a la crítica sobre el no uso del artículo 23 LRC:

- Antes de esta Resolución, la DGRN venía exigiendo para inscribir en el Registro Civil un nacimiento acaecido fuera de España, por transcripción del asiento extendido en un Registro Civil extranjero, tres requisitos plasmados en el art. 23 (DURAN AYAGO). Estos requisitos son:
 - El certificado del Registro extranjero.
 - La realidad del hecho inscrito.
 - Su conformidad con la Ley española.

En cuanto a la interpretación del art. 81 la crítica es la siguiente: el artículo dice que “no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea ‘idéntica’ a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas”. DURAN AYAGO ha dicho: “Y es cierto y nada hay que objetar a esta argumentación, si no fuera porque identidad de resultados no es lo mismo que validez”.

Sobre la decisión de la DGRN de que la certificación registral californiana es una auténtica decisión, la doctrina se ha manifestado contrariamente:

CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ han llegado a la conclusión de que, *“una resolución dictada por una autoridad extranjera que se limita a dar fe de una situación jurídica no es una decisión”*.

En este sentido también se ha manifestado ESPINAR VICENTE: entiende, que este tipo de documento público sirve para probar que, en los libros del Registro, constan unos hechos, unas manifestaciones de voluntad o unas resoluciones que están amparados por una presunción iuris tantum de veracidad, pero no puede servir para acreditar la existencia iuris et de iure de las situaciones o relaciones jurídicas que pudiesen nacer de tales acaeceres o declaraciones, ni que las resoluciones o sentencias que recogen puedan ser reconocidas automáticamente en otros países.

Insiste también en que es necesario distinguir entre el valor probatorio de la certificación registral extranjera y su estimación como título suficiente para la inscripción

También hay críticas en cuanto a la afirmación de la DGRN de que en este caso no hay fraude de ley ni *“Fórum Shopping fraudulento”*: Pero lo cierto es que se busca la aplicación de un sistema que a priori no sería aplicable, para constituir una relación jurídica que de otro modo no sería posible. Si a ello añadimos que el art. 23 LRC determina expresamente que únicamente puede practicarse una inscripción en el Registro Civil español e virtud de una certificación extranjera, cuando “no haya duda de la realidad de hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”, esta argumentación en este caso en concreto parece poco sostenible

Las críticas, como se ve, se han centrado en la utilización del artículo 81. Por ello, creo necesario hacer referencia a lo que ha dicho la doctrina acerca del interés superior del menor y el derecho de este a una identidad única.

SANDRA GARCÍA CANO ha dicho que: *“el interés superior del menor exige garantizar la continuidad de su régimen jurídico y la conservación de su status a través de las fronteras, evitando cualquier tipo de situación claudicante. La protección de los derechos de custodia y de visita, así como el derecho a las relaciones personales del menor, reclama en el contexto internacional una flexibilización del régimen de eficacia extraterritorial de las decisiones relativas a tales derechos, que permita resolver los*

graves problemas que plantea, huyendo de los formalismos de los procedimientos y de los pasos intermedios”.

II INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DGRN SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Esta instrucción se realiza tras la resolución anteriormente resumida, con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor; para ello, establecen unos criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.

Las directrices para el acceso al RC son las siguientes:

- Presentación, junto a la solicitud de inscripción, de la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.
- Salvo que resulte aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la LEC de 1881. Deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.
- En el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En este control incidental debe constar:
 - a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
 - b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
 - c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
 - d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
 - e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios, que se encuentran regulados en el artículo 10.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Análisis doctrinal:

La doctrina ha calificado lo expuesto en esta instrucción como, **Tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial.**

Antes de la Instrucción de la DGRN CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ y CASTELLANOS RUIZ, en Derecho de Familia Internacional de 2008, se manifestaron del siguiente modo sobre las sentencias extranjeras de filiación: “*Nada obsta al reconocimiento en España de una sentencia extranjera que decida sobre cuestiones relativas a la determinación de la filiación o a las relaciones paterno-filiales mediante la aplicación de una Ley distinta a la que, en un mismo supuesto, hubiera aplicado un juez español*”. También añadieron que: “*El hecho de que un tribunal extranjero se pronuncie sobre la filiación de un español no vulnera ningún foro exclusivo de nuestros tribunales*”.

Ambos posteriormente y sobre la instrucción comentaron lo siguiente:

Sobre la intención de la DGRN de dar protección jurídica al interés del menor han considerado que “*ha dado más alas a la tempestad científica sobre la cuestión*”.

En cuanto a las directrices y como consecuencia de su desacuerdo con esta solución, han elaborado una teoría particular sobre este asunto, que se basa en lo siguiente: “en los supuestos internacionales, la determinación, en Derecho español, de la filiación de un sujeto nacido como consecuencia de una gestación por sustitución puede llevarse a cabo a través de dos mecanismos legales diferentes: mediante una «tutela por declaración»¹⁵ o mediante una «tutela por reconocimiento»¹⁶.

BIBLIOGRAFIA.

- Colección de Bioética. Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Eleonora Lamm, Página 83 y siguientes.
<http://books.google.es/books?id=uZyrBAAAQBAJ&pg=PA25&dq=gestacion+por+sustitucion+ni+maternidad+subrogada+ni+alquiler+de+vientres&hl=es&sa=X&ei=XQ6CVK7vN8HgaurgOAD&ved=0CDUQ6AEwAA#v=onepage&q=gestacion%20por%20sustitucion%20ni%20maternidad%20subrogada%20ni%20alquiler%20de%20vientres&f=false>
- Maternidad Subrogada, por Anna Luna Bertram. 24 de septiembre de 2011.
<http://iuranovitpopulus.wordpress.com/2011/09/24/maternidad-subrogada-por-anna-luna-bertram-infinitas-gracias-companera-anna/>
- *LA MATERNIDAD SUBROGADA. Una prohibición donde confluyen el Derecho Sanitario y el Derecho Civil en la protección de la dignidad de la persona.* J. Corbella i Duch. Doctor en Derecho, Abogado del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau. www.aeds.org/XXI Congreso/docs/Josep%20Corbella.doc
- Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su

¹⁵ Tutela por declaración: cuando en la filiación de un sujeto nacido no ha quedado determinada una decisión expedida por autoridades extranjeras, instándose la determinación de la filiación ante autoridades españolas, que aplicarán el artículo 9.4 CC, en virtud del cual se aplica la ley nacional del hijo (en este caso se aplicaría la ley californiana).

¹⁶ Tutela por reconocimiento: cuando ya existe una decisión de autoridades públicas extranjeras acerca de la filiación del menor, y lo que se trata es de discernir los efectos jurídicos que dicha decisión puede tener en España, por tanto es un problema de reconocimiento de decisiones extranjeras.

- articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español. ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA. *Profesora de Derecho Civil e Internacional Privado Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla* www.unav.edu/.../b/uploads/29965_Sanchez_RCDI2012_Registro.pdf
- La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentarios a la STS 835/2013.
http://www.elderecho.com/civil/filiacion_de_menores_nacidos_de_gestacion_por_sustitucion-filiacion_bebes_vientres_de_alquiler-sentencia_del_Tribunal_Supremo_835-2013-inscripcion-sustitucion-extranjero-Comentarios-STS_11_654055001.html
 - MATERNIDAD SUBROGADA - PILAR JIMÉNEZ BLANCO Prof. Titular, Catedrática acreditada, de Derecho internacional privado Universidad de Oviedo.
 - Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa [Publicado en La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado, Cristina Pellisé, ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61-74] Santiago Álvarez González, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela
 - *MANUAL*: CALVO CARAVACA A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho internacional Privado, volumen II*, 15.ª Edición, Editorial COMARES, Granada, 2014, pp. 320-326.
 - *SENTENCIA*: STS, sentencia de 6 de febrero de 2014 (*ROJ: STS 247/2014 - ECLI: ES: TS: 2014:247*).
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6958977&links=Sentencia%20num.%20835/2013%20de%206%20febrero&optimize=20140214&publicinterface=true>. Visto en internet el día 28/11/2014.
 - http://www.accionenredasturies.org/upload/20140506200415_0.pdf
 - http://www.academia.edu/4799115/Surrogacy_balance_de_cuatro_años_de_práctica_judicial_y_administrativa
 - ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ y ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Familia Internacional*. Ed. Colex, 2008.
 - ANTONIA DURÁN AYAGO, *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*.
 - JOSE MARÍA ESPINAR VICENTE
 - SANDRA GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*. Ed. Colex.
 - *Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida por Alejandra Selma Penalva profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia* <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/41390/1/Los%20nuevos%20retos%20de%20la%20prestaci%C3%B3n%20por%20maternidad.pdf>
 - La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales por María Victoria Jiménez Martínez profesora contratada Doctora de Derecho civil. Universidad de Alcalá:

IV. JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES ORDEN SOCIAL

Andrea Luis Baz/ Macarena Monforte de la Huerga

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (sala de lo social, sección primera) sentencia núm. 2320/2012 de 20 de septiembre

Nos encontramos con un recurso de suplicación interpuesto por el INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social) codemandado, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, donde se confirma el derecho de la demandante, doña Estrella, a percibir la prestación por maternidad.

Como hechos determinantes en el caso, tenemos que destacar que doña Estrella, la actora, presta sus servicios a SESPA (Servicio de Salud del Principado de Asturias), con la categoría profesional de Técnico especialista de laboratorio.

El 13 de julio de 2011 se dictó Resolución por el Tribunal Superior de California, en concreto en el Condado de San diego, en la que se declara como madre legal y natural a doña Estrella del hijo nacido de Belinda, y declara que ésta no es la madre del niño. Esta misma Resolución declara la responsabilidad financiera de ese niño corresponde a doña Estrella y don Ignacio, y sólo ellos tendrán la custodia física y legal del menor.

Entre los datos recogidos en el certificado de nacimiento consta el nombre del niño elegido por doña Estrella y don Ignacio, la firma de estos dos, y se registra a su vez la información dada por el padre biológico, don Ignacio, y la información confidencial de doña Estrella.

En el Registro Civil consular en los Ángeles (EEUU) figura como nacido Ricardo, figurando como su padre don Ignacio y como su madre doña Estrella.

Doña Estrella solicitó el 1 de septiembre de 2011 a la Unidad de Gestión de Personal de SESPA que al finalizar su periodo vacacional el 31 de agosto de ese mismo año, se le proporcionará el certificado de empresa para solicitar el permiso de maternidad a disfrutar desde el 1 de septiembre hasta el 22 de diciembre de 2011.

Este permiso le fue denegado por resolución el 23 de septiembre, y el SESPA se basó para ello en que la normativa vigente cabía dicho permiso en los casos de parto, acogimiento y adopción, y ninguno de estos se daba en el citado caso. Doña Estrella presentó recurso de alzada ante el SESPA y reclamación previa ante el INSS. El SESPA

desestimó dicho recurso por resolución de 8 de febrero de 2012 y el INSS resolvió la reclamación desestimándola el 2 de noviembre de 2011.

El 21 de diciembre de 2011, doña Estrella presenta demanda contra el INSS, el SESPA y el Ministerio Fiscal, que fue resuelta por la sentencia 212/2012 de 9 de abril de 2012 por parte del Juzgado de lo Social de Oviedo. Esta sentencia falló estimando la demanda interpuesta por doña Estrella, declarando la nulidad de la resolución del SESPA de 23 de septiembre de 2011 y la resolución del INSS de 2 de noviembre de 2011, y declarando el derecho de la actora a disfrutar del permiso de maternidad durante 16 semanas.

El INSS recurre la sentencia, y el 20 de septiembre de 2012, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias dicta sentencia desestimando el recurso de suplicación y confirmando la resolución recurrida, es decir, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, reconociendo, por tanto, el derecho de doña Estrella a disfrutar del permiso de maternidad durante el período de 16 semanas.

Sentencias en contra: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 944/2014 de 13 de mayo, que la veremos posteriormente.

Sentencias relacionadas: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 539/2010 de 5 mayo

Sentencia del tribunal superior de justicia de Cataluña (sala de lo social, sección primera) sentencia núm. 7985/2012 de 23 de noviembre

En esta sentencia nos encontramos con un recurso de suplicación interpuesto por el INSS frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social 25 de Barcelona de 14 de mayo de 2011, siendo el recurrido don Severiano.

Como hechos determinantes en el caso, tenemos que destacar que el 31 de marzo de 2009 nacen Mari Luz y Caridad, hijas de don Severiano, a través de técnicas de reproducción asistida, aportando don Severiano su material genético, mientras que el material genético femenino, el óvulo, fue aportado por una donante anónima de la ciudad de Modesto en el Estado de California (EEUU).

Una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de California declara a don Severiano padre genético y natural y el único tutor legal de las menores, y le otorga la patria potestad, guardia y custodia de estas. Esta misma sentencia declara a su vez, que se trata de una gestación por subrogación y que la donante del material genético femenino no tendrá ningún tipo de derecho ni responsabilidad sobre las mismas.

Tras esto, el 28 de abril de 2009, don Severiano presenta la solicitud de la prestación de maternidad por parto múltiple que supondría una baja a partir del 10 de abril de 2009.

El 8 de abril de 2009, el INSS solicita a don Severiano que le entregue el libro de familia o certificado de inscripción en el Registro Civil. Don Severiano contesta a este escrito que aún no tiene el libro de familia y que el certificado de inscripción está pendiente.

El 14 de agosto de 2009, el INSS va a denegar el derecho de prestación de maternidad, y alega que su caso no está recogido en las situaciones amparadas en el art. 133 LGSS. Don Severiano recurre, y el INSS desestima la reclamación, agotando de esta manera todas las vías administrativas.

El demandante alega su condición de familia mono-parental que será posteriormente reconocida por resolución del Departament d'Acció Social i Ciutadania de la Generalitat el 8 de febrero de 2010.

El 9 de diciembre de 2009 se interpone una demanda por parte de don Severiano ante el Juzgado de lo social sobre incapacidad temporal. La sentencia dictada el 14 de mayo de 2011 estima la demanda declarando el derecho de la parte actora, don Severiano, a recibir la prestación de maternidad por parto múltiple y condena al INSS a abonar el importe de 17.730,72 a la parte actora.

El INSS recurre la sentencia, y el 23 de noviembre de 2012, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dicta sentencia desestimando el recurso de suplicación y confirmando la resolución recurrida, es decir, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 25 de Barcelona de 14 de mayo de 2011, en todos sus pronunciamientos y determinando que no hay costas.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid sentencia núm. 216/2013 de 13 de marzo

La sentencia núm.216/2013 de 13 de marzo dictada por el TSJ de Madrid (sección nº 03 de lo Social) estima el recurso de suplicación 3787/2012 interpuesto por el recurrente don Mario frente a la Sentencia de fecha 24/02/2012 dictada por el Juzgado de lo Social núm.8 de Madrid en sus autos número 1510/2010, seguidos a instancia del INSS, Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS de ahora en adelante) y frente a don Mario, en reclamación por prestación por paternidad, reintegro o no de prestación, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda siendo absuelto de la misma el demandado.

En cuanto a los antecedentes de hecho de la presente sentencia, en primer lugar consta que en la sentencia recurrida en suplicación que responde a la demanda presentada por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada se consignan los siguientes hechos:

Primero, que la parte demandada, don Mario habiendo contraído matrimonio con D. Virgilio el 4/12/2009 deciden acudir al Condado de San Diego en el estado de

California (EEUU) a fin de celebrar un contrato de “gestación por sustitución”, del cual nace una niña.

Posteriormente D.Mario solicita prestación de paternidad ante la Dirección Provincial del INSS de Madrid, siéndole reconocida y abonada mediante transferencia bancaria.

No obstante, en fecha 26/07/2010 la Dirección Provincial, percatándose de que la prestación de paternidad se ha concedido sin que constara la preceptiva documentación acreditativa de la inscripción de la paternidad en el registro civil español, bien en la legación española correspondiente al lugar de nacimiento de la niña o el expedido por el registro civil central, por oficio advierte al demandado que en el plazo de 10 días ha de subsanar la falta de documentación exigible procediéndose en caso de incumplimiento a la revisión y reintegro de las prestaciones.

En fecha 6-08-2010 don Mario presenta alegaciones señalando que la Resolución de 11-3-10 por la que el Consulado de España en los Ángeles había denegado la práctica de inscripción solicitada había sido recurrida ante la DGRN encontrándose en ese momento pendiente de su Resolución.

El 13 de julio de 2011 tiene lugar la inscripción del nacimiento de la menor en el RC consular de los Ángeles.

Consta también como hecho probado en la sentencia recurrida que don Mario no ha aportado la constatación de su inscripción de paternidad en el RC español.

Resulta probado que la sentencia recurrida falla estimando la demanda planteada por el INSS y TGSS contra D. Mario siendo declarada la nulidad de la resolución de 29/04/2010 por la cual se le reconoció la solicitada prestación de paternidad instando al demandado a que reintegre la indebida cantidad percibida.

Ante este hecho, se interpone recurso de suplicación por parte de Don Mario frente al INSS y TGSS.

Tras la exposición de los referidos antecedentes de hecho, se procede a la fundamentación jurídica en que se apoya el TSJ de Madrid para estimar el recurso de suplicación presentado por el demandado contra la sentencia de 24/02/2012, siendo ésta revocada y absolviendo al demandado del cumplimiento de la obligación de reintegro de las cantidades abonadas en concepto de prestación por paternidad.

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco: sentencia núm. 944/2014 de 13 de mayo

El TSJ del País Vasco mediante sentencia núm. 944/2014 de 13 de mayo estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Bilbao de 13 de enero de 2014, dictada en el procedimiento 1343/2013, por la cual se reconoce el derecho de una mujer trabajadora afiliada a la seguridad social la prestación de maternidad que esta había solicitado así como la condena a la entidad gestora a estar a tal declaración así como al abono de la prestación sobre una base reguladora mensual de 3425,70€

En cuanto a los hechos de la esta sentencia:

En primer lugar, se establece la relación de hechos de la sentencia que responde a la demanda por la cual se inicia el proceso que ha dado lugar a la sentencia dictada por el TJS del País Vasco.

1. La parte demandante es una mujer afiliada al Régimen general de la Seguridad Social, y el 9 de septiembre de 2013 esta mujer solicita la prestación de maternidad.
Concretamente 10 de septiembre de 2013, el INSS mediante resolución administrativa rechaza la concesión de la prestación solicitada por no encontrarse la solicitante en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad, resolución que provoca la interposición de una reclamación previa mediante vía administrativa.
2. Es probado que la base reguladora es de 3425,70 euros, y del mismo modo queda acreditado también que entre el 20 de junio de 2013 y el 4 de noviembre de 2013 la parte actora estuvo en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, con el diagnóstico de trastorno de ansiedad.
3. La parte actora acudió al Condado de San Diego en el estado de California (EEUU) para concertar un contrato de gestación por sustitución lo cual dio lugar al nacimiento de un niño y una niña el 19 de junio de 2013.
4. Se dicta resolución el 13 de mayo de 2012 por la Corte Superior de Justicia del estado de California por la cual se declara que la única progenitora legal de los niños es la parte actora atribuyéndole la custodia legal y física de los mismos. Y el 25 de junio de 2013 se solicita en el registro civil consular de España en los Ángeles la inscripción de nacimiento de ambos niños. Expediéndose el 3 de octubre de 2013 el libro de familia y el 4 de octubre finalmente se realiza la inscripción registral en el RC Consular.

En segundo lugar, tras establecer los hechos y la fundamentación jurídica correspondiente, el fallo de la sentencia es el reconocimiento del derecho de la actora a la prestación de maternidad condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración así como al abono de la prestación sobre una base reguladora mensual de 3425,70 euros.

En tercer lugar, frente a esta sentencia, interpone recurso de suplicación el INSS, siendo impugnado por la parte actora.

En cuarto lugar, las actuaciones tienen entrada en esta Sala el 8 de abril de 2014.

Finalizada la exposición de los hechos, se establece la motivación jurídica del fallo de la sentencia, por la cual fundamentalmente al amparo de la **Directiva 92/85/CEE** interpretada en el sentido de que los Estados miembros no están obligados a otorgar un permiso de maternidad a una trabajadora en calidad de madre subrogante, el TSJ del país vasco falla estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSS denegando por ello la prestación de maternidad solicitada por la parte actora y revocando por tanto la sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Bilbao de 13 de enero de 2014 por la cual se le concedía el derecho a dicha prestación a la solicitante de la referida prestación de maternidad.

Sentencia núm. 612/2014 de 7 de julio dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Esta sentencia es el resultado del recurso de suplicación contra la sentencia de 2 de diciembre de 2013, emitida previamente por el juzgado de lo social número 31 de Madrid.

Este recurso es interpuesto por D. Irene, contra autos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS de ahora en adelante), y la Tesorería General de la Seguridad Social, los cuales vienen denegando la prestación de maternidad que esta señora había

solicitado, por entender que la gestación por sustitución de un menor no se considera como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad.

Los antecedentes de hecho que dan lugar a la interposición de recurso son los siguientes:

En primer lugar, la parte actora, Doña Irene, tiene un hijo mediante la técnica de gestación por subrogación, el cual nace en el Hospital Naval de San diego (California) siendo inscrito en el registro civil de San diego, el día 6 de mayo de 2013 y el 15 de agosto del 2013 en el Consulado de España en los Ángeles.

El 28 de mayo de 2013 esta señora, que venía trabajando para la Consejería de Sanidad de la comunidad autónoma de Madrid como médico inspector, solicita la prestación de maternidad, la cual se le deniega mediante resolución por el INSS entendiéndose que ésta no puede concederse en los supuestos de gestación por sustitución.

Ante este rechazo, D^a Irene interpone reclamación previa contra dicha resolución, frente a la misma el INSS dicta resolución desestimatoria.

Contra esta resolución desestimatoria D^a Irene interpone demanda ante el Juzgado de lo Social contra el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social solicitando que se dicte sentencia por la cual se le conceda la prestación por maternidad que esta ha venido pidiendo.

El 2 de diciembre de 2013 se dicta sentencia desestimando totalmente dicha demanda y absolviendo al INSS y a la tesorería general de la seguridad social.

En respuesta a dicho recurso, el TSJ de Madrid mediante sentencia de 612/2014 de 7 julio **desestima**¹⁷ la petición de la parte actora confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social, confirmando la sentencia anterior.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (sala de lo social, sección primera) sentencia núm. 1259/2014 de 7 de julio

En esta sentencia nos encontramos con un recurso de suplicación interpuesto por don Álvaro frente a la Sentencia 344/2013 del Juzgado de lo Social nº 9 de las Palmas de Gran Canaria de 29 de octubre de 2013 en los autos de juicio nº 15/2013 en reclamación de prestación por maternidad.

Como hechos determinantes en el caso, nos encontramos a D.Álvaro, padre de dos menores nacidos en 2012 en Kharkiv (Ucrania). Ambos menores fueron inscritos en el Registro Civil en Kiev y en la Embajada Española en la misma ciudad. El libro de familia fue extendido en el anterior Registro Civil por el Encargado de Asuntos Consulares.

¹⁷ El TSJM a la hora de emitir su fallo se basa entre otras en jurisprudencia del TSJ del País Vasco, junto a las dos sentencias emitidas por el TJUE en relación a dos cuestiones prejudiciales que estudiaremos al final de este seminario. Del mismo modo, se basa en la STS de 6 de febrero de 2014, en la cual se denegó la inscripción de nacimiento de dos menores nacidos en California, mediante gestación por sustitución.

El 15 de agosto de 2012, la madre de los menores, doña Cándida, de nacionalidad ucraniana renunció al descaso por maternidad en la ciudad de Jarkov.

El 1 de octubre de 2012, don Álvaro solicita la prestación por maternidad, la cual fue denegada mediante resolución de 17 de octubre de 2012, alegando no existir la opción de la madre y por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas por el art. 133 bis de la Ley General de Seguridad Social.

Ante estos hechos, don Álvaro interpone demanda contra el INSS en materia de prestaciones de maternidad.

El 29 octubre de 2013 se dicta sentencia por parte del Juzgado de lo Social nº 9 de las Palmas de Gran Canaria donde se desestima la demanda interpuesta por don Álvaro, Absolviendo a la Entidad Gestora de todas las prestaciones deducidas en su contra.

Don Álvaro recurre la sentencia, y el 7 de julio de 2014, el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias dicta sentencia estimando el recurso de suplicación contra la sentencia 344/2013 del Juzgado de lo Social nº 9 de las Palmas de Gran Canaria de 29 de octubre de 2013 y con revocación total de la misma, estimando así la demanda interpuesta por don Álvaro frente al INSS. Se declaran nulas, a su vez, las Resoluciones del INSS de 17 de octubre de 2012 y de 28 de noviembre del mismo año, y se declara el derecho del actor a percibir la prestación por maternidad solicitada el 1 de octubre de 2012.

Comentarios Doctrinales

Los órganos jurisdiccionales españoles del orden social han tenido que enfrentarse, como hemos visto a lo largo de las sentencias anteriores, a la cuestión de si se tiene derecho a la prestación por maternidad en los casos de gestación subrogada.

Sobre esta cuestión, la cual ha sido muy poco comentada por los autores, SILVIA VILAR GONZÁLEZ, en un artículo publicado por la Revista de Derecho de la UNED titulado “*Situación actual de la gestación por sustitución*” habla de cómo la gestación por sustitución genera una gran controversia desde un punto de vista social, ético, biomédico y jurídico. En España, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida declara expresamente la nulidad del contrato de gestación por sustitución. No obstante, existen mecanismos que permiten directamente la inscripción de los nacidos a través de esta técnica si se cumplen determinados requisitos, por lo que la población española no duda en acudir a dicha figura en los países extranjeros en que está permitida

La situación de filiación generada por la maternidad subrogada no está contemplada como es obvio en ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de esta forma no está citada ni en el artículo 48 ET, ni el artículo 133 bis Ley General de la Seguridad Social, ni tampoco el Real Decreto 295/2009 por el que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones económicas por maternidad y paternidad, dado

que ninguno de ellos hace referencia alguna, bien sea directa o indirecta a la maternidad por subrogación.

La problemática que presenta en este caso la gestación por sustitución es, por un lado, que no aparece contemplada entre los supuestos previstos en el artículo 133 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, como situación protegida a efectos de la prestación por maternidad, y por otro lado, que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho siendo la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución determinada por el parto. Sin perjuicio de lo anterior, las últimas sentencias en la materia optan por proteger al máximo el interés de la familia y del menor, flexibilizando las posibles situaciones de disfrute de la prestación por maternidad, más allá de los supuestos inicialmente contemplados en el texto de la ley, atendiendo para ello al objeto de la prestación por maternidad que no es otro que la atención del menor y al estrechamiento de los lazos maternos-paternos-filiales, a la nueva configuración de la familia y en aplicación del principio de igualdad.

La solución que han venido aplicando los Tribunales de lo Social ante este tipo de pretensiones es la de la analogía. Por lo que respecta al acceso a la prestación por maternidad, como es sabido, los artículos 133 bis y 133 ter LGSS exigen que el beneficiario reúna simultáneamente tres requisitos:

- Encontrarse en alta o situación asimilada al alta.
- Haber acaecido una de las situaciones protegidas: maternidad, adopción o acogimiento.
- Reunir el período de carencia exigido en cada caso, de diferente duración dependiendo de la edad de la madre.

Pero en la redacción literal de los citados preceptos se utiliza el término “*maternidad*” sin acompañamiento de adjetivo calificativo alguno, con lo que el legislador deja un abanico posibilidad para aplicar u ofrecer el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica a aquellos otros en los que la maternidad se ha producido gracias al recurso a una técnica de fecundación artificial, como el de la maternidad subrogada.

Así, ante esta situación de laguna legal se aplica la analogía como respuesta. De tal forma que nuestros jueces y tribunales consideran que en estas ocasiones, la maternidad por subrogación ha de entenderse como un supuesto más de “maternidad”, tanto si es contratada por una pareja heterosexual, homosexual, o por un sujeto en solitario, independientemente de su género. Nuestros jueces están reconociendo que la misma necesidad inicial de cuidado y atención que exige un hijo durante los primeros meses de vida se va a producir tanto si dicha filiación se genera por adopción, como si se recurre a la convalidación internacional de la inscripción registral de la filiación producida por medio de la maternidad subrogada contratada por un único varón. Se pretende adoptar un criterio respetuoso respecto los intereses del menor de edad, que deben ser en todo momento objeto de atención preferente, y que, en el caso de desconocimiento de los

efectos jurídicos de esta forma particular de procreación, los hijos nacidos sin duda quedarían desprotegidos

Por todo ello, debemos resaltar la insuficiencia e incongruencia del actual panorama legislativo español en torno a la gestación por sustitución, tanto si el legislador quiere que dicha figura continúe prohibida, como si se pretende permitir libremente que los ciudadanos españoles acudan a dicha práctica y lograr el resultado esperado en nuestro país, o incluso que sea posible suscribir contratos de paternidad subrogada con plenos efectos jurídicos en España.

Los convenios de gestación por sustitución se encuentran expresamente prohibidos y sancionados en nuestro país. Sin embargo, encontramos mecanismos legales que permiten la inscripción registral de los nacidos a partir de dicha técnica, alcanzándose jurídicamente, por tanto, los efectos últimos del contrato, lo que supone una total incongruencia que crea un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica, siendo clara la necesidad de una regulación en la materia que proteja a todas las personas que intervienen en el proceso, especialmente, el interés superior del menor y el de la madre gestante mediante, entre otros, el control de que su consentimiento se ha prestado libremente

Ante la incoherencia, insuficiencia y contradicciones existentes en la normativa española, se hace necesaria una urgente reforma de las normas que afectan a la materia, que disipe la inseguridad jurídica a la que se hallan sometidos los que actualmente acuden, o desean acudir, a dicha práctica, ya sea para prohibir completamente dicha práctica mediante mecanismos efectivos, o bien para permitirla en supuestos concretos o en sentido amplio.

Por otro lado, ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, doctora en Derecho de la Universidad de Sevilla, se ha pronunciado en un comentario que lleva por título *“¿Tienen derecho las madres “subrogantes “al permiso y a la prestación por maternidad?”*.

La doctora MORENO se plantea si sería legal pedir el permiso o prestación en España cuando estos contratos de gestación por subrogación están prohibidos en nuestro ordenamiento civil. También trata la cuestión de si tienen los mismos derechos las madres o padres subrogantes que las madres o padres adoptantes o biológicos.

Como conclusiones a todo el análisis jurisprudencial que la autora ha realizado, destacó el hecho de que el Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo que desarrolla reglamentariamente la Ley Orgánica 3/2007 y que modifica el art. 133 (bis) LSGG, ha ampliado notoriamente la acción protectora de la Seguridad Social, y se recoge en su artículo 2.2 las distintas situaciones protegidas, entre las que se encuentra la adaptación y el acogimiento. En virtud de esto, y haciendo una interpretación extensiva de la norma, la prestación por maternidad al progenitor inscrito en el Registro Civil como consecuencia de una maternidad subrogada, que no es el padre o la madre biológico, por

analogía con las figuras jurídicas que determinan la paternidad o maternidad como son el acogimiento y la adopción, permiten la concesión de la prestación de maternidad.

La autora ante este hecho establece que la norma no quiere no reconocer el derecho, ya que no se ha hecho ninguna exclusión sobre este tipo de casos, por tanto nos encontraríamos ante un caso de laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se pretende proteger a quien ostenta la condición de progenitor, aunque se conceda tal condición por un título jurídico diferente al que concede la filiación natural.

Los tribunales españoles, para conceder dichas prestaciones, se han basado en lo dispuesto en la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariados de 2010, otorgando un título similar en estos casos al acogimiento y adopción, con el fin, como establece el Real Decreto de 2009 de favorecer la conciliación entre la vida familiar y laboral.

Por su parte, ALEJANDRA SELMA PENALVA, Profesora Titular acreditada de la Universidad de Murcia, en su publicación titulada “*Vientres de alquiler y prestación por maternidad*” hace una distinción en materia de derechos laborales y prestaciones de Seguridad Social, entre la mayor complejidad que ostenta los casos en los que la determinación de dicho derecho le corresponda al hombre que si el caso se trata de una mujer, debido a que en los casos de varones la filiación solo ha podido a través de maternidad subrogada.

En el ámbito del Derecho del Trabajo y en el orden social, la maternidad por subrogación genera un tipo especial de filiación no contemplado ni en el art. 48 LET, ni en el art. 133 bis LGS, ni en el RD 295/2009, los cuales se encargan del régimen de las prestaciones económicas por maternidad. Al no recogerse este caso dentro de estas, se plantea una situación sui generis respecto al disfrute de los respectivos permisos laborales por maternidad que corran a cargo de la Seguridad Social.

Los artículos 133 bis y 133 ter establecen una serie de requisitos que se tienen que cumplir simultáneamente. El problema que se plantea es la literalidad del precepto, únicamente se habla de “*maternidad*” sin acompañarla de ningún adjetivo, según palabras de la autora. Se toma la analogía como respuesta ante esta laguna legal, de tal forma, que los órganos jurisdiccionales de lo social entiendan dentro del concepto de “*maternidad*” supuestos de maternidad subrogada.

Optando con esta analogía se da, tal y como indica la autora, “*una solución de compromiso*” para proteger ciertos Derechos Fundamentales como son la igualdad entre géneros (art. 14 CE), la protección de la familia (art. 39.1 CE), atención del niño (art. 39.4 CE) y la asistencia y prestación social suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE).

En relación con todo lo comentado acerca de este tipo de sentencias, y tras haber llevado a cabo el análisis jurisprudencial anterior, destacamos el hecho de que las tres primeras sentencias por orden cronológico, como son la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 2320/2012 de 20 de septiembre, junto con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 7985/2012 de 23 de noviembre y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 216/2013 son sentencias muy relacionadas que llevan una misma dinámica. A su vez, estas tres son contrarias a la sentencia posterior en el orden cronológico, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 944/2014 de 13 de mayo, la cual sigue la misma línea de una sentencia posterior, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 612/2014 de 7 de julio.

A lo largo del análisis de todas estas resoluciones, hemos podido comprobar cómo se hace referencia a la misma normativa, en concreto, tenemos que destacar tres preceptos:

- El art. 2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo.
- El art. 133 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de la Seguridad Social.
- El art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Como conclusión, los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas que se han encontrado con estos conflictos han basado sus fundamentos jurídicos para apoyar los fallos adoptados en las distintas resoluciones en dos ideas fundamentales:

- El objeto a tratar no es la legalidad o la gestación por sustitución lo que se cuestiona, cuestión que ya ha sido dirimida por un Tribunal extranjero y la última Instrucción de la DGNR lo avala, sino que el objeto que nos interesa es el amparo del menor y de la familia, señalando así, que en las distintas sentencias los tribunales competentes van a colocar en un primer plano el interés y la protección del menor en sus primeros años de vida.
- También señala la interpretación generosa de los artículos 133 bis LGSS y 2.2 RD 295/2009, resolviendo así la controvertida cuestión que acarrea el art. 133 LGSS.

Bibliografía

- <http://www.joaquinleon.es/mediapool/139/1397773/data/gscf.pdf>
- VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho de la UNED*
<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2014-14-7290&dsID=Documento.pdf>

- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “¿Tienen derecho las madres “subrogantes “al permiso y a la prestación por maternidad?”, *Revista Aranzadi Doctrinal num. 9/2014*:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ia6ed47c081a611e4912701000000000&srguid=i0ad6007a0000014a57a27f714e7655a6&src=wit hinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines =&fechacomun=&numeropub-tiponum>
- SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad” *Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 9/2013*:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ie95acc1044d911e2ba4a010000000000&srguid=i0ad6007a0000014a5adf30628696c094&src=wit hinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines =&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE): PERMISOS DE MATERNIDAD Y/O PATERNIDAD

Silvia Hernández Robles

STJUE C-363/12 de 18 de marzo de 2014.

CASO Z. CONTRA A GOVERNMENT DEPARTMENT AND THE BOARD OF MANAGEMENT OF A COMMUNITY SCHOOL.

Los hechos que han dado lugar en Irlanda a suspender un procedimiento para plantear un total de seis cuestiones prejudiciales al tribunal de justicia de la unión europea son los siguientes:

1.- En primer lugar, encontramos a la Sra Z, profesora de educación secundaria en una escuela municipal irlandesa (hecho que trae consigo que su retribución sea pagada por el Government department), la cual sufre una rara enfermedad congénita consistente en la falta de útero¹⁸, que pesar de tener ovarios sanos, y fértiles, se encuentra impedida para la gestación.

2.- Tanto ella como su marido deciden tener un hijo, y es por ello que acuden a una agencia norteamericana especializada (estado de california) con el fin de someterse a una gestación por sustitución, debido a su enfermedad.

Para completar dicha gestación por sustitución, hay que completar dos fases: Una primera consistente en un tratamiento de fecundación in vitro¹⁹ (realizado en Irlanda), y una segunda fase, en la transferencia de los óvulos a la madre gestante (realizada en california, EEUU).

18 Síndrome de Rokitansky-Küster-Hauser

19 La fecundación in vitro es una técnica de reproducción asistida consistente en la unión del óvulo con el espermatozoide fuera del cuerpo de la madre, en el laboratorio in vitro, con el fin de obtener embriones ya fecundados para transferir al útero materno (FIV)

3.- A raíz de tal método, nacerá una niña que es biológicamente hija de la Sra Z y su esposo (pues ha sido concebida con sus gametos) no constando la madre gestante en la certificación de nacimiento). Conjuntamente el matrimonio tiene la guarda y custodia efectiva de su hija, con la cual regresan a su estado de origen, Irlanda, estado en el cual, la gestación por sustitución no está regulada en ningún convenio.

4.- La Sra Z no ha podido beneficiarse de los permisos retribuidos por maternidad y por adopción por no cumplir los requisitos exigidos por la ley, pues, ni ha estado embarazada, ni ha tramitado una adopción. Consecuencia de esto es que, tampoco se ha beneficiado de los correspondientes permisos por adopción.

Ni las normas legales ni el contrato de trabajo de la Sra Z hacen referencia expresa a la concepción se un permiso por el nacimiento de un hijo mediante gestación por sustitución.

5.- La Sra Z posteriormente procedió a solicitar otro permiso equivalente a una adopción al Government, que también le fue denegado por no cumplir las condiciones, pero en este caso el government manifestó intención de conceder a la contraparte un permiso no retribuido por el tiempo de permanencia en california previo al nacimiento de su hija (21 días).

Del mismo modo, podría disfrutar de un permiso parental legal, comprendido entre el nacimiento (28 de abril de 2010) y finales de mayo de 2010, continuado al curso siguiente, con un máximo de 14 semanas (con su retribución normal los meses de verano).

Desde abril de 2010 hasta enero de 2011, la Sra Z trabajó un total de nueve días, y fue remunerada conforme a esta cantidad

6.- Finalmente, la Sra Z demandó al Government department ante el equality tribunal (Irlanda) por considerarse objeto de trato discriminatorio por razón de sexo, estatuto familiar y discapacidad, por no habersele concedido los ajustes razonables en su condición de discapacitada, y habersele negado un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o adopción, puesto que ella, había sido sometida a un tratamiento de fecundación in vitro.

Una vez planteadas las cuestiones prejudiciales, estas se centran en la interpretación de dos directivas:

La primera de ellas, la **Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.**

Y la segunda, **la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.**

Por un lado, el derecho californiano regula detalladamente los embarazos que tienen lugar por medio de gestación por sustitución. Por su parte, el estado Irlandés no regula esta figura.

Tampoco encontramos en el marco internacional o de la unión europea una regulación de la maternidad subrogada.

Fallo emitido por el tribunal:

Respecto de la primera directiva, el tribunal de justicia de la unión europea interpreta que no nos encontramos ante una discriminación basada en el sexo, por haber denegado un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad de una trabajadora, en calidad de madre subrogante, pues esa situación no está comprendida en la directiva, al igual que el permiso por adopción.

Respecto de la segunda directiva, el tribunal interpreta que, tampoco constituye una discriminación por motivo de discapacidad la denegación de la concesión de un permiso retribuido de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapaz para gestar, que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.

CASO C.D CONTRA S.T. 167/12 TJUE de 18 de marzo de 2014

La sentencia emitida por el TEDH tiene su razón de ser en el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales al hilo de un procedimiento en Reino Unido acerca de si una mujer tiene derecho o no a un permiso de maternidad cuando esta ha sido madre mediante un contrato de gestación por sustitución, y no por embarazo propio o adopción.

Concretamente los hechos que originan este pronunciamiento son los siguientes:

En primer lugar, encontramos a la señora D (trabajadora desde 2001 en un hospital gestionado por la empresa “S.T”) quien conforme a una ley del reino unido (Ley de 2008 sobre la fertilización y la embriología humana) celebró un convenio de gestación por sustitución con el fin de tener un hijo.

Respecto de esta técnica, quien aportó el esperma fue su pareja, sin embargo el óvulo no fue aportado por la señora D (si no por la propia madre gestante)

En segundo lugar, la señora D presentó una solicitud de permiso retribuido a su empleador, basándose en un régimen establecido por este, donde no se recogen permisos ni prestaciones a favor de las madres subrogantes en los supuestos de gestación por sustracción, tampoco queda recogido en otro régimen respecto de permisos especiales y en el supuesto de producirse un caso de este calibre, se establecerán individualmente los requisitos de manera individualizada. En virtud de esto, el permiso le fue denegado porque no se adjuntaba a las condiciones del régimen, no siendo compatible su situación al de una adopción (imposibilidad de certificado de compatibilidad o “matching certificate”).

Posteriormente, en vista de que no se podía aportar el certificado de compatibilidad (con respecto a una adopción), presentó la señora D ante su empleador una solicitud formal de permiso de maternidad por sustitución, que a su entender, era compatible a una adopción. Sin embargo, esto tampoco era posible, pues no existía ningún derecho a ese tipo de permisos.

Decidió por tanto la interesada ejercitar una acción ante el EMPLOYMENT TRIBUNAL²⁰ (Newcastle upon tyne) alegando por un lado discriminación por razón de

²⁰ Órgano Jurisdiccional Nacional/ Tribunal de Empleo: Los tribunales de trabajo determinan los conflictos entre empleadores y empleados más derechos laborales, también se encargan de resolver

sexo y/o del embarazo y de la maternidad a la luz de la ley 2010 sobre igualdad. Y por otro lado, alegó la vulneración de una ley de 1996 en relación a ciertos derechos de los trabajadores junto a la vulneración del reglamento de 1999 sobre permisos de maternidad y paternidad. Así mismo se valió de los art. 8 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma 1950).

Este tribunal se manifestó rápidamente determinando que, la señora D no tenía ningún derecho a percibir una prestación por maternidad puesto que este derecho solamente le corresponde a la madre biológica.

Finalmente, tras el nacimiento del niño, será la señora D quien se ocupe de la lactancia, así como del resto de cuidados maternos, obteniendo tanto ella como su pareja la patria potestad del niño (en virtud del art. 54 Ley 2008), considerándoles jurídicamente padres del menor.

Estos hechos paralizaron el procedimiento ante el Employment tribunal, para plantear al TJUE un conjunto de hasta siete cuestiones prejudiciales (relacionadas unas con otras) en relación a dos directivas comunitarias.

Por un lado:

- Respecto de la **Directiva 92/85/CEE** del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora
- Y de la correcta interpretación del art. 14 de la **Directiva 2006/54/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación en relación al art. 2 de la misma.

Fallo.-

Conforme a esto, la Gran Sala del TJUE interpreta respecto de la Directiva 92/85/CEE que no hay ninguna obligación para los estados miembros de la unión europea en virtud al art. 8 de esta disposición normativa a conferir permisos de maternidad a una trabajadora, que en calidad de madre subrogante, ha tenido un hijo mediante convenio de gestación, independientemente de que pueda o no amamantar a este niño.

En relación a la Directiva 2006/54/CE (art. 14 junto al art. 2), el tribunal determina que el hecho de que se deniegue un permiso de maternidad (a una madre subrogante) no constituye una discriminación por razón de sexo

COMENTARIOS DOCTRINALES, RESPECTO DE LAS DOS SENTENCIAS DEL TJUE

José Antonio Panizo Robles

Trata de este asunto en una revista de información laboral, concretamente en el punto 5º que denomina “**Un «alto en el camino»: los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Justicia.**”

En este punto José Antonio Panizo se hace eco de las resoluciones del tribunal europeo de justicia respecto del acceso a la cobertura socio-laboral de trabajadores que ostentan la maternidad a través de la gestación por sustitución.

Ante la negativa de los empleadores a conceder a estas madres un permiso de maternidad en ambas sentencias, se ha planteado ante este tribunal la posibilidad de que este hecho contraviniera directivas europeas suponiendo una discriminación por razón de sexo y capacidad, pero ambas sentencias, se manifiestan en contra de la existencia de una discriminación.

Ambas manifestadas en el mismo sentido, no reconocen los derechos laborales a la suspensión del contrato de trabajo, con la correspondiente prestación pública derivada de una maternidad subrogada. El ordenamiento jurídico español, se ajusta a la normativa comunitaria en este sentido, sin discriminación, según las propias palabras del señor Panizo.

En mi opinión personal, no puede haber una discriminación por razón de sexo respecto de una figura no regulada, pues tanto las directivas como las normativas internas de los estados regulan la concesión de permisos por maternidad de diferentes maneras, pero ninguna de ellas se hace eco de esta figura creciente en nuestros días.

Sin embargo, la no existencia de discriminación no implica que nos encontremos ante una situación justa, pues la carencia de regulación concreta en este ámbito crea una gran inseguridad jurídica, pues, no son pocos los casos de mujeres que tienen descendencia por medio de gestación por sustitución, y no van a encontrar un marco jurídico al que aferrarse, pues, hasta el día de hoy, la legislación prohíbe este tipo de contratos. Tampoco se reconocen como técnicas de reproducción asistidas, ni existe hay una solución legal concreta para la inscripción de los niños por maternidad subrogada en el registro civil (entre otros problemas)

Por todo ello, a mi juicio la demanda de este tipo de técnicas tan elevada, y los problemas sociales y civiles que acarrea piden a gritos una regulación efectiva de la gestación por sustitución.

En virtud de lo expuesto, concluimos este semanario valiéndonos de las palabras de la abogada ÁFRICA CRUCETA para transmitir la necesidad de regulación de la gestación subrogada como técnica de reproducción asistida, *“queda en manos del legislador estatal la promoción e instauración de políticas y normas tendentes a la protección de los trabajadores-padres subrogantes que deseen hacer uso de un permiso por maternidad para el cuidado del menor. Asimismo, entendemos que los jueces y tribunales podrán seguir interpretando las normas actualmente existentes en el ordenamiento jurídico español en el sentido de otorgar protección a los supuestos de maternidad subrogada, aunque el trabajador padre-subrogante no haya alumbrado al menor, pues así lo han venido declarando en el entendimiento de que la maternidad subrogada es asimilable a un supuesto de adopción que sí está expresamente amparado por la Ley (TSJM de 18 de octubre de 2012 y de 13 de marzo de 2013 o del TSJC de 23 de noviembre de 2012)”*

BIBLIOGRAFÍA

- <http://www.justice.gov.uk/tribunals/employment>

- Comentarios de las sentencias del TJUE por ÁFRICA CRUCETA.
<http://blog.ollerosabogados.com/tag/subrogada/>
- Ausencia de útero: síndrome de Rokitansky-Küster-Hauser:
<http://www.reproduccionasistida.org/ausencia-de-utero-sindrome-de-rokitansky-kuster-hauser/>
- JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES (revista laboral):
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I6198e81003f111e4b7e501000000000&srguid=i0ad6007a0000014a5e465fe7fd35599a&src=withinResuts&spos=18&epos=18&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#contador1>