

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por **A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, M. A. MICHINEL ÁLVAREZ,**
P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS,
E. RODRÍGUEZ PINEAU Y C. VAQUERO LÓPEZ

Coordinada por **B. AÑOVEROS TERRADAS***

Sumario:

LAS DIFICULTADES PARA IDENTIFICAR EL INSTRUMENTO APLICABLE A LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE TRIBUNALES DEL REINO UNIDO TRAS EL BREXIT (A PROPÓSITO DEL AUTO AP VALENCIA DE 10 MAYO 2022)

POR A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ.....p. 2-8

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES EN LA U.E. (COMENTARIO A LA STJUE LONDON STEAM-SHIP OWNERS, DE 20 DE JUNIO DE 2022, C-700/20)

POR M. A. MICHINEL ÁLVAREZ.....pp. 9-13

DE NUEVO SOBRE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA: SAP DE BURGOS (SECCIÓN 3ª) NÚM. 129/2022, DE 12 ABRIL

POR P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS.....pp. 14-18

DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL ACREEDOR DE ALIMENTOS EN UN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE (SALA 4ª), DE 15 DE MAYO DE 2022 EN EL ASUNTO C-644/20, W.J.)

POR E. RODRIGUEZ PINAUpp. 19-24

DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADOR DENTRO DE UN GRUPO DE EMPRESAS Y DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. COMENTARIO A LA STS (SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN 1ª), NÚM. 244/2022, DE 22 DE MARZO)

POR C. VAQUERO LÓPEZ.....pp. 25-30

* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona

LAS DIFICULTADES PARA IDENTIFICAR EL INSTRUMENTO APLICABLE A LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE TRIBUNALES DEL REINO UNIDO TRAS EL *BREXIT* (A PROPÓSITO DEL AUTO AP VALENCIA DE 10 MAYO 2022)

AURELIO LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos asistido a la proliferación de resoluciones de audiencias provinciales – en algunos casos contradictorias – relativas a acuerdos de elección de foro incluidos en contratos de transporte marítimo¹. La cuestión estrella está referida a la posibilidad de oponer estos acuerdos a terceros cuando están contenidos en conocimientos de embarque², problemática que ha dado lugar a la presentación por parte de la Audiencia Provincial de Pontevedra de dos cuestiones prejudiciales ante el TJEU³.

*Aurelio Lopez-Torruella Martinez, Profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante.

¹ Sobre el particular, BELINTXON MARTÍN, U., “Derecho internacional privado y Derecho marítimo internacional: competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en la LNM”, *CDT*, 2020, Vol. 12-2, pp. 112-135. Fuera de nuestras fronteras, véase LANGELAAN OSSET, F., “Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque: situación actual y futuro proyectado”, *CDT*, 2019, vol 11-1, pp. 408-437.

² Me limito a señalar algunos comentarios sobre resoluciones recientemente publicados: ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, J., “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de mayo de 2020 [transporte de mercancías por vía marítima desde Ecuador a España en régimen de conocimiento de embarque]”, *CDT*, vol 13-1, pp. 840-855; CASADO ABARQUERO, M., “Extensión al consignatario de los efectos de una cláusula de elección de foro prevista en un conocimiento de embarque. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 62/2020, de 24 de abril de 2020”, *CDT*, 2021, vol 13-1, pp. 775-784; MAGALLÓN ELÓSEGUI, N. “Los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero incluidos en un conocimiento de embarque: los usos y la libertad contractual en el sector marítimo. Comentario al auto de 5 de julio de 2019 de La AAP de Madrid (Sección 28)”, *CDT*, 2020, vol 12-1, pp. 619-626; ROMERO MATUTE, Y., “Análisis del AAP Valencia nº 276/2019 de 11 de octubre: cláusula de competencia judicial internacional incluida en el régimen de conocimiento de embarque: subrogación de una de las partes”, *CDT*, 2020, vol. 12-2, pp. 1146-1154; ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “Una acertada orientación jurisprudencial en relación a la validez y alcance de la cláusula sumisoria a favor de tribunal extranjero contenida en un conocimiento de embarque. Comentario al Auto de 13 de febrero de 2019 de la AAP de Barcelona (Sección 15)”, *CDT*, 2019, vol 11-2, pp. 388-401.

³ Nos referimos a los autos de 16 de mayo 2022 nums. 783/2021 (ECLI:ES:APPO:2022:574A), 1120/2021 (ECLI:ES:APPO:2022:573A) y 942/2021 (ECLI:ES:APPO:2022:575A) que han dado lugar a los asuntos ante el TJUE C-345/22, C-346/22 y 347/22, Al respecto, ARENAS GARCIA, R., GORRIZ LOPEZ, C., “Efectos frente a terceros de las cláusulas de elección de tribunal contenidas en conocimientos de embarque, a propósito de las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra en 2022”, *La Ley – Union Europea*, num. 107, octubre 2022, pp. 1-16.

No es esta, sin embargo, la única complejidad que plantean las cláusulas de sumisión incluidas en estos contratos. Como se pone de manifiesto en el Auto AP Valencia de 10 mayo 2022⁴, los tribunales de justicia encuentran muchas dificultades para determinar el instrumento aplicable a estas cláusulas. En particular, en aquellos supuestos habituales en este sector del comercio internacional en los que los tribunales elegidos por las partes del contrato son los de Londres⁵. Y es que, si bien resulta claro que desde el *Brexit* nuestros tribunales no pueden aplicar el art. 25 Reglamento 1215/2012 (en adelante R. Bruselas I bis) para determinar la validez de estos acuerdos, existen tres instrumentos que pueden resultar aplicables dependiendo del domicilio de las partes del contrato y de la cuestión jurídica que se plantea: el Convenio de Lugano de 2007 (en adelante CL 2007), el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (CLH 2005) y, a nivel interno, la Ley Orgánica 5/1986 del Poder Judicial (LOPJ)⁶ y la Ley 14/2014 de navegación marítima (LNM).

Un repaso de la jurisprudencia nacional reciente permite afirmar que la identificación del instrumento aplicable para resolver una determinada cuestión de Derecho internacional privado suele ser un asunto menor para nuestros tribunales, los cuales, en muchas ocasiones, tienden a citar varios instrumentos a la vez sin determinar, exactamente, cual es el aplicable.

La resolución objeto de análisis es un ejemplo de esa práctica que, si bien en esta ocasión no tiene consecuencias prácticas, en otras puede fácilmente tenerlas.

Los antecedentes de hecho son los siguientes: Mosca Marítimo (transitario), compañía española, celebra con la naviera suiza MSC (transportista) un contrato de transporte marítimo de mercancías desde el puerto de Sines (Portugal) hasta el de Ciudad del Cabo (Sudáfrica) por encargo de la cargadora-vendedora, Verde Nature España S. L, siendo el destinatario-comprador de la mercancía la compañía sudafricana Star South Fruit. Dicho contrato consiste en una carta de porte marítimo. Mosca Marítimo contrató igualmente un seguro de la mercancía con Great Lakes Insurance, siendo la asegurada o beneficiaria la empresa transitaria, Mosca Marítimo. Como consecuencia del siniestro de las mercancías, Great Lakes Insurance indemniza a su asegurada y, posteriormente, se subroga en su posición para demandar ante los tribunales de Valencia a MSC para solicitarle la indemnización ya abonada a su asegurada. MSC presenta declinatoria de jurisdicción en atención a la cláusula 10.3 de la carta de porte marítimo que atribuye la competencia al Tribunal Superior de Justicia de Londres.

La Audiencia Provincial de Valencia, acertadamente, entiende que la aseguradora-actora se subroga en la posición de la empresa transitaria y que, por tanto, la cláusula de sumisión le vincula. No obstante, se equivoca estrepitosamente al establecer la validez de la

⁴ ECLI:ES:APV:2022:433A

⁵ Razones por las que se eligen los tribunales de Londres. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *CDT*, 2018, vol 10-2, pp. 333-375.

⁶ O, al menos así lo entienden muchos de nuestros tribunales.

cláusula de sumisión a los tribunales de Londres “de acuerdo con el art. 23 Convenio de Lugano y el art. 22 y 22 quinquies LOPJ con relación al art. 468 LNM”.

En las páginas que siguen pretendo compartir *una duda* relativa al pronunciamiento sobre los efectos que la cláusula de sumisión despliega en la compañía aseguradora; *un error* en el que incurre el tribunal al considerar aplicable el CL 2007; *una carencia* que tiene que ver con la nula atención prestada por el tribunal al CLH 2005, el cual tras su adhesión por el Reino Unido ha adquirido gran relevancia en esta materia; y *una precisión* en relación con el instrumento concreto de nuestro régimen interno que resulta aplicable y que, como se verá, tiene una incidencia directa en la respuesta jurídica a otorgar por el tribunal.

II. UNA DUDA: ¿APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA A LA SUBROGACIÓN EN CALIDAD DE LEX FORI O DE DERECHO NACIONAL APLICABLE A LA RELACIÓN?

Según se ha indicado, el tribunal entiende que la cláusula de sumisión a los tribunales de Londres vincula a la actora-aseguradora (Great Lakes Insurance) por cuanto ésta, una vez abonada la indemnización, se subroga en la posición de la asegurada (Mosca Marítimo) y, por lo tanto, asume todos los derechos y obligaciones derivados del contrato con la demandada (MSC), incluidos los que se derivan de la cláusula de sumisión. Para ello, la Audiencia Provincial de Valencia reproduce íntegramente los argumentos utilizados en su Auto de 20 julio 2021⁷ en los que se hace referencia a las sentencias del TJUE de 16 de marzo 1999, C-159/97, “*Castelleti*”, de 9 noviembre 2000, C-387/98, “*Coreck Maritime*” y de 19 junio 1984, 71/83, “*Tilly Russ*”, así como a las de nuestro Tribunal Supremo de 6 de febrero 2003, 9 mayo 2003, 29 septiembre 2005, 8 febrero 2007 y 16 mayo 2008.

En este caso, no resulta aplicable el art. 251 LNM, cuya aplicación se cuestiona en las cuestiones prejudiciales presentadas al TJUE por la AP Pontevedra, por cuanto el litigio no está referido a un conocimiento de embarque, sino de una carta de porte marítimo. En opinión del tribunal resulta aplicable el art. 43 Ley 50/80 del contrato de seguro (LCS). De esta disposición el tribunal concluye que la cláusula de sumisión le resulta aplicable a la aseguradora-actora.

La duda que plantea el pronunciamiento es que la resolución no establece claramente si la LCS se aplica en cuanto *lex fori* o en calidad de derecho nacional aplicable al contrato del que trae causa la subrogación. De la jurisprudencia europea citada por la Audiencia⁸, la segunda interpretación sería la correcta, si bien los antecedentes de hecho de la resolución no permiten determinar si esto es así. En cualquier caso, tratándose de una cláusula de sumisión a un tercer Estado que por tanto no está regulada por el R. Bruselas I bis, nuestros tribunales no resultan vinculados por esta jurisprudencia ni por la que pueda derivarse de las cuestiones prejudiciales presentadas por la AP Pontevedra.

⁷ ECLI:ES:APV:2021:2248A

⁸ En particular, STJUE de 9 noviembre 2000, C-387/98, “*Coreck Maritime*”, ap. 29.

III. UN ERROR: EL CONVENIO DE LUGANO YA NO RESULTA APLICABLE A LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE LOS TRIBUNALES BRITÁNICOS.

Son varios los errores en los que, a nuestro modo de ver, incurre el tribunal. El que resulta más obvio consiste en afirmar la aplicación del Convenio de Lugano⁹ al acuerdo de elección de los tribunales ingleses. Aunque no por ello sea excusable, dicho error puede estar provocado por el hecho de que el demandado está domiciliado en Suiza. No obstante, el tribunal no tiene en cuenta que el acuerdo de elección de foro atribuye la competencia a los tribunales de un Estado que ya no es parte del Convenio de Lugano de 2007, el Reino Unido, por lo que no se cumple una de las condiciones que establece el art. 23 para su aplicación: que el tribunal o tribunales elegidos sean los de “un Estado vinculado por el presente Convenio”¹⁰.

Efectivamente, debe recordarse que el CL 2007, al contrario que el de 1988, fue ratificado por la Unión Europea (en 2007, Comunidad Europea) y no los Estados miembros. Por lo tanto, una vez que el Reino Unido deja de pertenecer a la Unión, el Convenio deja de aplicarse en dicho país y a los acuerdos de elección de foro que designan los tribunales de ese país.

No resulta posible interpretar que en las relaciones con el Reino Unido resulta aplicable el Convenio de Lugano de 1988, el cual sí fue ratificado por los Estados miembros, por cuanto, de acuerdo con el art. 69.6 CL 2007, desde su entrada en vigor este convenio sustituye al anterior. Es decir, el CL 1988 ha dejado de existir.

Ciertamente, esta situación podría cambiar en el futuro por cuanto, como es conocido, el Reino Unido ha solicitado su adhesión al CL 2007¹¹. No obstante, en vista de la Comunicación adoptada al respecto por la Comisión Europea¹², esta posibilidad resulta poco probable y, además, ha sido criticada por la doctrina¹³.

⁹ Al cual se llega a citar como “Convenio de Lugano de 2008 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 10 de junio de 2009” (p. 8).

¹⁰ PALAO MORENO, G., “Brexit y litigación comercial internacional”, en A. Ortega Gimenez (dir), *Brexit: persona, empresa y sociedad*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2020, pp. 169-179; ARENAS GARCIA, R., “El Reino Unido y el Convenio de Lugano”, *La Ley Unión Europea*, num. 83, 2022, pp. 1-12.

¹¹ LEHMANN, M., “UK Applies for Accession to Lugano Convention”, *EAPIL Blog*, 25 abril 2020, disponible en <https://eapil.org/2020/04/25/uk-applies-for-accession-to-lugano-convention/>

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Evaluación relativa a la solicitud de adhesión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Lugano de 2007, Doc. COM(2021) 222 final.

¹³ HESS, B., “The unsuitability of the Lugano Convention (2007) to Serve as a bridge between the UK and the EU after Brexit”, *MPILux Research Paper* (2018), num. 2.

IV. UNA CARENCIA: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2005 NO RESULTA APLICABLE A ESTE ACUERDO DE ELECCIÓN DE LOS TRIBUNALES BRITÁNICOS EN PARTICULAR, POR RAZONES DE TIEMPO Y MATERIA

Se echa de menos en la resolución una referencia al Convenio de La Haya de 2005 ratificado por el Reino Unido el 28 septiembre 2020, y aplicable en las relaciones comerciales con este país a partir del 1 de enero de 2021. Teniendo en cuenta que la resolución de primera instancia se adopta el 10 de diciembre de 2021, hubiera sido adecuado aclarar, aunque fuera brevemente, porque el Convenio no resulta aplicable al supuesto concreto. Y ello porque, como se va a ver, dicha inaplicación presenta particularidades.

El Convenio no resulta aplicable al supuesto concreto por razones temporales. Efectivamente, de acuerdo con la disposición transitoria del art. 16, el Convenio sólo resulta aplicable a los acuerdos de elección de foro celebrados tras su entrada en vigor “en el Estado del tribunal elegido” (es decir, Reino Unido). Aunque la resolución no indica la fecha exacta en que se celebró el contrato entre Mosca Marítimo y MSC en el que se incluye la cláusula de sumisión, teniendo en cuenta que la resolución de instancia es de diciembre 2021, resulta muy poco probable que hubiera tenido lugar antes del 1 enero 2021.

Resulta interesante plantearse qué hubiera pasado si el acuerdo de elección de foro se hubiera celebrado una vez entrado en vigor el CLH 2005 para el Reino Unido. Y ello porque no resulta nada clara la aplicación del convenio a esta categoría de litigios en particular. En principio, el art. 2.2 f) excluye del ámbito de aplicación de convenio los acuerdos exclusivos de elección de foro en materia de transporte de mercancías¹⁴. No obstante, de acuerdo con el art. 17.1, “[u]n litigio relativo a un contrato de seguro [...], no se encuentra excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio en razón de que dicho contrato de seguro [...] se refiera a una materia a la que este Convenio no es aplicable”.

La aplicación del Convenio al supuesto concreto de la resolución objeto de análisis dependería de la calificación jurídica que se otorgara a la acción ejercida por la aseguradora. ¿Debe entenderse que es un “litigio relativo a un contrato de seguro”, o se trata, más bien, de una demanda en materia de transporte de mercancías en la que la aseguradora-actora se ha subrogado en la posición del transitario? A mi modo de ver, la interpretación correcta, confirmada por el *Informe explicativo*, es la segunda: el litigio relativo a un contrato de seguro se refiere exclusivamente a los litigios entre asegurador y asegurado, y no se extiende a los litigios que se puedan plantear entre el asegurador con las partes del contrato de transporte una vez que aquel se subroga en la posición del asegurado¹⁵.

¹⁴ La exclusión de la materia responde a la existencia de tratados internacionales en estas materias y la conveniencia de evitar la posibilidad de conflictos (Véase HARTLEY, T / DOGAUCHI, M., *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*, ap. 58, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/cf11c369-53a1-4cee-95b0-01c509ca1945.pdf>

¹⁵ HARTLEY, T / DOGAUCHI, M., *Informe explicativo...*, ap. 221.

V. UNA IMPRECISIÓN: EN EL RÉGIMEN INTERNO, LA VALIDEZ DEL ACUERDO DE ELECCIÓN A LOS TRIBUNALES BRITANICOS DEBE DETERMINARSE EXCLUSIVAMENTE A PARTIR DEL ART. 468 LNM

Habiéndose descartado la aplicación de cualquier instrumento europeo (R. Bruselas I bis) o convencional (CL 2007, CLH 2005) al supuesto concreto, la Audiencia Provincial debería haber resuelto el litigio en atención al art. 468 LNM¹⁶, el cual se cita repetidamente en la resolución, pero no se aplica.

El tribunal opta por otra solución. Apoyándose en la STS de 31 de mayo 2012¹⁷ y tras haber descartado la aplicación del R. Bruselas I bis como consecuencia del *Brexit*, entiende que la validez de los acuerdos de elección de foro a favor de los tribunales de Londres debe establecerse “conforme a las normas generales, tanto sustantivas como procesales”. Para la Audiencia Provincial de Valencia, dichas normas generales son el art. 1255 CC el cual establece los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad (“que no sean contrarios a las leyes, a la moral y ni al orden público”), cuya vulneración debe ser acreditada por la parte que impugne la validez de la cláusula de sumisión; y el art. 22 LOPJ, el cual establece el límite legal de los supuestos de jurisdicción exclusiva de nuestros tribunales¹⁸.

Aunque criticable, esta remisión a las que tribunal llama “normas generales” podía ser admisible en 2012, año en el que se adopta la STS que sirve de referencia a la resolución. Pero la Audiencia Provincial de Valencia desconoce que, desde entonces, se ha introducido en la LOPJ, no sólo el art. 22 quinquies (que sí cita), sino también el art. 22 bis, que establece los requisitos de validez de los acuerdos de elección de foro. Es decir, queda claro que estos acuerdos no se regulan por las normas generales sobre la autonomía de la voluntad, sino por una normativa específica.

Pero es que, además, el tribunal desconoce los efectos que se derivan de la existencia de art. 468 LNM. Las cláusulas de elección de foro contenidas en los contratos de transporte marítimo no se regulan ni por las normas generales, ni tan siquiera por el art. 22 bis LOPJ, sino por dicha disposición. Contrariamente a lo que dicen esas normas, el art. 468 LNM establece la nulidad de las cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros “cuando no

¹⁶ Sobre esta disposición ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “Una acertada orientación ...”, *op. cit.*; TORRALBA MENDIOLA, E., “Las «especialidades procesales» de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm 16, 2015, pp. 121-131; ARROYO MARTÍN, I., “Protección de la parte débil frente a las cláusulas de jurisdicción internacional en el transporte marítimo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXX, 2013, pp. 23-95; BELINTXON MARTÍN, U., “Derecho internacional privado ...”, *op. cit.*; GÓMEZ JENE, M., “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *CDT*, 2014, vol. 6-2, pp. 112-129

¹⁷ ECLI:ES:TS:2012:4025

¹⁸ El tribunal añade una referencia de difícil comprensión al art. 22 quinquies LOPJ: “En la misma línea, el art. 22 quinquies reconoce la jurisdicción de los tribunales españoles “*en defecto de sumisión expresa o tácita (...) a) en materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España*” y “*e) En materia de seguros (...)*”. En la medida en que la oración viene a continuación de la identificación del art. 22 como un “límite legal” a los acuerdos de elección de foro de tribunales extranjeros, los términos “en la misma línea” deben llevar a pensar que el tribunal está hablando de otro límite legal, algo que es claramente equivocado.

hayan sido negociadas individual y separadamente”. Es decir, un resulta totalmente contrario al que se deriva de la aplicación del art. 22 LOPJ o art. 23 CL 2007, disposiciones que, como es práctica común de nuestros tribunales, se citan conjuntamente con el art. 468, lo cual carece de sentido. Efectivamente, esta disposición, muy criticada por nuestra doctrina por resultar contraria a los principios que rigen la materia en los instrumentos convencionales y europeos¹⁹, implica que, en este supuesto concreto, la Audiencia Provincial de Valencia debería haber casado la sentencia de instancia por cuanto la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses constituía una cláusula más de la carta de porte marítima suscrita por las partes y, por lo tanto, debería haber sido declarada nula.

VI. A MODO DE CONCLUSION

Afortunadamente, la duda, la carencia, la imprecisión y el error de la resolución objeto de análisis no tienen consecuencias prácticas por cuanto en el caso concreto los tribunales de Valencia resultaban igualmente incompetentes. Efectivamente, de haber declarado nula la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses, el tribunal no habría podido declarar su competencia por cuanto la empresa demandada, MSC, tenía su domicilio en Suiza (art. 2 CL 2007), y el lugar de cumplimiento de la obligación de entrega de las mercancías se encontraba en Portugal (art. 5.1 CL 2007).

No obstante, de haber existido un foro que atribuyera competencia a nuestros tribunales, las consecuencias materiales de esta equivocada decisión habrían sido considerables para las partes: repetición de un litigio ante un tribunal extranjero del que debería de haber conocido el tribunal español, con los costes en términos económicos y temporales que ello implica. Contrariamente a lo que parecen pensar muchos jueces, la cita *ad abundantia* de normas de Derecho internacional privado supuestamente aplicables (quizás debida a un conocimiento más limitado que el que se tiene del Derecho sustantivo y procesal interno) no incrementa la solidez de las resoluciones judiciales. Todo lo contrario, una adecuada administración de justicia exige la correcta identificación del instrumento aplicable, circunstancia que además aporta seguridad jurídica a los justiciables.

¹⁹ ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “Una acertada orientación ...”, *op. cit.*

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES EN LA U.E. (COMENTARIO A LA STJUE *LONDON STEAM-SHIP OWNERS*, DE 20 DE JUNIO DE 2022, C-700/20)

MIGUEL ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ*

I. ANTECEDENTES

Cabe recibir con satisfacción el acierto del TJUE en su fallo del pasado 20 de junio, enmendando las conclusiones presentadas por el Abogado General Anthony M. Collins el 5 de mayo de 2022¹. Procede recordar que, en su sentencia de 14 de enero de 2016, el Tribunal Supremo español había declarado responsables al capitán y los propietarios del buque “Prestige”² en relación con las acciones civiles por los daños causados a causa del vertido de hidrocarburos producido en las cercanías de la costa gallega en noviembre de 2002; condenando, asimismo, a la aseguradora británica *The London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited* (en lo sucesivo, «Club») como responsable directo, en virtud del artículo 117 del Código Penal español, aunque con sujeción al límite global de responsabilidad de 1000 millones de USD, en función de la cláusula de protección e indemnidad P&I que cubría a la embarcación³. A su vez, la Audiencia Provincial de A Coruña, mediante resolución de 15 de noviembre de 2017 (rectificada el 11 de enero de 2018), estimó con posterioridad que, como consecuencia del siniestro, el capitán, los propietarios y el Club eran responsables frente a más de 200 afectados (incluido el Reino de España) por un importe superior a 1600 millones de euros; aunque, en el caso del Club, con sujeción a ese límite global de responsabilidad por 1000 millones de USD. Finalmente, tras ser recurrida ante el Tribunal Supremo español, éste la confirmó mediante su sentencia de 19 de diciembre de 2018 (modificada el 21 de enero de 2019), introduciendo algunas modificaciones.

* Miguel Ángel Michinel Álvarez, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Vigo.

¹ Ambos documentos disponibles en línea en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-700/20>.

² Sobre la tramitación anterior, hechos y otras consideraciones en torno a este caso, se puede consultar MICHINEL ÁLVAREZ, M.A., “The Prestige in the Courts”, *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, 2007, vol. 13, pp. 171 y ss.

³ Según aclara el propio tribunal remitente de la consulta al TJUE, el seguro de P&I es un tipo de póliza de responsabilidad civil mutua que ofrecen los «clubes» a sus miembros propietarios de buques para cubrir las responsabilidades frente a terceros derivadas del uso y la explotación de éstos, y que puede incluir la cobertura por contaminación con respecto a las responsabilidades contraídas frente a terceros por daños por contaminación. En este caso, el Club era también la entidad aseguradora de los propietarios del buque con respecto a sus obligaciones particulares de seguro obligatorio en virtud del Convenio internacional sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969 («BOE» núm. 58, de 8 de marzo de 1976), en cuyo marco, el Club abonó una indemnización a las partes perjudicadas sobre esa base hasta el límite previsto en dicho instrumento.

En consecuencia, el 1 de marzo de 2019, la Audiencia Provincial de A Coruña dictó auto de ejecución donde se fijaban las cantidades que cada uno de los actores -entre ellos, el Reino de España-, podía reclamar frente a los respectivos encausados, incluido el Club. El 25 de marzo de 2019, el Reino de España solicitó al Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales el reconocimiento de la resolución española, en virtud del artículo 33 del Reglamento 44/2001 (Bruselas I o RB-I). El órgano británico accedió a dicha solicitud mediante auto de 28 de mayo de 2019. El 26 de junio de 2019, el Club interpuso recurso contra dicho auto, amparándose en lo que dispone el artículo 43 del RB-I, invocando dos motivos. En primer lugar, alegó que, en aplicación del artículo 34. 3º RB-I, la resolución española era inconciliable con otra ya emanada en el Reino Unido sobre la base artículo 66 de la ley británica de arbitraje⁴, y que el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales (Sala de lo Civil) había confirmado ya el 1 de abril de 2015. En segundo lugar, remitiéndose al artículo 34.1º RB-I, adujo que el reconocimiento o la ejecución de la resolución española eran manifiestamente contrarios al orden público inglés. La representación española formuló oposición contra el recurso del Club y solicitó al órgano jurisdiccional remitente que planteara seis cuestiones al TJUE, para que se pronunciase con carácter prejudicial sobre la interpretación del Reglamento; quedando finalmente en tres, sobre las que decide el TJUE en su bienvenida sentencia.

II. OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL

Básicamente, las cuestiones planteadas se centran, por un lado, dos de ellas en determinar si la decisión del tribunal inglés -dictada “en los términos del arbitraje”, al amparo del artículo 66 de la Ley de Arbitraje británica- puede considerarse como una “resolución”, en el sentido del artículo 34.3º RB-I; y la tercera, por otro lado, de rechazarse la aplicabilidad de ese precepto, en si cabría invocar el artículo 34.1º, por entender que, dada la situación de inconciliabilidad entre la resolución británica y la española que se pretende reconocer allí, se vulneraría el orden público del Estado requerido, de aceptar dicho reconocimiento. Ante estas preguntas, el Abogado General propone que se responda afirmativamente a las dos primeras y negativamente a la tercera. Como veremos, el TJUE concuerda con la segunda propuesta del Sr. Collins, pero no con la primera.

El Abogado General apela esencialmente a tres razones para justificar su inclinación a una respuesta afirmativa sobre las dos primeras preguntas. En principio, el Sr. Collins parte de que la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del RB-I entraña, en particular, “la imposibilidad de recurrir a dicho instrumento para ejecutar un laudo arbitral en otro Estado miembro convirtiéndolo en una resolución y solicitando a continuación a los órganos jurisdiccionales de ese otro Estado miembro que la ejecuten con arreglo a su capítulo III” (cdo. 49). Pero piensa también que aquí no se trata exactamente de esta situación, sino de otra distinta; a saber, “sobre los efectos que despliega tal resolución en unas circunstancias en las que es incompatible con una

⁴ La *Arbitration Act* británica de 1996 establece, en su artículo 66, que “(1). Los laudos emitidos por un tribunal arbitral en virtud un convenio arbitral podrán, con la autorización del órgano jurisdiccional, ejecutarse de la misma manera y con los mismos efectos que las sentencias o los autos de un órgano jurisdiccional. (2) Cuando se conceda dicha autorización, podrá dictarse resolución judicial en los mismos términos del laudo”.

resolución de otro Estado miembro cuyo reconocimiento y ejecución se solicita en Inglaterra y Gales” (cdo. 50). Y, en este sentido, aporta tres razones para justificar que una decisión judicial dictada en virtud del artículo 66 de la Ley de Arbitraje de 1996 constituye una «resolución» en el Estado requerido, a los efectos del artículo 34.3º RB-I.

Por un lado, el artículo 32 del RB-I define el concepto de «resolución» en términos muy amplios y el Abogado General piensa que esa definición se aplica a todas las disposiciones del Reglamento en las que aparece tal noción, incluido su artículo 34.3º. Por otro lado, recuerda el apartado 17 de la STJUE *Solo Kleinmotoren*⁵, donde el TJUE declaró que, para poder ser calificado de «resolución», en el sentido del Convenio de Bruselas, «el acto debe proceder de un órgano jurisdiccional perteneciente a un Estado contratante y que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelva sobre los puntos controvertidos entre las partes»; entendiendo que una resolución británica dictada al amparo del artículo 66.2,º de la Ley de Arbitraje de 1996 cumple plenamente estas exigencias. Finalmente, aduce que el artículo 1.2º RB-I no es decisivo a la hora de determinar si una resolución, a los efectos del artículo 34.3º RB-I, entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, al haberse adoptado ambas disposiciones con fines distintos y perseguir objetivos diferentes (cdo. 60).

Para rematar sus conclusiones, como ya se indicó, en relación con la tercera cuestión planteada -donde el TJUE adoptará la misma postura- el Sr. Collins sostiene que solo cabe acudir a la cláusula de orden público contenida en el artículo 34.1º RB-I en supuestos excepcionales; quedando expresamente excluida, en cualquier caso, -ya desde la STJUE *Hoffmann*⁶- cuando se trata de la compatibilidad de una resolución extranjera con una nacional, debiendo resolverse la situación, de ser así, en el marco de los párrafos tercero y cuarto de dicho artículo. Según destacó el Abogado General Wahl en sus conclusiones sobre el asunto *Salzgitter Mannesmann Handel*⁷, los apartados 2, 3 y 4 del artículo 34 del RB-I constituyen una *lex specialis* con respecto al apartado 1 de dicho precepto, que es de carácter general; y, por tanto, no sería aplicable, en la medida en que las correspondientes consideraciones de orden público estarían ya previstas en las demás excepciones. El TJUE, por su parte, en la sentencia objeto de este comentario, apuntala también esta propuesta aludiendo para ello a su jurisprudencia en el asunto *Meroni*⁸. No cabe aquí más que saludar la respuesta negativamente unánime a esta tercera cuestión.

III. EL FALLO DEL TJUE Y SU JUSTIFICACIÓN

Ahora bien, a diferencia de lo que hace el Abogado General con su respuesta a las dos primeras preguntas, el TJUE, en su sentencia, no rehúye el problema principal que ambas

⁵ C-414/92, de 2 de junio de 1994 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:61992CJ0414>).

⁶ C-145/86, de 4 de febrero de 1988 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61986CJ0145>).

⁷ C-157/12, de 26 de septiembre de 2013 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-157/12&language=ES>). Las conclusiones del Abogado General, presentadas el 16 de mayo de 2013, están disponibles en el mismo hipervínculo.

⁸ C-559/14, de 25 de mayo de 2016 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=178741&doclang=ES>).

plantean y que no es otro que la defensa de la tutela judicial efectiva. Así, el Alto Tribunal parte de que, en principio, una sentencia dictada en un Estado miembro en los términos de un laudo arbitral, ciertamente, puede constituir una resolución a los efectos del artículo 34, punto 3, del RB-I, “impidiendo así el reconocimiento, en este Estado miembro, de una resolución dictada por un tribunal de otro Estado miembro si dichas resoluciones son inconciliables entre sí” (cdo. 53). Pero, a la hora de valorar la sentencia británica, el TJUE sitúa al juez que la dictó en la posición del propio árbitro; de modo que cabe considerar si “el laudo arbitral en cuyos términos se ha dictado esa sentencia se emitió en unas circunstancias en las que no habría sido posible dictar, con observancia de las disposiciones y de los objetivos fundamentales de este Reglamento, una resolución judicial comprendida en su ámbito de aplicación” (cdo. 54). Y subraya el TJUE, en concreto, que “un laudo arbitral solamente puede desplegar efectos, en el marco del artículo 34, punto 3, del Reglamento ... a través de una sentencia dictada en sus términos si ello no obstaculiza el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (cdo. 58).

Para ello, se sirve de dos argumentos. El primero, relativo al efecto de la cláusula compromisoria insertada en el contrato de seguro⁹; puesto que, de la jurisprudencia del propio TJUE, “se desprende que un acuerdo atributivo de competencia celebrado entre un asegurador y un tomador del seguro no puede vincular a la persona perjudicada por el daño asegurado que, allí donde el Derecho nacional lo permita, desee entablar una acción directa por responsabilidad delictual o cuasidelictual contra el asegurador ante el tribunal del lugar en que se produjo el hecho dañoso o ante el tribunal del lugar de su domicilio” (cdo. 60)¹⁰. Por tanto, de ello deriva que, “so pena de vulnerar este derecho del perjudicado, un tribunal distinto de aquel que ya conoce de la acción directa no debe declararse competente sobre la base de tal cláusula compromisoria, a fin de garantizar el objetivo perseguido por el Reglamento ... [de] proteger a los perjudicados por un daño frente al asegurador de que se trate” (cdo. 61).

El segundo argumento del que se sirve el TJUE se refiere al empleo de la norma sobre litispendencia contenida en el artículo 27 RB-I, indicando que “la reducción al máximo del riesgo de procedimientos paralelos que persigue esta disposición es uno de los objetivos y principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil dentro de la Unión” (cdo. 70). Partiendo de que concurrían todos los elementos exigidos para entender que existe litispendencia en el sentido de dicho artículo, el TJUE sitúa al juez británico en el momento temporal en que se inició el procedimiento arbitral, señalándole que, de haber tenido que actuar él mismo en dichas idénticas circunstancias, no podría haber dictado sentencia, puesto que hubiera debido declararse incompetente. Y reprocha el

⁹ Según aclara el propio órgano jurisdiccional remitente, de acuerdo con el Derecho inglés, las cláusulas «*pay to be paid*» crean una condición previa para poder recuperar un importe en virtud del contrato de seguro, ya sea por las partes del contrato o por terceros que ejerzan derechos contractuales de terceros. Estas cláusulas son ejecutables en el Derecho inglés con arreglo a sus términos y quien pretenda beneficiarse de su cobertura deberá, según el Derecho inglés, asumir la carga de ese contrato, incluidas las cláusulas de sumisión a arbitraje y de elección de la ley aplicable.

¹⁰ El TJUE alude aquí a los apartados 31 y 40 de su sentencia *Assens Havn*, C-368/16, de 13 de julio de 2017 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-368/16>).

TJUE de forma contundente a los órganos británicos que dictaron y ratificaron la sentencia “en los mismos términos del laudo” que no hubieran observado las disposiciones y los objetivos fundamentales del RB-I, para prevenir una elusión de éstos; así como el hecho de no haber formulado en su momento remisión prejudicial alguna, hasta la que dio lugar a la sentencia objeto del presente comentario.

IV. VALORACIÓN FINAL

La peculiaridad presente en un sistema procesal interno (como, en este caso, sucede con el británico) no puede dar al traste con la funcionalidad del principio de tutela judicial efectiva en su crucial misión de guiar la libre circulación de resoluciones judiciales dentro de la U.E. Con una resolución dogmáticamente impecable y tan clara que resulta brillante, el TJUE, sin coartar con ello la potencialidad del Derecho procesal británico de aportar singularidades -hasta su definitivo apagón- en el marco de esa libre circulación, no impide el juego extraterritorial de eventuales resoluciones dictadas “en los mismos términos de un laudo”; tanto a los efectos de su propio reconocimiento en otros Estados miembros, como al de impedir el de resoluciones extranjeras en el Estado requerido que pudieran ser inconciliables con una del foro. Ahora bien, en la medida en que esto se permite, el juez (británico) que dicte tal clase de “resolución” deberá situarse procesalmente en la posición del árbitro cuando inicia su procedimiento; de modo que si, como consecuencia de su actuación, hubiere de emanar una decisión que significase un obstáculo al despliegue de la tutela judicial efectiva, debería abstenerse de actuar. De no hacerlo así, como sucede en este caso, tal resolución no podrá tener el efecto pretendido, al menos, en el marco de las disposiciones sobre reconocimiento del Reglamento.

Para concluir, cabe recordar que, como es bien sabido, el 31 de enero de 2020, el Reino Unido se retiró de la Unión Europea. Con arreglo al artículo 86.2º del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, el TJUE continúa siendo competente para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial presentadas por los órganos jurisdiccionales del Reino Unido antes del final del período transitorio; fecha que, en función del artículo 126 de ese mismo Acuerdo, se fijó en el 31 de diciembre de 2020. Asimismo, en virtud del artículo 89.1º, del Acuerdo mencionado, la sentencia del TJUE, ya se dicte antes del final del período transitorio o en una fecha posterior, será vinculante en su totalidad para el Reino Unido y en el Reino Unido. Dado que la petición de decisión prejudicial se presentó el 22 de diciembre de 2020, el TJUE era competente para resolverla y el órgano jurisdiccional británico remitente queda vinculado, en suma, por la sentencia objeto del presente comentario.

DE NUEVO SOBRE LOS MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA: SAP DE BURGOS (SECCIÓN 3ª) NÚM. 129/2022, DE 12 ABRIL

PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS*

I. HECHOS

Un español y una colombiana contraen matrimonio en Colombia en 2010, en la forma local. Ese mismo año, el Encargado del Registro consular (ERC) deniega su inscripción, y los cónyuges no recurren. En 2018 reiteran la solicitud en el Registro civil central (RCC), que vuelve a resolver en contra. En esta ocasión, sabemos que se debe a que el Encargado del RCC considera que el matrimonio fue simulado o de conveniencia. También sabemos que fundamenta la decisión en las contradicciones de los cónyuges. Suponemos el resto de los motivos (ya que la Sentencia analizada hace referencia a que el anterior es uno de ellos, pero no desgana específicamente el resto), que todo indica que son dos: que los interesados se habrían conformado en su momento con el rechazo del ERC a la inscripción; y que la propia cónyuge habría manifestado su intención de regularizar su situación administrativa en territorio español a través del matrimonio. Sobre el matrimonio colombiano afirma que “*su causa o finalidad no es la de contraer matrimonio, sino la de utilizar el matrimonio para que [la mujer colombiana] pudiera residir en España u obtener la nacionalidad española*”. La DGRN confirma la resolución del RCC en 2019, como hará también el JPI núm. 1 de Burgos, en 2021.

La AP de Burgos estima la apelación, ordenando la inscripción del vínculo. A juicio del Tribunal, sintéticamente, la intención de obtener una autorización de residencia es lícita y no comporta necesariamente simulación en el consentimiento; la renuncia a presentar recurso ante el ERC bien pudo deberse a que ambos cónyuges fueron recluidos ese mismo año en diferentes prisiones, por lo que también tuvieron que cesar en su convivencia; las contradicciones en las declaraciones de los cónyuges no eran tales y, además, el JPI habría obviado pruebas que conducirían a alcanzar una conclusión contraria: los recurrentes llevaban en la relación más de diez años y conviviendo desde hacía al menos tres, y varias personas aseveraron en el juicio que su comportamiento social era el propio de un matrimonio. Las aclaraciones que realiza la AP, sin duda acertadas, no resultan en nada novedosas¹, lo que refuerza los motivos para denunciar una práctica, la de las autoridades

* Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid

¹ De hecho, la propia AP de Burgos habría puesto de manifiesto lo que constituye una “vulneración frontal del concepto de consentimiento matrimonial” en palabras de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Madrid, Civitas, en p. 465, citando una sentencia anterior de este mismo Tribunal que ya pone de manifiesto esa vulneración por parte de las autoridades registrales y el JPI, en el mismo sentido que la que aquí comentamos.

registrales (y del JPI que la avala), que a estas alturas resulta difícil defender como simplemente errada.

II. LA PRÁCTICA DE LAS AUTORIDADES: ERRORES DE BASE REITERADOS, ARBITRARIEDAD Y ¿APOROFOBIA INSTITUCIONAL?

Ya que existe una institución como el matrimonio, a la que cada ordenamiento jurídico atribuye un contenido (o causa) y concede ventajas en ámbitos muy diversos, nada hay de reprochable en el hecho de que ese mismo ordenamiento establezca salvaguardas frente a los matrimonios de conveniencia, concibiendo como tales a aquéllos en los que hay consentimiento (se quiere celebrar el matrimonio o, de hecho, se ha logrado celebrar uno con arreglo a una ley extranjera), pero no *matrimonial*: las o los contrayentes mienten al asentir, cuando se les informa de los derechos y deberes que el matrimonio comporta, y que asumirían en el acto de la celebración.

Así, se desautoriza la celebración del matrimonio en los casos en que la autoridad que interviene en su autorización tiene la convicción de que es de conveniencia; y no se reconoce su eficacia si se conformó con arreglo a una ley extranjera, cuando la autoridad ante la que se insta el reconocimiento (normalmente registral) llega a idéntica conclusión. La dificultad radica, claro, en cómo alcanzar esa convicción. Porque es imposible tener certeza absoluta sobre intenciones ajenas: las personas interesadas no van a declarar abiertamente que se casan para obtener un beneficio en concreto (o varios) y *que además* (y esta es la clave) descartan por completo vivir juntas, guardarse fidelidad, contribuir a las cargas del matrimonio, cuidar de los ascendientes y descendientes... De esta forma, resulta lícito emplear, en situaciones como esta, la prueba de presunciones; que es lo que dispuso la DGRN hace tiempo, con mayor o menor acierto, en sus Instrucciones de 1995² y, señaladamente, de 2006³.

Lo que no debería ocurrir es que, en lugar de desarrollar esta práctica con la necesaria perspectiva de derechos humanos, y las cautelas precisas⁴, las autoridades decidan incurriendo en arbitrariedades, proyectando prejuicios y vulnerando derechos impunemente.

No se explica que las autoridades que tienen atribuida la función de velar por que el matrimonio no sea de conveniencia no tengan claro siquiera cuándo lo es. Que tenga que

² Instrucción de la DGRN de 9 de enero 1995 sobre normas relativas al expediente previo al matrimonio, *BOE* núm. 21 de 25 de enero de 1995.

³ Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia, *BOE* núm. 41, de 17 de febrero de 2006. Al respecto, crítico con la Instrucción, mi trabajo “Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2003”, *La Ley*, núm. 6542, de 5 de septiembre de 2006, pp. 1-8. Y para una lectura opuesta, CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Los matrimonios de complacencia y la instrucción de 31 de enero de 2006 de la DGRN”, *La Ley*, núm. 6622, pp. 1472-1488.

⁴ Entre otros, SÁNCHEZ LORENZO, S., “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 247-285; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Matrimonio de conveniencia: argumentos vergonzantes y paradojas inocuas”, *Dereito*, vol. 16, 2007, pp. 29-51

llegar el asunto a una AP, una vez más, para que ésta recuerde al Juzgado, al RCC y a la DGRN que lo relevante es que “las partes contrayentes asumen y no descartan aquello que es propio”, y que en nada importan los motivos de los contrayentes para celebrar el matrimonio. Estos pueden ser legítimamente espurios (contentar o fastidiar a una abuela, celebrar una fiesta); y pueden ser interesados (disfrutar de dos semanas de vacaciones, tener consideración de heredera/o, ahorrar en impuestos realizando la declaración conjunta, regularizar la situación administrativa). No solo no hay nada de extraño en que quien se casa (o ha casado) tenga *motivos* para hacerlo, y quiera disfrutar de las ventajas que comporta el matrimonio, sino todo lo contrario. Y podríamos repetir esta idea hasta la saciedad, pero todo indica que no va a llegar a sus destinatarias, porque no hay voluntad ninguna de hacer bien las cosas. No creo que el desconocimiento de las autoridades registrales de en qué debe consistir la tarea que tienen entre manos (y que pone de manifiesto la AP) sea un mero error (en todo caso, sería de bulto). Parecería que lo que importa (lo que procuran) no es tanto evitar un matrimonio de conveniencia, sino que el matrimonio permita a ciertas personas extranjeras regularizar su situación administrativa en territorio español, como si no fuera lícito, e incluso, en ocasiones obligado, casarse a esos efectos. A este respecto, resulta enormemente acertada la observación de la AP cuando recuerda que el ejercicio efectivo de la vida familiar puede estar condicionado a la obtención de una autorización de residencia, y ésta a su vez a la celebración del matrimonio. La opción (o libertad) de no contraer matrimonio (como tantas otras) se convierte en privilegio.

De las resoluciones del RCC y la DGRN, y el posterior aval del JPI, se desprende que en un Estado como el español, en el que los permisos de residencia están a la venta⁵, las autoridades emplean un celo excesivo precisamente con quienes podrían contraer matrimonio no tanto para ejercer este derecho garantizado constitucional (art. 39 CE) e internacionalmente (art. 16 DUDH, art. 23.2 PIDCP), sino para poder ejercer su derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH).

Primero, porque al identificar casi exclusivamente el matrimonio de conveniencia con aquel cuya finalidad no es otra que la de obtener ventajas en materia de extranjería⁶, la sospecha de fraude recae por lo general⁷ únicamente sobre contrayentes extranjeros⁸; y ni

⁵ Se dispensan “visados y autorización de residencia para inversores” a raíz de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233 de 28 de septiembre de 2013), a quienes adquieran un inmueble en España por valor de más de medio millón de euros (art. 63). Ello al margen de la posibilidad, ya existente previamente, de obtener la autorización para residencia no lucrativa

⁶ No sólo en el Estado español: la identificación es generalizada, como muestra la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382, 16-XII-1997) que afirma que “... se entenderá por matrimonio fraudulento el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro”.

⁷ El porcentaje de matrimonios entre españoles en el que se controla la veracidad del consentimiento es mínima, tal y como ponen de manifiesto FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, pp. 462-463.

⁸ No desconozco que hay también otros casos, como el que recientemente ha comentado Mónica Guzmán, en el que la DGSJFP confirma la denegación de la autorización a dos italianos residentes (que, por tanto,

quiera recaer sobre todo extranjero. La audiencia a los contrayentes (o ya cónyuges) se practica de forma totalmente arbitraria. No solo se obvia en la práctica totalidad de los casos en que el matrimonio une a dos españoles, sino también cuando al Encargado del Registro le parece que la persona extranjera no es sospechosa de querer beneficiarse del matrimonio en el ámbito de la extranjería o la nacionalidad, ya sea por su nacionalidad o por la capacidad económica que deduce de su aspecto físico...⁹. Como he dicho, hay personas extranjeras que para obtener un permiso de residencia solo tienen que demostrar que tienen capacidad económica: si la tienen, para qué van a contraer un matrimonio simulado. El matrimonio de conveniencia (o al menos el que se combate por las autoridades) es de pobres.

Segundo, porque el íntimo convencimiento de las autoridades de que el matrimonio es de conveniencia en ocasiones como la que nos ocupa parece previo al resultado de la práctica de la prueba. Parece derivar antes de los prejuicios de las autoridades que de un juicio en el que, ante el más mínimo atisbo de duda, tendría que prevalecer el *ius connubi*. No lo digo yo: lo afirma la AP de Burgos, cuando manifiesta que las contradicciones en las que las autoridades registrales y el JPI se basaron para considerar que no había un auténtico matrimonio no eran tales; y que se obviaron otras pruebas sólidas, especialmente ya en sede judicial (donde se practicó testifical), que más allá de sembrar dudas, conducían a concluir justamente lo contrario. El resultado es que, siempre según lo que el Tribunal estima, dos personas que contrajeron matrimonio porque tenían derecho a hacerlo, como también a obtener los beneficios que de él derivan, han tenido que esperar años para poder ejercitar plenamente sus derechos. Años en los que la esposa ha tenido que permanecer en situación irregular (y por tanto con posibilidad únicamente de trabajar en negro y sin derechos), con la amenaza de la expulsión. Todo por el mero hecho de ser colombiana y no tener medios económicos para regularizar su situación por otra vía distinta al matrimonio (o la unión registrada). Y no hay forma alguna de que los perjudicados obtengan una reparación por ello. No podrán alegar que hace tiempo se viene advirtiendo a las autoridades registrales de su “error” sobre la propia concepción del matrimonio de conveniencia; no podrán reclamar indemnización ninguna. No me parece exagerado sostener que en este tipo de decisiones hay tintes de maltrato institucional y aporofobia¹⁰.

III. CONCLUSIÓN

El control sobre la realidad del consentimiento para autorizar un matrimonio o reconocer la validez del ya celebrado con arreglo a un ordenamiento extranjero puede ser un

no tenían intención de obtener ventajas ni en el ámbito de la extranjería, ni en el de la nacionalidad): *vid.* GUZMÁN ZAPATER, M., “La no autorización de matrimonio de conveniencia entre dos extranjeros. Comentario a la Resolución Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (19ª) de 10 de septiembre de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), vol. 13, núm. 2, pp. 754-776.

⁹ Que esto ocurre en la práctica es difícil de probar: los interesados no recurren si el matrimonio se autoriza sin audiencia, ni cuando se acuerda la inscripción del ya celebrado, por lo que no tenemos resoluciones que mencionen esta ausencia de tramitación. Tengo constancia de este hecho por conocimiento personal: por la información de varias amigas/os y familiares que, habiendo contraído matrimonio con personas extranjeras, han obtenido la autorización o han inscrito el matrimonio sin someterse a audiencia ninguna.

¹⁰ Sobre el término, CORTINA ORTS, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*, Barcelona/Buenos Aires/México, Paidós, 2017, pp. 17-28.

instrumento legítimo, parte de las salvaguardas para proteger el matrimonio, sin las cuales carecería de sentido mantener sus beneficios¹¹ y, por ende, la propia institución (a lo que quizás convendría dar una pensada). Sin embargo, lleva años practicándose de forma errónea y arbitraria. La DGSJFP debería asumir la doctrina de los órganos jurisdiccionales (y los numerosos autores) que vienen advirtiendo la mala praxis de algunos encargados del RC y de la propia Dirección; quizás, también, volver a dictar instrucciones sobre la forma en que ha de practicarse tal control, a través de decisiones desprejuiciadas que prioricen el ejercicio de derechos como el *ius connubi* y el derecho a la vida familiar.

¹¹ No falta quien defiende que se rebajen los beneficios (solo) a las personas extranjeras para combatir el fenómeno de los matrimonios de conveniencia. Por ejemplo, sugiere ampliar los años de residencia de cónyuges de españoles para obtener la nacionalidad, ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Matrimonios de complacencia. Práctica doctrinal, jurisprudencial y registral*, Pamplona, Aranzadi/Civitas, 2022.

DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL ACREEDOR DE ALIMENTOS EN UN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE (SALA 4^a), DE 15 DE MAYO DE 2022 EN EL ASUNTO C-644/20, W.J.)

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU*

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de mayo de 2022 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó su sentencia en el asunto C-644/20, W.J.¹. El caso plantea una cuestión relativamente frecuente en materia de Derecho de familia, en concreto, la delimitación de la residencia habitual, en este caso del acreedor de alimentos, a efectos de la aplicación de la norma de conflicto correspondiente. Las peculiaridades del supuesto derivan, más que del objeto de la cuestión prejudicial, de la situación que genera el caso y que obliga al TJUE a combinar la interpretación del Protocolo de La Haya de 2007 en materia de obligaciones alimenticias² y las soluciones relativas al retorno de un menor ilícitamente desplazado de un (entonces) Estado miembro (Reino Unido) a otro (Polonia).

II. HECHOS

Dos nacionales polacos con residencia habitual en el Reino Unido tienen dos hijos en dicho país en junio de 2015 y mayo de 2017. En otoño de 2017 la madre se traslada a Polonia con la hija y comunica al padre que quiere permanecer más tiempo allí, a lo que el padre consiente. La madre vuelve a Gran Bretaña el 7 de octubre para recoger al otro hijo menor y el día siguiente se marcha a Polonia. Unos días después comunica al padre que pretende quedarse de forma permanente en Polonia con los niños. El progenitor no está de acuerdo e inicia un proceso de restitución ante la Autoridad Central británica al amparo del Convenio de La Haya de 1980. En enero de 2018 el asunto se plantea ante el tribunal de distrito competente de Polonia, que desestima la demanda de retorno en febrero de 2018. El padre apela la decisión ante el tribunal regional de Poznan (Polonia),

* Elena Rodríguez Pinau, Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ STJUE de 15 de mayo de 2022, as. 644/20, W.J. (ECLI:EU:C:2022:371).

² Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, aprobado en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2009/941/CE del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 (DO L 331, 2009, p. 17).

que ordena el retorno de los menores más de un año después, el 24 de mayo de 2019, debiendo ejecutarse la orden en el plazo de un mes³.

Por su parte, la madre, en representación de sus hijos, había interpuesto demanda de alimentos en noviembre de 2018 ante el tribunal de distrito de Pila (Polonia), procedimiento en el que compareció el padre. En abril de 2019 el tribunal condenó al padre al pago de alimentos conforme a Derecho polaco. La sentencia es recurrida por el padre al entender que no se había tenido en cuenta lo decidido en el procedimiento de retorno, en particular, que los menores tenían que haber vuelto a Reino Unido en junio y que, desde que se ordenó su retorno, permanecían en paradero desconocido.

En este contexto, el tribunal de apelación, que asume la competencia para conocer de la acción de alimentos conforme al artículo 5 del Reglamento 4/2009, *i.e.* por sumisión tácita en la medida en que el padre no ha impugnado la competencia judicial internacional⁴, se plantea si la ley (polaca) aplicada por el tribunal de distrito puede justificarse a la luz de las conexiones del Protocolo de La Haya de 2007, lo que considera sólo podría suceder en virtud del artículo 3.2 del Protocolo. Pero para ello es preciso que los menores tengan su residencia habitual en Polonia. Ello lleva al tribunal a preguntarse si debe tener en cuenta los criterios del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 (en adelante, RBII *bis*) sobre transferencia de la competencia judicial internacional a otro Estado miembro en caso de traslado o retención ilícita o si, al no hacer consideración alguna el Protocolo de La Haya a este tipo de situaciones, debe valorar el asunto con independencia de que se haya producido un cambio de residencia por esta causa. En esencia, el tribunal polaco pretende aclarar cómo incide en la adquisición de la residencia a efectos del artículo 3 del Protocolo el hecho de que se haya ordenado el retorno tras una sustracción⁵.

III. PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE

La cuestión planteada por el tribunal polaco se reformula ligeramente por el TJUE en el sentido de si el artículo 3 del Protocolo de La Haya debe interpretarse de modo que “el hecho de que un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro haya ordenado, en el marco de un procedimiento distinto, la restitución de ese menor al Estado en el que residía habitualmente con sus progenitores inmediatamente antes de su traslado basta para impedir que ese menor pueda adquirir la residencia habitual en ese Estado miembro”⁶.

³ Frente a esta resolución, y ya planteada la cuestión ante el TJUE, el defensor del menor de Polonia planteó recurso de casación extraordinario ante el Tribunal Supremo polaco, que dictó una resolución el 6 de octubre de 2021 que anulaba parcialmente la orden de retorno de 2019, por lo que los menores no debían volver ya a Reino Unido. Este recurso extraordinario, fuertemente cuestionado en Polonia, es objeto de una cuestión prejudicial (asunto C-720/21) ante el TJUE.

⁴ Así lo establece el tribunal remitente (apdo. 27 de la sentencia). Ello parece indicar que el tribunal polaco asume que no era competente por vía del artículo 3 del Reglamento 4/2009.

⁵ «¿Debe interpretarse el artículo 3, apartados 1 y 2, del Protocolo de La Haya [...] en el sentido de que un menor acreedor [de alimentos] puede adquirir una nueva residencia habitual en un Estado en el que está retenido ilícitamente, cuando un órgano jurisdiccional ha ordenado su restitución al Estado en el que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la retención ilícita?»

⁶ Apdo. 57.

El TJUE, tras recordar que el Protocolo de La Haya de 2007 puede ser objeto de su interpretación como parte del ordenamiento de la Unión (aprobado mediante la Decisión 2009/941⁷), pasa a analizar el artículo 3 del Protocolo. Este artículo, que conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor, incorpora además una regla de conflicto móvil, de manera que un cambio de residencia implica el correspondiente cambio de ley aplicable (art. 3.2). Lo que no establece la norma es si dicho cambio de residencia debe ser lícito a efectos de la aplicación de la regla.

El TJUE recuerda que el concepto de residencia habitual debe ser objeto en la Unión de una interpretación autónoma y uniforme⁸. Para llevar a cabo dicha interpretación, el TJUE entiende que procede analizar el concepto de residencia habitual conforme al Protocolo y parte del punto 42 del informe Bonomi, explicativo del Protocolo⁹, según el cual el criterio de la residencia «habitual» implica cierta estabilidad, lo que significa que «una simple residencia de carácter temporal no es suficiente para determinar la ley aplicable a la obligación alimenticia». Dicha conexión garantiza la previsibilidad de la ley aplicable al tiempo que asegura que la ley así designada presenta una vinculación estrecha con la situación del acreedor y permite determinar la existencia y el importe de la obligación alimenticia teniendo en cuenta las condiciones jurídicas y el ámbito social del país donde el acreedor vive y ejerce esencialmente sus actividades. Esto lleva al TJUE a establecer que la residencia habitual del acreedor de alimentos se sitúa en el lugar en que, de hecho, está su centro de vida, teniendo en cuenta su entorno familiar y social, elementos que son de carácter fáctico y deben evaluarse del conjunto de circunstancias del caso¹⁰.

Una vez establecida la interpretación autónoma de la conexión, el TJUE analiza el posible impacto que la sustracción podría tener en el artículo 3.2 del Protocolo. En este sentido, constata que no hay indicación alguna en el citado artículo que obligue a considerar que se ha ordenado el retorno del menor para valorar si tiene o no la residencia en ese Estado. Por el contrario, para el TJUE sí resulta clara de dicho artículo la obligación de considerar el interés superior del menor. De ello concluye que, *por principio*, la existencia de una orden de retorno no impide considerar que el menor reside habitualmente en el Estado requerido a efectos de determinar la ley aplicable a los alimentos¹¹.

Por último, el TJUE analiza el posible efecto que el artículo 10 RBII *bis* puede tener en la interpretación realizada, en la medida en que contempla la transferencia de competencia desde el Estado miembro de origen al requerido en supuestos de sustracción internacional. Recordando que dicha disposición debe ser interpretada restrictivamente, entiende que no hay justificación para tener en cuenta este artículo en la aplicación del artículo 3.2 del Protocolo¹². Pero considera que el tribunal puede tener en cuenta el traslado ilícito, junto con los demás elementos, al evaluar el conjunto de hechos que permiten determinar dónde está la residencia del menor, y observar si existe esa estabilidad suficiente que exige la

⁷ Cit. supra nota 2.

⁸ Apdo. 62.

⁹ Disponible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=4898&dtid=3>.

¹⁰ Apdos. 63-67.

¹¹ Apdos. 68-70.

¹² Apdos. 71-72.

residencia habitual¹³. En este sentido, el TJUE observa que el tribunal polaco tuvo que decidir sobre los alimentos en abril de 2019, cuando los menores llevaban más de 17 meses viviendo en Polonia y había una decisión de instancia que establecía que los menores no debían volver. Además, la decisión de retorno del tribunal regional era posterior (mayo de 2019), por lo que no podía haberla tenido en consideración en el momento de dictar la resolución sobre los alimentos¹⁴. Ello no impide que, si el tribunal regional es competente para realizar una nueva valoración de los hechos, pueda apreciar de forma diferente el carácter estable de la residencia¹⁵.

En consecuencia, el TJUE determina que “a efectos de la determinación de la ley aplicable a la reclamación alimenticia de un menor trasladado por uno de sus progenitores al territorio de un Estado miembro, el hecho de que un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro haya ordenado, en el marco de un procedimiento distinto, la restitución de ese menor al Estado en el que residía habitualmente con sus progenitores inmediatamente antes de su traslado, no basta para impedir que ese menor pueda adquirir la residencia habitual en el territorio de ese Estado miembro”.

IV. ANÁLISIS

La decisión del TJUE ofrece una respuesta que, sin desviarse de la literalidad de la norma, intenta ajustarse al espíritu de sus soluciones en el caso concreto: el interés superior del menor, que en materia de alimentos se concreta en la conexión de la residencia habitual, supone que, si el Protocolo no distingue la solución en función de cuál es el motivo que subyace al cambio de residencia, no pueda ser decisivo (*por principio*) a efectos de determinar dicha residencia que un tribunal haya establecido la ilicitud del traslado (o esté pendiente el recurso frente a dicha resolución).

El caso pone de manifiesto la complejidad del sistema de DIPr en Derecho de familia, donde concurren normas de distintas fuentes en las que un mismo concepto no tiene necesariamente una delimitación única. Así, se solicita al TJUE que interprete la norma de conflicto de un convenio internacional a la luz de una regla de competencia judicial de la Unión Europea, lo que el tribunal resuelve descartando la relevancia de la regla europea en el caso. Pero cabe plantearse si la respuesta hubiera sido tan ‘sencilla’ si lo que se hubiera preguntado al TJUE es cómo interpretar la noción de residencia en el Protocolo de 2007 toda vez que se había desechado la aplicación del artículo 3 del Reglamento 4/2009 (*i.e.* se había descartado la residencia en Polonia a efectos de la competencia judicial internacional)¹⁶. La interconexión de normas de distinta fuente genera, indudablemente, difíciles equilibrios y, de igual modo, efectos inesperados, pues si bien

¹³ Apdo. 73.

¹⁴ Apdos. 75-76.

¹⁵ Apdo. 77.

¹⁶ El TJUE ha tenido ocasión de analizar la relación entre las reglas de competencia judicial fundamentadas en la residencia habitual del menor de los Reglamentos 4/2009 y 2201/2003 en materia de sustracción de menores en el asunto C-85/18 PPU, C.V. y D.U. (ECLI:EU:C:2018:220). Sobre esta jurisprudencia y su relevancia en el caso aquí comentado, vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Traslado o retención ilícitos de menores y obligaciones alimenticias. A propósito de la STJ de 12 de mayo de 2022”, *La Ley Unión Europea*, núm. 106, septiembre 2022.

el TJUE aborda de manera cautelosa la interpretación del Protocolo (conforme al informe Bonomi), lo cierto es que no puede obviarse el alcance armonizador de dicha interpretación. Así, dada su conexión con el artículo 10 RBII *bis*, se suscita la duda del impacto que esta interpretación puede tener sobre el artículo (‘paralelo’) 7 del Convenio de La Haya de 1996, al menos entre los Estados miembros de la Unión¹⁷.

Por otra parte, esta diferencia de fuentes lleva al TJUE a introducir matices relevantes en su argumentación, pues, en la interpretación del artículo 3.2 del Protocolo, insiste en el elemento de la ‘estabilidad’ de la residencia para que pueda ser considerada habitual, término que utiliza el informe Bonomi pero que no es frecuente en las decisiones del TJUE que, en una jurisprudencia ya asentada principalmente en sede de competencia judicial, ha construido la habitualidad sobre la integración y la identificación de un centro de vida del menor. El problema de la solución del TJUE es evidente en el caso, cuando para determinar la residencia a efectos de la ley aplicable se considera necesario atender a las circunstancias fácticas para evaluar si existe estabilidad: ¿Puede hablarse de estabilidad cuando se invoca que hay un traslado ilícito y, aunque se ha resuelto en instancia en sentido negativo, está pendiente la apelación? En otros términos, cuando se solicitan alimentos en un supuesto de sustracción pendiente, ¿no sería pertinente tomar este elemento en consideración? El TJUE especifica que ‘no basta’, es decir, que hay que tenerlo en cuenta, pero no es definitivo, lo que queda más claro probablemente en el apartado 70 al establecer que ‘por principio’ la sustracción no impide que se haya adquirido una residencia a efectos de los alimentos. Con todo, resulta discutible que en un supuesto de sustracción exista esa ‘estabilidad’ que permite identificar una residencia habitual.

Además de esta objeción, la decisión del TJUE deja abiertas varias cuestiones, la primera de ellas si es coherente establecer que existe residencia a efectos de la ley aplicable a los alimentos (verificada la estabilidad) cuando se acepta sin discusión que, a efectos de la competencia judicial, no existía dicha residencia (¿no había centro de vida?) pues el tribunal polaco asumió la competencia para la acción de alimentos por la sumisión tácita del deudor (art. 5 del Reglamento 4/2009). No es obligación del TJUE inquirir en aspectos que no le plantea el tribunal nacional, pero podemos preguntarnos cuál era el alcance sustantivo de aplicar una ley (la polaca) distinta de la que se habría aplicado (inglesa) si se hubiera considerado que no existía dicha estabilidad. ¿No se habría asegurado igualmente el interés superior del menor aplicando la ley (inglesa) más cercana al menor? ¿Habría perdido el acreedor su derecho a alimentos? En otros términos, en materia de ley aplicable la opción por el criterio de la residencia no condiciona el contenido material de la solución, siempre que se otorguen alimentos al menor. En este sentido, obviando la comodidad que implica la aplicación de la *lex fori*, si no existía residencia a efectos de la competencia judicial, no parece que la determinación de la nueva residencia fuera relevante a efectos de ley aplicable salvo si otorgara alimentos allí donde la ley de la anterior residencia no lo hacía¹⁸.

¹⁷ Si bien es cierto que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la Unión Europea, no existe una obligación de interpretar de manera coherente las disposiciones de los distintos convenios de la Conferencia de La Haya.

¹⁸ Sobre este aspecto, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Traslado o retención...”, *cit.*.

Por último, cabe plantearse hasta qué punto el hecho de que un tribunal del Estado requerido ordene la concesión de alimentos por la existencia de residencia del menor en su territorio no incidirá en la resolución de la sustracción. En otros términos, la percepción de que la primera respuesta puede condicionar la segunda, aunque no sea correcta desde una perspectiva jurídica (en los términos analizados, donde cada texto puede tener su propia acepción de la residencia habitual), tiene una *vis* muy fuerte. Resulta pertinente recordar en este punto el artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980 (sobre sustracción internacional) que, si bien se circunscribe a las acciones sobre la custodia, es un claro indicador del impacto que una acción a título principal puede tener sobre la resolución de la sustracción.

En este sentido parece pertinente plantear la necesidad de considerar el supuesto en la revisión de las reglas del Protocolo, de manera que la concesión de alimentos en los casos de sustracción sea abordada con una solución específica, bien alineando el concepto de residencia en los distintos instrumentos, bien limitando su obtención por vía de medidas cautelares o provisionales¹⁹.

¹⁹ Véase en este sentido el núm. 17 del anexo I de las Conclusiones y recomendaciones del grupo de trabajo sobre ley aplicable adoptadas en la reunión en mayo de 2022 para la revisión del funcionamiento del Protocolo de 2007 (<https://assets.hcch.net/docs/ee328db7-1d7a-4e8a-b765-2e35e937a466.pdf>). Cfr. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Traslado o retención...”, *cit.*, más inclinado a dejar la respuesta en términos abiertos.

DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADOR DENTRO DE UN GRUPO DE EMPRESAS Y DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. COMENTARIO A LA STS (SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN 1ª), NÚM. 244/2022, DE 22 DE MARZO

CARMEN VAQUERO LÓPEZ*

I. INTRODUCCIÓN

La protección del trabajador, en tanto que parte económica y jurídicamente más débil de la relación que se establece con el empresario o empleador como consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo, inspira las normas de competencia judicial internacional de nuestro ordenamiento jurídico, tanto de fuente europea como de origen interno. En el primer caso, esta función tuitiva se pone de manifiesto en la (imperativa) limitación del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del tribunal internacionalmente competente (art. 23 RBIBis), así como en la modulación del juego de los foros de competencia en función de la posición procesal de las partes, reconociendo al trabajador un *forum actoris* que se deniega al empresario demandante (arts. 20 a 22 RBIBis). En el segundo caso, la protección del trabajador se persigue través del reconocimiento de un amplio elenco de foros alternativos, que favorecen la competencia de nuestros tribunales en los litigios afectados por un elemento de internacionalidad que tienen un vínculo estrecho con nuestro país (art. 25 LOPJ)¹.

Con carácter general, la aplicación del régimen europeo viene determinada por la localización del domicilio del demandado en un Estado miembro UE (*cfr.* arts. 62 y 63 RBIBis). No obstante, cuando el empresario demandado solamente tiene una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento secundario en territorio UE, el RBIBis considera que está también domiciliado en la UE a los efectos de aplicación de las normas de protección en materia de contratos de trabajo (art. 20.2 RBIBis). Más aún, el RBIBis extiende la aplicación de sus foros de protección en materia de contrato de trabajo a las acciones ejercitadas frente a empresarios que no poseen ningún establecimiento en la UE, permitiendo al trabajador interponer su demanda ante los tribunales del Estado miembro UE donde realiza su trabajo o donde esté situado el establecimiento que haya empleado al trabajador (art. 21.2 RBIBis). Solo subsidiariamente, cuando no concurra ninguna de estas circunstancias, la competencia de nuestros tribunales en materia de contratos de

*Carmen Vaquero López, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valladolid.

¹*Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*. 11ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 668-673.

trabajo deberá determinarse conforme a las normas de producción interna contenidas en la LOPJ.

El problema se plantea cuando, como sucede en el asunto del que trae causa la sentencia del TS 244/2022, de 22 de marzo, que es objeto de este comentario², no está claro quién ostenta la condición de “empresario real” del trabajador. En efecto, en el asunto que nos ocupa, el Alto Tribunal debe pronunciarse sobre la competencia judicial internacional de nuestros tribunales en un supuesto en el que el trabajador interpone su demanda contra distintas empresas, domiciliadas dentro y fuera de la UE, que pertenecen a un solo grupo o consorcio, y con las que aparece sucesivamente vinculado en el tiempo.

Nuestra doctrina ha señalado que, cuando nos enfrentamos a un supuesto de estas características, en el que se produce un desplazamiento del trabajador dentro de un grupo de empresas, es necesario determinar si estamos ante dos contratos de trabajo sucesivos con empresarios diferentes, en cuyo caso la competencia judicial internacional para conocer del litigio que surja entre las partes se determinará por separado para cada contrato, o bien si existe algún tipo de vínculo entre las empresas del grupo, que permita romper con el principio general de separación jurisdiccional de las sociedades y demandar a la filial ante los tribunales del domicilio de la empresa matriz³.

La STS que comentamos parte de la existencia de este vínculo, pero rompe la lógica de su razonamiento al declarar la competencia de los tribunales españoles sobre la base de la norma equivocada.

II. LOS HECHOS DEL LITIGIO

Los hechos del litigio del que trae causa la decisión del TS que es objeto de comentario, son los siguientes.

En el año 2008, el trabajador demandante celebra, en Madrid, un contrato temporal con la sociedad española Abengoa Bioenergía SA (ABSA) por obra y servicio determinado hasta que se gestione su visado para USA, donde trabajará en el futuro, pese a percibir su nómina en España. Posteriormente, en el año 2010, el trabajador firma, en Sevilla, un nuevo contrato de obra y servicio determinado con ABSA para trabajar en USA, donde a partir de ese momento comienza a percibir su nómina, aun cuando recibe un complemento salarial en España. Cinco años más tarde, el 1 de enero de 2015, el trabajador firma un documento en la capital hispalense por el que se revisa su nómina, incrementando su salario, y se dispone que pasará a formar parte de la sociedad estadounidense Abengoa Bionergy Outsourcing (ABO), mediante un contrato *at will*, causando baja simultánea en la entidad española. En este nuevo documento se indica que el trabajador ha sido empleado de ABSA desde 2008, que se tiene en cuenta esta fecha a efectos de

² ECLI:ES:TS:2022:1245.

³ *Vid.* CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dirs.) y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 441.

reconocimiento de antigüedad, y que, en caso de ser despedido, se le pagará una cantidad equivalente a la que pudiera derivarse por despido objetivo según la legislación española. Finalmente, el 2 de diciembre de 2016, el trabajador recibe una comunicación de despido, justificada por la situación de quiebra en la que se halla la mercantil estadounidense, en la que expresamente se reconoce su condición de “empleado a tiempo completo con Abengoa desde el 1 de marzo de 2008”.

Considerando que su despido es improcedente, el trabajador demanda a las empresas del grupo Abengoa con sede en España (Abengoa Bionergía Inversiones SA, Abengoa SA y Abengoa Bionergía SA) y a la mercantil estadounidense ABO, que no comparece, ante el Juzgado de lo Social número 9 de Madrid, quien declara su falta de competencia judicial internacional, por entender que los últimos servicios del trabajador demandante se han prestado en ABO, filial de Abengoa ubicada en USA, que no tiene, formalmente, una sucursal establecida en España.

Recurrida la sentencia en suplicación, el TSJ de Madrid declara nula la resolución judicial de instancia, por considerar que el Juzgado de lo Social es internacionalmente competente para conocer del asunto. En su resolución, el Tribunal indica que entre el trabajador y las sociedades codemandadas existe una “única relación laboral ininterrumpida, sucesiva y continuada con distintas empresas del grupo, con reconocimiento de derechos y asunción de estos y de las pertinentes obligaciones recíprocas entre las diferentes mercantiles que conforman Abengoa”. Sobre esta base, entendiendo que “existen importantes vínculos de conexión con el territorio español”, el TSJ declara la nulidad de la resolución judicial de instancia y la competencia judicial internacional del Juzgado de lo Social de Madrid “conforme a la normativa nacional e internacional”.

III. LA NORMATIVA APLICABLE

La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de una demanda por despido improcedente como la que se plantea ante el Juzgado de lo Social de Madrid, de la que trae causa el recurso de casación interpuesto ante el TS, deberá hacerse de conformidad con las normas contenidas en los artículos 20 a 23 RBIbis y, solo subsidiariamente, conforme a lo dispuesto por el artículo 25 LOPJ, tal y como expresamente se deriva de la regla contenida en el artículo 6 RBIbis, y reiteradamente recuerda el TJUE⁴.

Cuando, como sucede en el asunto que nos ocupa, la demanda se interpone contra una pluralidad de demandados, el artículo 20.1 RBIbis permite también recurrir a la competencia derivada del artículo 8.1 RBIbis, si se considera que las distintas demandas guardan entre sí un grado de conexión que justifica el interés por que sean juzgadas en un solo proceso, evitando, de este modo, soluciones claudicantes derivadas de decisiones

⁴ El TJUE ha reconocido que se produce este desplazamiento de las normas estatales de competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo incluso en un litigio donde la prestación laboral no ha llegado a ser ejecutada; sobre este particular *vid.* JUÁREZ PÉREZ, P., “Aplicabilidad del Reglamento 1215/2012 («Bruselas I bis») a un contrato de trabajo no ejecutado: la STJUE de 25 de febrero de 2021 (C-804/19)”, *CDT*, vol. 14, núm. 4, 2022, pp. 1117-1125.

inconciliables que provengan de diferentes jurisdicciones. En todo caso, la aplicación de esta competencia derivada exige que los codemandados tengan su domicilio en un Estado miembro UE.

Por otra parte, el trabajador demandante podrá interponer su demanda ante los tribunales del Estado miembro UE donde el empresario tenga una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en el sentido del artículo 7.5 RBIBis (apdo. 1 del art. 20 RBIBis), aun cuando el establecimiento principal de dicho empresario se localice fuera de la UE (apdo. 2 del art. 20 RBIBis). Incluso cuando el empresario demandado carece de cualquier tipo de establecimiento en un Estado miembro UE, el artículo 21.2 RBIBis permite al trabajador demandante prevalerse de los foros de ataque establecidos en el apartado 1.b) del mismo precepto, que serán de aplicación sin perjuicio de la posibilidad de acudir a las normas de producción interna.

Subsidiariamente, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles deberá determinarse de acuerdo con la (generosa) solución del artículo 25 LOPJ. Este precepto atribuye competencia a los tribunales españoles, en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, cuando: (i) los servicios se hayan prestado en España; (ii) el contrato se haya celebrado en territorio español; (iii) el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; (iv) el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; o, (v) en el caso de contrato de embarque, el contrato haya sido precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

En la práctica, dada la primacía de las normas del RBIBis, la aplicación residual de este precepto se ceñirá a aquellos casos en los que sea demandado un trabajador no domiciliado en la UE, o a aquellos otros en los que el domicilio del empresario demandado y el lugar de prestación de los servicios se localizan fuera de la UE⁵.

IV. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El TS parte de la calificación del supuesto llevada a cabo por la Sala de suplicación, quien, del relato de los hechos probados, deduce la existencia de “una única relación laboral ininterrumpida, sucesiva y continuada con distintas empresas del grupo, con reconocimiento de derechos y asunción de estos, y de las pertinentes obligaciones recíprocas entre las mercantiles que conforman Abengoa y que se había iniciado en marzo de 2008”.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de movilidad del trabajador demandante en el seno de un grupo multinacional de sociedades. En este caso, nuestra mejor doctrina ha reconocido que el trabajador podría presentar su demanda de forma conjunta

⁵ Con carácter general, sobre la falta de virtualidad jurídica de las normas de competencia judicial internacional de producción interna introducidas por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, *vid.* VAQUERO LÓPEZ, C., “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *RAD*, núm. 9, 2015, pp. 197-222.

(litisconsorcio pasivo), frente a todas las empresas parte del grupo, ante los tribunales de del lugar donde tiene su domicilio la empresa matriz⁶. Sin embargo, el TS basa la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el hecho de que la celebración del contrato se ha llevado a cabo en España, sin tomar en consideración el domicilio de Abengoa en nuestro país.

En efecto, el TS declara la competencia judicial internacional de los tribunales españoles al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 LOPJ, “atendido que el último empresario de la parte actora no tenía su domicilio en España”. Este razonamiento no se compadece con la existencia de una “única relación laboral, continuada y sucesiva” del trabajador con las empresas del grupo, reconocida por el propio Tribunal. Efectivamente, de esta declaración parece inferirse que el “empresario real” es el primero con el que contrata el trabajador demandante (es decir, la mercantil española ABSA), de manera que la competencia de nuestros tribunales debería haberse fundamentado en el artículo 21.1.a) RBIBis.

V. LA CRÍTICA

La acertada confirmación y declaración de firmeza de la sentencia de instancia que afirma la competencia judicial internacional de nuestros tribunales para conocer del asunto de referencia, y la consiguiente desestimación del recurso de casación por el TS, se ven empañadas por un razonamiento desacertado a la hora de fundamentar su decisión en la norma de producción interna.

Ciertamente, el reconocimiento por parte del TS de la existencia de una conexión laboral “ininterrumpida, sucesiva y continuada” del trabajador demandante con distintas empresas de un mismo grupo, con reconocimiento de derechos y asunción de responsabilidades en los términos expuestos, obligaba al Alto Tribunal a recurrir a los foros imperativos en materia de contrato de trabajo del RBIBis.

En efecto, si se considera que existe un estrecho vínculo entre los sucesivos contratos firmados por el trabajador con ABSA y ABO, empresas del mismo grupo, debe reconocerse a aquel la posibilidad de interponer su demanda de forma conjunta frente a todas las empresas parte del grupo, basándose en que el domicilio de una de las empleadoras (ABSA) se localiza en territorio español (litisconsorcio pasivo). Esta conexión hace directamente aplicable el régimen del RBIBis, por lo que no se comprende que, calificados de este modo los hechos, el TS fundamente su decisión en el artículo 25 LOPJ.

⁶ Ampliamente, sobre la posibilidad de demandar conjuntamente a la entidad que figura en el contrato como empleador, y a la matriz y/o al resto de empresas que forman parte del grupo, *vid.* PALAO MORENO, G., *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Así lo entendió, curiosamente, el propio TS unos días después de decidir en el presente asunto. En su sentencia 389/2022, de 27 de abril de 2022⁷, el TS resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina de la competencia judicial internacional en un asunto muy similar al que ahora se nos plantea, pues el trabajador demandante había firmado dos contratos sucesivos con sendas empresas del mismo grupo, domiciliadas en España y en USA, contra las que interpone una demanda por despido. En su decisión de 27 de abril de 2022, el TS basa su decisión en la consideración de que la condición de empleador del demandante en el momento del despido recae tanto en la empresa española como en la estadounidense, entre las que existe un vínculo estrecho, materializado en el alta del demandante en nuestro sistema de Seguridad Social por parte de la sociedad domiciliada en España, aún cuando la actividad laboral se desarrolla en USA. Considerando que la mercantil española tiene la condición de empresario del actor, el TS declara la competencia de nuestros tribunales por aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 RBibis.

Esta es, en nuestra opinión, la solución que debió dar el TS en su decisión de 22 de marzo de 2022, tras acreditar que, en el momento de la celebración del primer contrato con ABSA, existía un interés en la ejecución de la prestación que el trabajador realizaría para ABO en USA, tal y como se deriva del hecho de que la celebración de este segundo contrato estaba prevista cuando se firmó el primero⁸.

Sobre esta base puede sostenerse que el “empresario real” es la mercantil domiciliada en España, y siendo esta la demandada, la competencia de nuestros tribunales debe necesariamente fundarse en los foros imperativos del RBibis. Solo en otro caso, si no se hubiera probado esta relación entre la sociedad española y el trabajador demandante, entrarían en juego los foros (alternativos) del artículo 25 LOPJ, al hallarse la demandada domiciliada en USA y haberse celebrado el contrato en nuestro país.

⁷ ECLI:ES:TS:2022:1658. Comenta esta decisión NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Dos contratos y una única prestación de trabajo efectivo en los EEUU: el pago de la Seguridad Social en España genera un vínculo que dota de competencia judicial a los tribunales españoles”, *RJL*, núm. 6, 2022.

⁸ En sentido similar, *vid.* STJCE de 10 de abril de 2003, asunto C-437/00, *Pugliese*. Sobre esta decisión véase el comentario de PALAO MORENO, G., *REDI*, vol. 55, núm. 2, 2003, pp. 907-913. También sobre el alcance de esta decisión para los grupos de empresa, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 181.