

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**POR C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, M. DESANTES REAL, N. MARCHAL
ESCALONA, A. RODRÍGUEZ BENOT Y J. M. VELASCO RETAMOSA**

COORDINADA POR M.^a V. CUARTERO RUBIO*

SUMARIO:

INDISPENSABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2020 (C-59/19), WIKINGERHOF

POR M. DESANTES REAL..... pp. 2-9

LA NUEVA NORMATIVA EUROPEA RELATIVA A LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO: LOS REGLAMENTOS (UE) 2020/1783 Y 2020/1784 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2020

POR N. MARCHAL ESCALONA..... pp. 10-19

UNA LECTURA *EUROPEA* DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 50 DE LA COMPILACIÓN BALEAR A LOS EXTRANJEROS. A PROPÓSITO DEL CASO *CRUL* Y SU DERIVA JUDICIAL (SENTENCIA DE LA AP DE PALMA DE MALLORCA, SECCIÓN TERCERA, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2020)

POR A. RODRÍGUEZ BENOT pp. 20-25

INTERACCIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1971 SOBRE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE FEBRERO DE 2021

POR J. M. VELASCO RETAMOSA pp. 26-31

EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 36/2021, DE 18 DE FEBRERO DE 2021

POR C. AZCÁRRAGA MONZONÍS pp. 32-40

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Castilla-La Mancha.

INDISPENSABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2020 (C-59/19), WIKINGERHOF

MANUEL DESANTES REAL*

1. Es bien conocido que uno de los aspectos más espinosos a los que se ha venido enfrentado el Tribunal de Justicia en los últimos cuarenta años a la hora de interpretar el sistema puesto en pie por el Convenio de Bruselas es la delimitación entre el ámbito de aplicación de las competencias especiales en materia contractual y delictual incluidas en los puntos 1 y 2 del artículo 7 del actual Reglamento 1215/2012 (Reglamento Bruselas I bis)¹. Y resulta complejo porque el texto no define ni uno ni otro y los ordenamientos jurídicos nacionales ofrecen respuestas extraordinariamente dispares tanto en lo que respecta a la calificación como a la posibilidad de acumular acciones. Ni siquiera la traducción de ambos preceptos es pacífica: la versión francesa –“en matière contractuelle” y “en matière délictuelle ou quasi délictuelle”- y todas las que en ella se inspiran -incluida la española- utiliza una formulación mucho más amplia que la inglesa –“in matters relating to a contract” y “in matters relating to a tort, delict or quasi-delict”-, que ha sido seguida por casi todos los Estados miembros de reciente incorporación a la Unión Europea, y la versión alemana es todavía más precisa al exigir “wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden” y “wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden”.

No es de extrañar, por tanto, que a lo largo de los años hayan llegado al Tribunal numerosos asuntos reclamando la interpretación de ambos conceptos referidos no solo al Reglamento Bruselas I *bis* sino también a los Reglamentos Roma I y Roma II, en la medida en que resulte conveniente armonizar las definiciones en los tres textos. Y no es de extrañar tampoco que, si bien el Tribunal se ha mantenido siempre firme a la hora de reclamar una interpretación autónoma² fundamentada en el sistema -lo que conduce necesariamente a una interpretación estricta en la medida en que las competencias especiales son excepciones a la regla general del Estado del domicilio del demandado- y en los objetivos del Reglamento -lo que exige un alto grado de previsibilidad y la garantía de una buena administración de justicia centrada en la proximidad con el litigio y la

* Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Alicante.

¹ Anteriormente puntos 1 y 3, respectivamente del artículo 5 del Convenio de Bruselas y del Reglamento 44/2001.

² Respecto al concepto de “en materia contractual”, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia (STJ) de 22 de marzo de 1983 (34/82), *Martin Peters*, apartados 9 y 10, ECLI:EU:C:1983:87; y STJ de 4 de octubre de 2018 (C-337/17) *Feniks*, EU:C:1998:509, apartado 38. Por lo que hace referencia a la calificación autónoma de la noción “en materia delictual”, *vid.* STJ de 28 de enero de 2015 (C-375/13) *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, apartado 43; y STJ de 21 de mayo de 2015 (C-352/13) *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, apartado 37).

facilidad para la práctica de la prueba³-, las respuestas hayan ido variando de forma sorprendente con el tiempo.

2. En materia contractual, el Tribunal comenzó por reconocer la relevancia de “los vínculos estrechos creados por un contrato entre las partes del mismo”, lo que propugna que “todas las dificultades que puedan surgir con ocasión del cumplimiento de una obligación contractual puedan ser planteadas ante un mismo Tribunal: el del lugar de cumplimiento”⁴. Años después tuvo ocasión de incidir en el “compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra”⁵ y “en la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante”⁶. A partir de estas premisas es posible concluir que para que resulte aplicable el primer punto del artículo es necesario que se cumplan dos requisitos referidos, respectivamente, al objeto y a la causa: por una parte, la pretensión debe tener como objeto una “obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra”⁷; por otra, debe fundamentarse en esta obligación, es decir, es preciso justificar la pretensión invocando dicha obligación⁸.

El Tribunal ha ido poco a poco aclarando el concepto de “obligación contractual” a partir de una interpretación flexible, incluyendo en ella instituciones semejantes a los contratos en la medida en que crean vínculos libremente aceptados: así, los vínculos entre una asociación y sus miembros y entre los miembros de la asociación entre sí⁹, las relaciones entre los accionistas de una sociedad y entre estos y la sociedad que constituyen¹⁰, la relación entre el directivo y la sociedad que dirige¹¹, las obligaciones que los propietarios de un inmueble asumen respecto de la comunidad¹² e incluso las obligaciones que se

³ Respecto a la interpretación del artículo 7.1, *vid.* STJ de 17 de junio de 1992 (C-26/91) Handte, ECLI:EU:C:1992:268, apartado 15, donde el Tribunal incidió en el compromiso libremente asumido por ambas partes; y STJ de 20 de enero de 2005 (C-27/02) Engler, ECLI:EU:C:2005:33. Respecto al artículo 7.2, *vid.* STJ de 16 de mayo de 2013 (C-228/11) Melzer, ECLI:EU:C:2013:305, apartado 26; STJ de 3 de octubre de 2013 (C-170/12) Pinckney, ECLI:EU:C:2013:635, apartado 27; STJ de 5 de junio de 2014 (C-360/12) Coty Germany, ECLI:EU:C:2014:1318, apartado 47; STJ de 22 de enero de 2015 (C-441/13) Hejduk, ECLI:EU:C:2015:28, apartado 19; y Kolassa, *cit.* Nota 1, apartado 46.

⁴ Martin Peters, *cit.* Nota 2, apartado 12.

⁵ Handte, *cit.* Nota 3, apartado 15.

⁶ Engler, *cit.* Nota 3, apartado 45, reproducida, entre otras, en Kolassa, *cit.* Nota 1, apartado 39, y en la STJ de 5 de diciembre de 2019 (C-421/18) *Ordre des avocats du barreau de Dinant*, ECLI:EU:C:2019:1053, apartados 25 y 26.

⁷ STJ de 21 de enero de 2016 (C-359/14 y C-475/14) *ERGO Insurance y Gjensidige Baltic*, ECLI:EU:C:2016:40, apartado 44. La referencia al objeto aparece ya en la STJ de 6 de octubre de 1976 (14/76) *De Bloos*, ECLI:EU:C:1976:134, apartados 14 y 16, y la encontramos en muchas otras como la Sentencia de 15 de junio de 2017 (C-249/16) *Kareda*, ECLI:EU:C:2017:472, apartado 30, y la STJ de 7 de marzo de 2018 (C-274/16, C-447/16 y C-448/16) *flightright* y otros, ECLI:EU:C:2018:160, apartado 59.

⁸ *De Bloos*, *cit.* Nota 7, apartados 11 y 13; STJ de 8 de marzo de 1988 (9/87) *Arcado*, ECLI:EU:C:1988:127, apartados 12 y 13; *flightright* y otros, *cit.* Nota 7, apartado 61; *Feniks*, *cit.* Nota 2, apartado 48; y STJ de 26 de marzo de 2020 (C-215/18) *Primera Air Scandinavia*, ECLI:EU:C:2020:235, apartado 44.

⁹ Martin Peters, *cit.* Nota 2, apartado 13.

¹⁰ STJ de 10 de marzo de 1992 (C-214/89) *Powell Duffryn*, ECLI:EU:C:1992:115, apartado 16.

¹¹ STJ de 10 de septiembre de 2015 (C-47/14) *Holterman Ferho Exploitatie* y otros, ECLI:EU:C:2015:574, apartados 53 y 54.

¹² STJ de 8 de mayo de 2019 (C-25/18) *Kerr*, ECLI:EU:C:2019:376, apartados 27 a 29.

impongan de un compromiso unilateral voluntario de una persona frente a otra¹³. También ha tenido ocasión de incluir expresamente en la categoría “obligación contractual” aspectos como las acciones de ejecución forzosa de una obligación contractual¹⁴, las acciones de responsabilidad civil o de resolución por incumplimiento de dicha obligación¹⁵ y las acciones de nulidad de un contrato¹⁶. En fin, como es bien conocido, el artículo 12 del Reglamento Roma I enumera un listado no exhaustivo de materias incluidas en el ámbito de la *lex contractus*, lo que facilita la tarea del Tribunal.

3. Más controvertido ha resultado el camino que conduce a la concreción del concepto “materia delictual”. El punto de partida es la Sentencia Kalfelis de 2002¹⁷, donde el Tribunal especificó que la aplicación del actual artículo 7.2 exige el cumplimiento de dos requisitos: por una parte, el objeto de la pretensión debe dirigirse a exigir la responsabilidad civil del demandado, es decir, bien a obligarle a deponer un comportamiento susceptible de generar un daño, bien a repararlo si ya se ha producido¹⁸; por otra, la causa de la pretensión debe ser una obligación no consentida, es decir, no contractual, de la que deriva un hecho dañoso¹⁹.

4. Precisamente es este último aspecto el que resulta más difícil de concretar en la práctica, especialmente en aquellos supuestos en los que existe un contrato y una de las partes contratantes formula una pretensión de responsabilidad no contractual contra la otra, pretensión que presenta una conexión con el contrato. Y resulta difícil porque en

¹³ Así, la promesa de premio hecha por un profesional frente a un consumidor (Engler, cit. Nota 3, apartado 53) y las obligaciones del avalista de un pagaré frente a su tenedor (STJ de 14 de marzo de 2013 (C-419/11) Česká spořitelna, ECLI:EU:C:2013:165, apartados 48 y 49).

¹⁴ STJ de 15 de enero de 1987 (266/85) Shenavai, ECLI:EU:C:1987:11, apartados 2 y 18; STJ de 8 de marzo de 1988 (9/87) Arcado, ECLI:EU:C:1988:127, apartado 12, y STJ de 29 de junio de 1994 (C-288/92) Custom Made Commercial, ECLI:EU:C:1994:268, apartados 2 y 11.

¹⁵ De Bloos, cit. Nota 7, apartados 3 y 14, y Arcado, cit. Nota 14, apartado 13.

¹⁶ Sentencia de 20 de abril de 2016 (C-366/13) Profit Investment SIM, ECLI:EU:C:2016:282, apartados 54 y 58.

¹⁷ STJ de 27 de septiembre de 1988 (189/87) Kalfelis, ECLI:EU:C:2016:286, apartado 18; STJ de 1 de octubre de 2002 (C-167/00) Henkel, ECLI:EU:C:2002:555, apartado 36; y STJ de 12 de septiembre de 2018, (C-304/17) Löber, ECLI:EU:C:2018:701, apartado 19.

¹⁸ STJ de 26 de marzo de 1992 (C-261/90) Reichert, ECLI:EU:C:1992:149, apartados 19 y 20; Henkel, cit. Nota 17, apartado 4; y Löber, cit. Nota 17, apartado 21. El Tribunal ha flexibilizado también ambas condiciones al admitir una acción declarativa mediante la cual el demandante solicita que se declare judicialmente la violación de un deber legal por parte del demandado (STJ de 5 de febrero de 2004 (C-18/02) Torline, ECLI:EU:C:2004:74, apartados 19 a 28) y una acción declarativa negativa mediante la cual se reclama una declaración de que no se ha cometido ningún acto u omisión que haga surgir la responsabilidad delictual (STJ de 25 de octubre de 2012 (C-133/11) Folien Fischer, ECLI:EU:C:2012:664, apartados 41 a 54. Además, ha reconocido que están incluidas en el artículo 7.2 las acciones de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia (STJ de 24 de noviembre de 2020 (Gran Sala) (C-59/19) Wikingerhof, ECLI:EU:C:2020:950); por competencia desleal (STJ de 21 de diciembre de 2016 (C-618/15) Concurrence, ECLI:EU:C:2016:976); por infracción de la propiedad intelectual (STJ de 22 de enero de 2015 (C-441/13), Hejduk, ECLI:EU:C:2015:28 y STJ de 3 de abril de 2014 (C-387/12) Hi Hotel, ECLI:EU:C:2014:215) y por productos defectuosos (STJ de 16 de julio de 2009 (C-189/08), Zuid-Chemie, ECLI:EU:C:2009:475).

¹⁹ STJ de 17 de septiembre de 2002 (C-334/00) Tacconi, ECLI:EU:C:2002:499, apartados 25 y 27; STJ de 18 de julio de 2013 (C-147/12) ÖFAB, ECLI:EU:C:2013:490, apartados 35 a 38; y STJ de 21 de abril de 2016 (C-572/14) Austro-Mechana, ECLI:EU:C:2016:286, apartados 37 y 50.

muchas de estas ocasiones podríamos encontrarnos ante una concurrencia de responsabilidades -contractual y delictual-, circunstancia agravada por la extraordinaria diversidad con la que los Estados miembros abordan estas situaciones. Así, por ejemplo, recientemente el Tribunal de Justicia tuvo que afrontar un recurso prejudicial en el que un distribuidor reclamaba a su proveedor un incumplimiento contractual, un abuso de posición dominante y un acto de competencia desleal²⁰. Y son bien conocidos los asuntos en los que el titular de un contrato de licencia sobre el uso de una obra protegida por derechos de autor propasa los límites de la licencia incurriendo al tiempo en un incumplimiento del contrato y en una responsabilidad delictual²¹. En estos casos, ¿puede elegir el demandante dirigir sus pasos por una vía o por otra y, por tanto, recurrir a voluntad al artículo 7.1 o al 7.2? ¿Es posible acumular ambas pretensiones? ¿Dónde? Y, sobre todo: ¿con qué criterio se califica una pretensión como “contractual” o como “delictual”?

5. El Tribunal de Justicia tuvo ocasión de conocer sobre estas cuestiones por primera vez en la sentencia Kalfelis²². Tras perder toda su inversión bursátil, Kalfelis demandó a su banco en Alemania, amparándose en el artículo 5.3 del Convenio de Bruselas -hoy 7.2 del Reglamento Bruselas I bis- por incumplimiento contractual, por responsabilidad delictual y por enriquecimiento sin causa. El Tribunal Supremo alemán preguntó al Tribunal de Justicia, entre otras cosas, si era posible utilizar el artículo 5.3 para acumular las tres pretensiones. La respuesta fue lacónica: por una parte, reconocía que “el concepto de “en materia de delitos o cuasidelitos” en el sentido del apartado 3 del artículo 5 del Convenio debe considerarse como un concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5”²³; por otra, concluía que una interpretación estricta del artículo 5 implicaba “que un Tribunal que conforme al apartado 3 del artículo 5 sea competente para conocer de un aspecto de una demanda que tenga un fundamento delictivo, no es competente para conocer otros aspectos de la misma demanda basados en fundamentos no delictivos”²⁴. Esta tesis de la separación radical de ámbitos competenciales -que debe aplicarse tanto al ámbito de aplicación del artículo 7.2 como al del 7.1- tuvo su reflejo en muchas otras sentencias posteriores como Reichert²⁵, Reunion européenne²⁶, Tacconi²⁷, Melzer²⁸ o Hi Hotel²⁹. En todas ellas el Tribunal se atenía a los fundamentos jurídicos invocados por el demandante para calificar la materia

²⁰ STJ de 24 de octubre de 2018 (C-595/17) Apple Sales International y otros, ECLI:EU:C:2018:854.

²¹ STJ de 18 de abril de 2013 (C-103/11 P) Comisión/Systran y Systran Luxembourg, ECLI:EU:C:2013:245; Hi Hotel, cit. Nota 18; y STJ de 18 de diciembre de 2019, (C-666/18) IT Development, ECLI:EU:C:2019:1099.

²² Kalfelis, cit. Nota 17.

²³ Kalfelis, cit. Nota 17, apartado 18

²⁴ Kalfelis, cit. Nota 17, apartado 19.

²⁵ Reichert, cit. Nota 18, apartado 16

²⁶ STJ de 27 de octubre de 1988 (C-334/00) Réunion européenne, ECLI:EU:C:1998:509, apartado 21.

²⁷ Tacconi, cit. Nota 19, apartado 21. La responsabilidad precontractual -obligación de reparar el perjuicio supuestamente derivado de una ruptura injustificada de las negociaciones- tiene naturaleza delictual y no contractual en la medida en que todavía no ha habido un compromiso libremente asumido por una parte respecto a la otra (apartados 23 a 27).

²⁸ Melzer, cit. Nota 3, apartado 22.

²⁹ Hi Hotel, cit. Nota 18, apartado 20:

como “contractual” o como “delictual”, de tal modo que la misma pretensión no podía pertenecer a las dos categorías a la vez: “... el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda puede considerar acreditadas, únicamente a efectos de verificar su competencia en virtud de esta disposición, las alegaciones del demandante en lo que respecta a los requisitos de la responsabilidad delictual o cuasidelictual”³⁰.

6. Sin embargo, en la sentencia Brogsitter de 13 de marzo de 2014³¹ el Tribunal varió sustancialmente el razonamiento rompiendo el exquisito equilibrio que hasta ese momento había mantenido entre la materias contractual y delictual. Como en muchos de los asuntos anteriores, la responsabilidad delictual aparece en un contexto contractual: el demandante -un vendedor de relojes de lujo domiciliado en Alemania- había celebrado un contrato para desarrollar mecanismos de relojería con un maestro relojero domiciliado en Francia, maestro que fabricó y comercializó al mismo tiempo otros mecanismos similares. El señor Brogsitter consideró que ello implicaba un incumplimiento del contrato y reclamó el cese de las actividades controvertidas y una indemnización de daños y perjuicios como responsabilidad extracontractual. En estas circunstancias, el tribunal alemán preguntó al Tribunal de Justicia si la calificación de unas pretensiones cuyo fundamento era delictual pero tenían como fundamento un contrato entre ambas partes debía ser contractual o extracontractual.

Apartándose de la doctrina Kalfelis, el Tribunal entendió que una pretensión debe ser calificada como “materia contractual” si se refiere a un hecho dañoso que pueda constituir al tiempo un incumplimiento de una obligación contractual. En consecuencia, la calificación contractual debe prevalecer sobre la delictual allí donde el hecho dañoso constituye tanto un delito como un incumplimiento del contrato³². En palabras de Haftel, se produce una “absorción de lo delictual por lo contractual”³³ y se distorsiona completamente el funcionamiento de los artículos 7.1 y 7.2 en la medida en que será necesario en todo caso dilucidar si “la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud del comportamiento del demandado”³⁴.

7. En estas circunstancias, no es de extrañar que el asunto Wikingerhof objeto de este comentario fuera acogido con enorme interés y el presidente decidiera elevarlo por primera vez a la Gran Sala, compuesta por 13 jueces³⁵. Wikingerhof, una sociedad alemana que regenta un hotel, celebró en 2009 un contrato-tipo con Booking.com -sociedad neerlandesa- donde se estipulaban unas condiciones generales de contratación que Booking.com modificó varias veces. Wikingerhof se opuso por escrito, pero se vio

³⁰ Hi Hotel, cit. Nota 18, apartado 20.

³¹ STJ de 13 de marzo de 2014 (Sala Séptima) (C-548/12) Brogsitter, ECLI:EU:C:2014:148.

³² Brogsitter, cit. Nota 31, apartado 21. En la STJ de 1 de octubre de 2002 (Sala Sexta) (C-167/00) Henkel, ECLI: EU:C:2002:555, apartado 37, el Tribunal ya se planteó si una acción como la ejercitada en el procedimiento principal reviste carácter contractual, pero concluyó que la asociación para la protección de los consumidores y el comerciante no estaban unidos por ninguna relación de carácter contractual.

³³ HAFTEL, B., “Absorption du délictuel par le contractuel. Application du règlement (CE) n° 44/2001 à une action en responsabilité délictuelle », *Revue critique de droit international privé*, 2014, n° 4, p.863.

³⁴ Brogsitter, cit. Nota 31, apartado 25.

³⁵ Wikingershof, cit. Nota 18.

obligada a firmar, si bien interpuso una demanda en Alemania de carácter delictual - fundada en el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis- alegando que las prácticas de la plataforma generaban un abuso de posición dominante que tiene su origen en el hecho de “supeditar la celebración de un contrato a la aceptación de condiciones de transacción no equitativas”³⁶. De esta manera, la cuestión principal no gira en torno a la interpretación del contrato sino al hecho de determinar “si la imposición de determinadas condiciones contractuales por parte de una empresa que supuestamente ocupa una posición dominante debe considerarse abusiva y, por tanto, contraria a las normas del Derecho de la competencia”³⁷. Si esto fuere así, el contrato sería nulo en la medida en que el consentimiento no se prestó libremente y la calificación de la pretensión se inclinaría hacia la responsabilidad delictual³⁸.

El razonamiento del Tribunal puede dividirse en dos partes. La primera se limita a continuar la línea desarrollada por la sentencia Brogsitter. Por un lado, reitera que “el concepto de “materia delictual o cuasi delictual” ... abarca toda pretensión por la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la “materia contractual” ..., a saber, que no se base en una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a la otra”³⁹. Por otro, manifiesta que la materia contractual o delictual debe calificarse “en función de la obligación contractual o delictual que sirva como causa de tal pretensión”⁴⁰. En fin, insiste en que la clave de toda la construcción se encuentra en determinar “si la interpretación del contrato resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo”⁴¹: en caso afirmativo, la acción será contractual; si no resulta indispensable, la acción será delictual.

La segunda parte es la realmente constructiva e implica dos avances significativos con vistas a mitigar el efecto devastador de la sentencia Brogsitter. Por un lado, el Tribunal afirma que no resulta “indispensable” examinar el contenido del contrato en los supuestos en que se trate de una obligación que se imponga al demandado con independencia del mismo⁴². Por otro, concluye que este es precisamente el caso de autos, donde el demandante invoca “una infracción del Derecho de la competencia alemán, que establece una prohibición general de cometer abuso de posición dominante, independiente de

³⁶ Wikingerhof, cit. Nota 18, apartado 16.

³⁷ Wikingerhof, cit. Nota 18, apartado 17.

³⁸ Dos casos similares se habían planteado poco antes en los asuntos flyLAL-Lithuanian Airlines (STJ de 5 de julio de 2018 (C-27/17) flyLAL-Lithuanian Airlines, ECLI:EU:C:2018:533) y Tibor-Trans (STJ de 29 de julio de 2019 (C-451/18) Tibor-Trans, ECLI:EU:C:2019:635), si bien en ninguno de ellos existía un contrato entre las partes litigantes. El TSJ reconoció que “un lucro cesante consistente en la pérdida de ventas supuestamente sufrida como consecuencia de la realización de prácticas contrarias a la competencia en infracción de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE puede calificarse como un «daño» a efectos de la aplicación del artículo 5, punto 3, del Reglamento 44/2001, que permite fundamentar, en principio, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ha producido el hecho dañoso” (flyLAL-Lithuanian Airlines, apartado 36).

³⁹ Wikingerhof, cit. Nota 18, apartado 23.

⁴⁰ Wikingerhof, cit. Nota 18, apartado 31.

⁴¹ Wikingerhof, cit. Nota 18, apartado 32.

⁴² Wikingerhof, cit. Nota 18, apartado 33.

cualquier contrato u otro compromiso voluntario”⁴³; en este caso, por tanto, la pretensión es “delictual” y no “contractual” porque el contrato debe evaluarse tan solo como un hecho a efectos de prueba⁴⁴, lo que permitirá a la víctima recurrir al artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I *bis*, lo que implicará en la mayor parte de los casos un *forum actoris*.

La sentencia Wikingerhof comienza a reequilibrar los efectos perniciosos de Brogsitter sin necesidad de contradecirla y reafirma además que, a los efectos de la calificación como contractual o como delictual con vistas a la determinación de la competencia judicial internacional, hay que atender solamente a la pretensión ejercitada por el demandante y no a los posibles motivos que pudiera alegar el demandado en su defensa⁴⁵. Empero, salvados los trastos en el caso de afectación del Derecho de la competencia y, por ende, garantizada la posibilidad de la víctima de abuso de posición dominante por parte de plataformas digitales de utilizar el art.7.2 del Reglamento Bruselas I *bis* con independencia de la existencia de un contrato o no entre las partes, sigue en el aire siempre para el demandante la espada de Damocles en la medida en que, salvo en los casos ya explicitados por el Tribunal como el de Wikingerhof, la cuestión principal seguirá siendo la calificación como “indispensable” de la interpretación del contrato. No sería de extrañar, por tanto, que continuara el aluvión de asuntos dirigidos a Luxemburgo sobre esta materia.

8. Resulta interesante denotar, finalmente, que el contrato entre Wikingerhof y Booking.com contenía una cláusula atributiva de jurisdicción que los tribunales alemanes consideraron nula de acuerdo con el derecho alemán⁴⁶ y que no es objeto de la cuestión prejudicial sometida al Tribunal de Justicia. Supuestos como el comentado, empero, invitan a razonar sobre la oportunidad de incluir una nueva sección en el Reglamento Bruselas I *bis* que regule específicamente la competencia en aquellos casos en los que - con o sin contrato por medio- se ha producido una potencial violación del Derecho de la competencia, prohibiéndose los acuerdos atributivos de jurisdicción anteriores al nacimiento del litigio. Mientras ello no ocurra, el Tribunal de Justicia ha dejado ya muy claro que, por una parte, una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual⁴⁷, pero que, por otra, es perfectamente lícito acordar una

⁴³ Wikingerhof, cit. Nota 18, apartado 34.

⁴⁴ En el mismo sentido, el Abogado General invitaba al Tribunal a evaluar el contrato como una “cuestión preliminar” (*vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard OE presentadas el 10 de septiembre de 2020, punto 124, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=230870&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6514511>).

⁴⁵ *Vid.*, en este sentido, DE MIGUEL ASENSIO, P., “Plataformas B2B: dónde demandar por abuso de posición dominante”, 1 diciembre 2020, disponible en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/12/plataformas-b2b-donde-demandar-por.html>

⁴⁶ Wikingerhof, cit. Nota 18, apartado 14.

⁴⁷ CDC Hydrogen Peroxide, cit. Nota 2, apartado 69. El Tribunal de Justicia ha vuelto a incidir en los acuerdos de sumisión expresa en demandas de daños y perjuicios por la comisión de actos de competencia desleal y abusos de posición dominante en Apple Sales (cit. Nota 20). *Vid.*, al respecto, ANTON JUAREZ, I., “Plataformas digitales de reservas hoteleras, acciones acumulativas y su impacto en la estrategia de litigación internacional. Comentario a la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2020, C-59/19,

cláusula que “hiciera referencia a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia y que designara a un tribunal de un Estado miembro diferente del Estado del tribunal remitente”, en cuyo caso éste debería declinar su propia competencia, incluso cuando esa cláusula lleve a excluir las reglas de competencia especiales”⁴⁸. Obsérvese que en la sentencia CDC Hydrogen Peroxide tampoco existía un contrato entre las partes litigantes: CDC Hydrogen Peroxide era una empresa dedicada a reclamar el pago de los créditos indemnizatorios de empresas afectadas por la actividad de un cártel y “... en circunstancias como las del litigio principal ... el hecho generador del perjuicio alegado no consiste en el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales sino en la limitación de la libertad contractual a causa de ese cártel, ya que esa limitación origina la imposibilidad para el comprador de abastecerse a un precio fijado según las leyes del mercado”⁴⁹.

Wikingerhof vs. Booking”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2021), Vol. 13, nº 1, p. 716, nota 5, y la doctrina allí citada.

⁴⁸ CDC Hydrogen Peroxide, cit. Nota 2, apartado 71. Vid. SUDEROW, J., “Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 206-329.

⁴⁹ CDC Hydrogen Peroxide, cit. Nota 2, apartado 43.

LA NUEVA NORMATIVA EUROPEA RELATIVA A LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO: LOS REGLAMENTOS (UE) 2020/1783 Y 2020/1784 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2020

NURIA MARCHAL ESCALONA*

I. EL CONTEXTO DE LA REFORMA

La cooperación judicial transfronteriza es vital en el ámbito de la justicia. Con el fin de facilitar el buen funcionamiento del mercado interior, y después de años de trabajos preparatorios, el pasado 2 de diciembre de 2020, se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea¹, dos nuevos Reglamentos sobre obtención de pruebas y notificaciones. Se trata, respectivamente, del Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) –versión refundida (en adelante Reglamento 2020/1783²)–, y del Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada (nmarchal@ugr.es).

¹ DO L 405, de 2 de diciembre de 2020.

² Este Reglamento será aplicable cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico, solicite, en materia civil o mercantil la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o la obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo Dinamarca. Limita su aplicación a las solicitudes de obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en procedimientos judiciales iniciados o que se prevea incoar (art. 1.1º). Se aplicará, con carácter general, a partir del 1 de julio de 2022 (art. 35.1º). No obstante, el art. 7 lo hará a partir del primer día del mes siguiente al período de tres años después de la fecha de entrada en vigor de los actos de ejecución para establecer el sistema informático descentralizado, a los que se refiere el art. 25 (art. 35.3º). Este instrumento desplazará al Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DO L 174, de 27 de junio de 2001) –art. 36– y prevalecerá sobre las disposiciones contenidas en convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros que tengan el mismo ámbito de aplicación que el presente Reglamento. Sin embargo, no excluye la celebración o el mantenimiento por los Estados miembros de convenios o acuerdos para facilitar en mayor medida la cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas, siempre que dichos convenios o acuerdos sean compatibles con el presente Reglamento (art. 29).

(«notificación y traslado de documentos») –versión refundida (en adelante Reglamento 2020/1784³)–⁴.

Ambos textos apuestan por potenciar la comunicación electrónica entre las autoridades competentes de los Estados miembros como forma de agilizar los trámites de notificación y de solicitud de pruebas y economizar sus costes en consonancia con la estrategia para el Mercado Único digital⁵. Siguen la arquitectura y filosofía del actual marco normativo, al tiempo que incorporan modificaciones puntuales –que se revelaban necesarias, según el Informe presentado por la propia Comisión⁶– así como la doctrina derivada de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJ).

El objetivo de la presente nota es dar cuenta de las principales modificaciones previstas por el legislador europeo en este ámbito de la cooperación judicial transfronteriza. Ello nos permitirá comprobar hasta qué punto los objetivos marcados con esta refundición han sido alcanzados.

II. HACIA UN MARCO JURÍDICO MÁS EFICIENTE PARA LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO EUROPEO

La refundición de los Reglamentos sobre obtención de pruebas y notificación y traslado de documentos al extranjero tiene por objeto acelerar su ejecución aprovechando al máximo las herramientas digitales. A tales efectos, establecen como norma que toda comunicación e intercambio de documentos debe efectuarse a través de un sistema

³ Este Reglamento constituirá la norma a través de la cual deberán transmitirse las notificaciones judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en el espacio judicial intracomunitario (art. 1.1º), es decir, de un Estado miembro a otro, incluyendo a Dinamarca – puesto que notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento 2020/1784, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2021:019:FULL&from=EN>–. Se aplicará solo a la notificación de documentos en el ámbito jurídico-privado, excluyendo los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos así como la responsabilidad de un Estado miembro por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). El Reglamento será de aplicación con carácter general a partir del 1 de julio de 2022 (art. 37.1º). No obstante, los arts. 5, 8 y 10 lo harán a partir del primer día del mes siguiente al período de tres años después de la entrada en vigor de los actos de ejecución a que se refiere el artículo 25 (art. 37.2º). Este Reglamento deroga al Reglamento núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») –en adelante Reglamento 1393/2007– y prevalecerá sobre las disposiciones contenidas en convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros que tengan el mismo ámbito de aplicación que el presente Reglamento, en particular el Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial en las relaciones entre los Estados miembros que sean partes en ellos. El presente Reglamento no excluye la celebración o el mantenimiento por los Estados miembros de convenios o acuerdos dirigidos a acelerar o simplificar la transmisión de los documentos, siempre que dichos convenios o acuerdos sean compatibles con él (art. 29).

⁴ Ninguno de los dos Reglamentos es de aplicación al Reino Unido tras el Acuerdo de retirada de la Unión Europea y la finalización del período transitorio del mismo [art. 68 b)].

⁵ COM (2015) 192 final de 6 de mayo de 2015, p. 16.

⁶ Informe de evaluación de la Comisión (2016) *Regulatory Fitness and Performance Programme* (en adelante REFIT) *and the 10 priorities of the Commission* https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2017_refit_scoreboard_summary_en.pdf.

informático descentralizado seguro y fiable que comprenda sistemas informáticos nacionales que estén interconectados y sean técnicamente interoperables, sin perjuicio de un progreso tecnológico ulterior, sobre la base de e-CODEX⁷ (art. 7 Reglamento 2020/1783 y art. 5 Reglamento 2020/1784)⁸. Para ser precisos, los Reglamentos no exigen el uso de e-CODEX sino simplemente “*un sistema informático descentralizado basado en una solución interoperable como e-CODEX*”, lo que no impide la utilización de otra solución técnica que en el futuro pudiera estar operativa. A fin de mejorar la transmisión electrónica transfronteriza de documentos a través del sistema informático descentralizado, ambos Reglamentos establecen igualmente el deber de reconocimiento de efectos jurídicos y del valor probatorio de los documentos transmitidos electrónicamente (art. 8 Reglamento 2020/1783 y art. 6 Reglamento 2020/1784).

Es evidente el avance que tales modificaciones suponen. La incorporación de las nuevas tecnologías al ámbito de la notificación y obtención de pruebas en el extranjero es tan precisa como necesaria. No obstante, también es cierto que tales progresos generan nuevos retos difíciles de solucionar, como así sucede con la seguridad y la protección de la privacidad y los datos personales transmitidos⁹. En relación con el primer aspecto, hay que señalar que ninguno de los dos Reglamentos ofrece una respuesta concreta a esta preocupación, en la medida en que esta es una cuestión que compete a la Comisión, como responsable que es de adoptar los actos de ejecución para establecer el sistema e-CODEX (arts. 25 Reglamento 2020/1783 y 2020/1784). Esta línea de regulación es la que ha seguido el art. 10 de la Propuesta de Reglamento sobre e-CODEX presentada en diciembre de 2020¹⁰. A tenor de dicho precepto, cada entidad será responsable de la seguridad de su punto de acceso y el conjunto será supervisado por eu-LISA¹¹.

La transmisión de pruebas y de notificaciones y traslado al extranjero de documentos en formato electrónico implica, igualmente, problemas en torno a la privacidad y tratamiento de los datos personales. Es cierto que ambos Reglamentos incorporan las correspondientes cautelas en torno a la protección de datos y privacidad en el sistema para los intercambios electrónicos entre órganos jurisdiccionales (art. 30 Reglamento 2020/1783 y art. 31 Reglamento 2020/1784), pero no hay que olvidar que las infraestructuras informáticas públicas de los poderes judiciales de los Estados miembros están sometidas a constantes ataques informativos, hecho que podría multiplicarse debido

⁷ *E-Justice Communication via On-line DataExchange*. Para un análisis del funcionamiento del mismo VELICOGNA, M., “E-Justice in Europe: From National Experiences to EU Cross-Border Service Provision”, en ALCAIDE MUÑOZ, L. y RODRÍGUEZ BOLÍVAR, M.P. (dirs.), *International E-Government Development - Policy, Implementation and Best Practice*, Palgrave Macmillan, 2018, p. 39.

⁸ La Comisión es la encargada de la creación, el mantenimiento y el desarrollo del futuro programa informático que los Estados miembros deberán utilizar. Corresponderá a los Estados miembros financiar el coste de este despliegue y la adaptación de sus sistemas informáticos nacionales, sin perjuicio de que soliciten subvenciones europeas para ello (arts. 25 de los Reglamentos 2020/1783 y 2020/1784).

⁹ VINCENT, R., “La refonte du règlement sur l’obtention des preuves en matière civile”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2021, p. 67.

¹⁰ COM (2020) 712 final. 2020/0345 (COD). Este Reglamento tiene como objetivo establecer una base jurídica para e-CODEX y dar la responsabilidad del proyecto a la Agencia eu-LISA, que gestiona las operaciones de sus sistemas informáticos a gran escala.

¹¹ Esta agencia se creó en 2011. Sobre la misma véase <https://www.eulisa.europa.eu/>.

precisamente a la creciente interconexión de los sistemas informáticos (a escala nacional y de la UE). En este sentido, el CESE lamentó en su Dictamen la falta de disposiciones sobre la responsabilidad de los distintos agentes en caso de ciberataques o fallos del sistema informático¹².

III. EL NUEVO MARCO NORMATIVO EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

1. Las principales novedades en el ámbito de la obtención de pruebas en el espacio judicial europeo

En materia de obtención de pruebas, el nuevo texto refundido no solo da respuesta a las necesidades de modernización y digitalización que existen en este ámbito, sino que trata de resolver los problemas evidenciados por la Comisión en la evaluación que realizó, en torno a la aplicación del Reglamento 1206/2001 (retrasos y costes soportados por los ciudadanos, las empresas y los Estados miembros, las deficiencias en la protección de los derechos procesales de las partes y la complejidad e incertidumbre existente¹³). Entre las novedades más relevantes se encuentra la incorporación de un concepto de “órgano jurisdiccional” (art. 2.1º), además de fomentar la ejecución directa y rápida de las pruebas intracomunitarias.

El Reglamento concreta qué autoridad/es puede/n solicitar la obtención de pruebas en el extranjero a partir de lo establecido en el mismo. Se propone así solucionar los problemas interpretativos existentes en torno al término «órgano jurisdiccional»¹⁴. En particular, considera como tal a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades de los Estados miembros comunicadas a la Comisión (*ex art. 31.3º*), que ejerzan funciones jurisdiccionales, que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, y que sean competentes, con arreglo al Derecho nacional, para obtener pruebas a efectos de los procedimientos judiciales en materia civil o mercantil. Para concretar dicho término recurre a tres criterios: si dicha autoridad ejerce o no función jurisdiccional alguna, al sistema de las listas –conocido ya en otros Reglamentos europeos– y a la habilitación del Derecho nacional para tales cuestiones en procedimientos judiciales. Una habilitación que excluye la posibilidad de que los notarios españoles puedan hacer uso de este instrumento normativo¹⁵.

¹² Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil [COM (2018) 378 final – 2018/203 (COD)].

¹³ La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2018) 378 final, Bruselas, 31 de mayo de 2018].

¹⁴ Sobre los problemas para concretar dicho concepto véase JIMÉNEZ BLANCO, P., “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, 2020-2021, pp. 121-162.

¹⁵ Sobre la discutible habilitación de estos profesionales véase VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Art. 16. Desplazamiento al extranjero de jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales y funcionarios al servicio de la administración de Justicia y de otro personal”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO

El Reglamento refundido trata también, como hemos apuntado, de facilitar la ejecución directa y rápida de las pruebas intracomunitarias. Para ello, establece que las solicitudes de obtención de pruebas sean ejecutadas con rapidez (art. 12). Si no es posible ejecutar una solicitud en un plazo de noventa días a partir de su recepción por el órgano jurisdiccional requerido, este debe ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional requirente, indicándole las razones que impiden que la solicitud sea ejecutada con rapidez (art. 17). Se fomenta además el empleo de la videoconferencia u otras TICs para recabar declaraciones o interrogatorios de personas presentes en otros Estados miembros, siempre que sea posible (art. 20), tanto si la obtención de pruebas la realiza el tribunal requerido (art. 12.4º) como directamente por el tribunal solicitante (art. 20), y proporciona un marco jurídico para la ejecución directa por parte de los agentes diplomáticos y consulares (art. 21) sin que sea necesaria una solicitud previa al órgano central o a la autoridad competente de dicho Estado miembro (Considerando 25).

2. Las principales novedades en el ámbito de la notificación y traslado de documentos en el espacio judicial europeo

La reforma del Reglamento de obtención de pruebas discurrió de forma paralela al Reglamento de notificación y traslado de documentos al extranjero. Las conclusiones del Informe de evaluación *Regulatory Fitness*, llevadas a cabo por la Comisión, sirvieron para identificar las tres áreas de intervención de las que se ocupa dicho texto refundido, a saber: fomentar la seguridad jurídica y el acceso a la justicia, mejorar las vías de transmisión existentes y reforzar las garantías procesales de defensa. Aspectos que trataremos a continuación.

A) Fomentar la seguridad jurídica y el acceso a la justicia

A tales efectos, el texto refundido clarifica el ámbito de aplicación del Reglamento, introduce medidas de mejora orientadas a localizar al destinatario e incluye –aunque lo hace en un Considerando– una definición de lo que se entiende por “documento extrajudicial”.

En efecto, una de las cuestiones más problemáticas que presentaba la aplicación del actual Reglamento 1393/2007 radicaba en saber cuándo es preciso remitir una notificación a otro Estado. En el Texto refundido el legislador europeo trata de concretar este extremo, y lo hace de forma negativa. Siguiendo la decisión adoptada por el TJ de 19 de diciembre de 2012 (Sala Primera), As. C-325/11, *Krystyna Alder, Ewald Alder y Sabina Orłowska, Czesław Orłowski*¹⁶, establece que el Reglamento no debe aplicarse a la notificación o el traslado de documentos a un representante autorizado de una parte en el Estado miembro del foro (art. 1.3º). Una exclusión que resulta coherente y previsible, puesto que en tales casos la notificación debe de ser calificada de “interna”. Lo que es discutible es que este Reglamento se aplique “a la notificación o el traslado de cualquier documento a una parte en otro Estado miembro cuando así lo exija el Derecho del Estado miembro del

MORENO, G. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 207-210.

¹⁶ ECLI:EU:C:2012:824.

foro, con independencia de si el documento se ha notificado o trasladado al representante de la parte” (Considerando 6). La solución adoptada es criticable porque es incoherente con la filosofía y el espíritu presente en esta reforma al obligar a la transmisión de la notificación al extranjero, cuando así lo establezca la *lex fori*, con independencia de que esta haya sido realizada o no en el foro al representante procesal. Es cierto que tras esta postura el legislador desea eliminar cualquier forma ficticia de notificación en el ámbito intracomunitario, pero también es cierto que, en supuestos excepcionales, el propio TJ ha admitido con determinadas limitaciones la utilización de ciertos mecanismos de notificación ficticios [Sent. dictada el 15 de marzo de 2012 (As. C-292/10, *G/Cornelius de Visser*¹⁷) y el 17 de noviembre de 2011 (As. C-327/10, *Hypotecnyí banka/Lindner*)¹⁸]¹⁹.

El Reglamento fomenta igualmente la seguridad jurídica y el acceso a la justicia al incluir medidas de mejora orientadas a localizar al destinatario. De este modo – inspirado por la Sent. *Lindner*– el Reglamento incluye la obligación de prestar ayuda para localizar el paradero de un destinatario en otro Estado miembro²⁰. A tales efectos, el art. 7.1º del Reglamento ofrece tres opciones alternativas, de las cuales cada Estado miembro deberá ofrecer al menos una en su territorio. Estas tres opciones son: auxilio judicial prestado por autoridades nombradas por los Estados miembros; acceso a la información registral pública domiciliaria a través del Portal Europeo de e-Justicia; o información pormenorizada a través del Portal Europeo de e-Justicia sobre las herramientas disponibles para localizar a personas en sus territorios. Los Estados miembros deberán notificar a la Comisión cuál de las tres opciones ofrecen en virtud del Reglamento (art. 7.2º).

En el ámbito extrajudicial, tras el asunto *Roda Golf & Beach Resort*²¹ quedaron patentes las dudas y divergencias existentes sobre cómo debía definirse el término “documento extrajudicial”. Para evitar tales inconvenientes, el Reglamento ofrece una definición del término, aunque lamentablemente lo hace uno de sus Considerandos (núm. 8)²², siguiendo

¹⁷ CUNIBERTI, G., “Nota a la STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10”, *REDI*, núm. 2, 2012, p. 187.

¹⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.ª A. “De nuevo una sentencia del TJE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, nº 2, pp. 356-366.

¹⁹ Para una visión más detenida de nuestra postura sobre esta cuestión véase MARCHAL ESCALONA, N., “Nota a la Sent. del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012”, *AEDIPr*, 2012, pp. 979-981.

²⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.ª 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, pp. 352-353.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de junio de 2009. ECLI:EU:C:2009:395. En este caso dicha incertidumbre tenía origen en un conjunto de cartas privadas, remitidas a los Juzgados de San Javier a través de notario, para su ulterior notificación en el Reino Unido. Sobre la misma véase, SUJECKI, B., “Entwicklung des Europäischen Privat- und Zivilprozessrechts in den Jahren 2008 und 2009”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2010, pp. 448-453; MARCHAL ESCALONA, N., “*Quid* de la interpretación autónoma del TJCE en el ámbito procesal (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 2009: *Roda Golf & Beach Resort*)”, *La Ley. Unión Europea*, pp. 1-6.

²² Por documento extrajudicial debe entenderse no solo los documentos notariales o intervenidos por funcionario público, sino también los documentos privados cuya notificación sea necesaria para ejercer,

la jurisprudencia del TJ [Sent. (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2015, As. C-223/14, *Tecom Mican S.L./José Arias Domínguez*²³].

B) Mejorar las vías actuales de transmisión y notificación o traslado

El texto refundido del Reglamento se ocupa principalmente de digitalizar la transmisión de solicitudes de notificación entre los distintos Estados miembros para lo que adapta el sistema principal de transmisión contemplado en el Reglamento 1393/2007 (arts. 4 a 10) a los avances que ofrece la utilización de la tecnología de la información. No obstante, también admite que en aquellos supuestos en los que no pueda recurrirse a este sistema, la transmisión deberá realizarse por la vía alternativa que sea más adecuada para efectuar la transmisión lo más rápido posible (Considerando 15). De esta manera, el Reglamento rectifica y modifica la doctrina derivada de la decisión del TJ de 9 de febrero de 2006 (As C- 473/04, *Plumex*²⁴), donde se establecía la falta de jerarquía entre las distintas vías de notificación.

A tales efectos, resulta evidente que las vías más adecuadas para realizar la notificación, dada la lentitud y los problemas inherentes a la vía consular y diplomática (arts. 16 y 17), son la vía postal (art. 14), que apenas ha sido modificada –a pesar los sugerentes cambios propuestos en la Propuesta de reforma²⁵–, y la vía de persona privada a autoridad competente (art. 15). Para aumentar la seguridad jurídica en la utilización de esta última vía, el nuevo texto obliga a los Estado miembros que admitan la utilización de dicha notificación a informar a la Comisión sobre las personas competentes autorizadas a efectuar la notificación o el traslado directos de documentos en su territorio (art. 20).

No obstante, la principal novedad en este ámbito es que el texto refundido incorpora y admite el traslado directo de documentos por medios electrónicos (art. 19) junto a las vías de notificación ya apuntadas. El Reglamento permite, así, de esta forma que el destinatario pueda recibir la notificación o directamente por medios electrónicos, aunque sometido a condiciones. Ello será factible siempre que: las personas tengan dirección conocida en otro Estado miembro, que los documentos se envíen y se reciban por medios electrónicos mediante servicios cualificados de entrega electrónica certificada en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento (UE) núm. 910/2014²⁶ y el destinatario haya

probar o preservar un derecho o una acción civil o mercantil. Esta definición no comprende los documentos expedidos por las autoridades administrativas a efectos de procedimientos administrativos.

²³ ECLI:EU:C:2015:744.

²⁴ ECLI:EU:C:2006:96.

²⁵ El art. 14 de la Propuesta de Reglamento obligaba a los proveedores de servicios postales a utilizar un comprobante específico (acuse de recibo) al notificar o trasladar documentos por correo con arreglo al Reglamento, e introducía un nuevo apartado en la que se concretaban las personas a las que se podía efectuar la notificación o el traslado en lugar del destinatario, cuando el proveedor del servicio postal no pudiera entregar el documento a este en persona en sintonía con lo dispuesto en el art. 14 del Reglamento (CE) núm. 805/2004, en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 y en la Sent. del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2017, As. C-354/15, *Andrew Marcus Henderson/Novo Banco SA*, ECLI:EU:C:2017:157, y cuya doctrina ha sido incorporada en el Considerando 30.

²⁶ Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (DO L 257, de 28 de agosto de 2014).

prestado previamente consentimiento expreso a la utilización de tales medios. Este puede prestar consentimiento expreso para unas diligencias específicas o bien consentimiento general para la notificación o el traslado de documentos en el transcurso de un procedimiento judicial (Considerando 39). La introducción de esta nueva vía de notificación debe ser bienvenida, aunque el éxito de la misma dependerá de la fiabilidad y de la seguridad que ofrezca, si bien es cierto que su utilización puede dar lugar a problemas particulares que ni han sido previstos ni resueltos expresamente por el legislador europeo. ¿Cómo se prueba la recepción de la notificación? ¿A partir de qué fecha se considera perfeccionada la notificación? ¿Quién informa al receptor que tiene derecho a negarse a recibirla si el documento que se notifica no está redactada o traducido en idioma que el Reglamento establece *ex art.* 12?

C) Reforzar la protección de los derechos de defensa del destinatario

Para la Comisión la mejora de las vías actuales de transmisión y notificación o traslado del Reglamento debía llevarse a cabo de forma paralela al refuerzo de la protección de los derechos de defensa del destinatario. A tales efectos, la Propuesta de Reglamento introducía una serie de modificaciones tanto al derecho a negarse a aceptar un documento ampliando el plazo para su ejercicio –de una semana a dos– e incorporando las directrices marcadas por el TJ en la Sent. de 16 de septiembre de 2015 (As. C-519/13, *Alpha Bank Cyprus*)²⁷ y en el Auto de 28 de abril de 2016 (As. C-384/14, *Alta Realitat S.L.*)²⁸, como a la actuación de los órganos jurisdiccionales ante la incomparecencia del demandado²⁹. Aunque, finalmente, el tenor literal del Reglamento 2020/1784 se pronuncia en estas cuestiones en términos casi idénticos a lo establecido en el Reglamento 1393/2007.

En cuanto a la cuestión del idioma y el derecho a rechazar todo documento que no esté redactado o traducido en una de las lenguas contempladas en el Reglamento, el art. 12 del texto refundido reproduce el contenido del art. 8 del Reglamento 1393/2007 ampliando, eso sí, el plazo del que dispone el destinatario para rechazar el documento. No obstante, sigue sin resolver de forma expresa cómo se determina si el destinatario está en condiciones de entender el documento que se le notifica, el grado de conocimiento que puede y debe exigirse, tal y como se evidenció en la decisión del TJ en la Sent. de 8 de mayo de 2008 (As. C-14/07, *Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR/Industrie- und Handelskammer Berlin*)³⁰, así como qué hacer en caso de abuso o fraude cometido por parte del destinatario en el ejercicio del derecho. Cuestiones estas a las que se refiere el

²⁷ ECLI:EU:C:2015:603.

²⁸ ECLI:EU:C:2016:316.

²⁹ En particular, en la Propuesta de Reglamento exigía: a) al órgano jurisdiccional que conociera del asunto enviara una alerta con la fecha de incoación del proceso o sobre la sentencia dictada en rebeldía a la cuenta de usuario que se conozca del demandado; y b) Fijar un plazo común de dos años, a contar desde la fecha en que se dicte la sentencia en rebeldía, para presentar una acción extraordinaria tendente a la exención de la preclusión resultante de la expiración de los plazos del recurso a efectos de impugnación del reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en otro Estado miembro.

³⁰ ECLI:EU:C:2008:264.

Considerando 26³¹, aunque, a nuestro juicio, por la importancia que este precepto posee a nivel práctico³², estas debieron ser incorporadas al tenor literal de la norma.

En relación con las garantías procesales de defensa, las novedades que introducía la Propuesta de Reglamento para minimizar la desprotección de los demandados frente a los efectos de las sentencias dictadas en rebeldía y reducir, las acciones tendentes a la exención de la preclusión resultante de la expiración de los plazos del recurso, no se han materializado en el texto reformado, o no al menos, en el tenor literal de la norma, sino en su Considerando 26. En dicho Considerando se admite que, cuando el Derecho nacional y el presente Reglamento permitan al órgano jurisdiccional dictar sentencia a pesar de no haberse obtenido certificación alguna de la notificación o el traslado del escrito de incoación o su equivalente, deben realizarse las diligencias oportunas ante las autoridades competentes o entidades del Estado miembro requerido a fin de obtener dicha certificación antes de que se dicte sentencia alguna de conformidad con cualquier otro requisito para la salvaguardia de los intereses del demandado. Reconoce, igualmente, que, a menos que sea incompatible con el Derecho nacional, deben realizarse las diligencias oportunas para informar a la parte demandada de que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto ha incoado un proceso judicial por medio de cualquier canal de comunicación disponible, incluidas las tecnologías de comunicación modernas, en la dirección o a través de una cuenta de la que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto tenga conocimiento. Avances estos que, sin duda alguna son significativos y debieron incorporarse, como hemos apuntado, en la referida la norma.

IV. VALORACIÓN

Una vez estudiada la reforma procede valorar su alcance teniendo en cuenta que el objetivo principal de la misma ha sido aumentar la eficacia y la celeridad de los procedimientos judiciales, simplificando y agilizando la práctica de obtención de pruebas y notificación y el traslado de documentos transfronterizos entre los Estados miembros. Cabe preguntarse, pues, en qué medida este objetivo se ha alcanzado. Hacer vaticinios en la coyuntura actual se nos antoja un ejercicio fútil, teniendo en cuenta que su funcionamiento depende de si y cómo se ponga en práctica y se implemente el sistema. No obstante, es obvio que supone un avance considerable y necesario.

En el ámbito de la obtención de pruebas el Reglamento (UE) 2020/1783 contiene otras importantes novedades con respecto a su antecesor que van a contribuir de forma decidida a un mejor funcionamiento del mismo, no solo porque aumenta la seguridad jurídica, sino porque incide en la rapidez y ejecución directa de la prueba. En materia de notificación y traslado de documentos creemos que la reforma del Reglamento 2020/1784 podría haber sido más decidida y acertada a la hora de concretar cuándo se aplica dicho Reglamento, más completa y garantista, si hubiera seguido los derroteros marcados por la Propuesta

³¹ Sobre el valor de los considerandos véase PASCUA MATEO, F., “La técnica normativa en el sistema jurídico comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, 2006, pp. 125-169.

³² HESS, B., “Untiefen des deutschen und des europäischen Zustellungsrechts (OLG Frankfurt, S. 145)”, *IPRax*, 2/2020, pp. 127-128.

en materia de idioma y derechos defensa, y más inconcusa y segura si las novedades más destacables hubieran sido incorporadas en el tenor literal de su articulado, en lugar de hacerlo en su diferentes Considerandos. Con todo, es preciso señalar el acierto del Reglamento al incluir medidas de mejora a efectos de localizar al destinatario.

Con todo, la Comisión será la que en última instancia desvele en el futuro los resultados y las repercusiones de ambos Reglamentos (*ex art. 33 Reglamento 2020/1784 y art. 34 Reglamento 2020/1784*).

UNA LECTURA EUROPEA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 50 DE LA COMPILACIÓN BALEAR A LOS EXTRANJEROS. A PROPÓSITO DEL CASO *CRUL* Y SU DERIVA JUDICIAL (SENTENCIA DE LA AP DE PALMA DE MALLORCA, SECCIÓN TERCERA, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2020)

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT*

I. HECHOS

En marzo de 2018 Paulette Monique Crul (de nacionalidad francesa y residente habitual en Mallorca) en escritura pública ante notario de dicha isla hizo, a favor de sus dos hijos (de idénticas nacionalidad y residencia habitual), una donación de bienes con pacto de definición conforme al artículo 50 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares (la Compilación)¹. En enero de 2019 se presentó la escritura a inscripción en el Registro de la Propiedad (RP) nº 4 de Palma de Mallorca y, a finales del mismo mes, su titular la calificó negativamente suspendiéndola por entender que existían defectos que la impedían.

En marzo de 2019 el Notario autorizante interpuso recurso contra dicha calificación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, DGSJFP), que lo desestimó en virtud de Resolución de 24 de mayo de 2019 (la Resolución) y confirmó la calificación registral². La señora Crul formuló demanda de juicio verbal contra la DGSJFP ante los juzgados de Mallorca; el Juzgado de Primera Instancia (JPI) nº 10 de Palma, en sentencia de 11 de mayo de 2020, desestimó la demanda por entender que la Ley aplicable al asunto era, al carecer ella de

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide. ORCID ID: 0000-0002-3361-0556. Researcher ID: N-8140-2016. Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i REJURPAT (PID2019-106496RB-I00), Retos de la Sociedad.

¹ Su párrafo primero dispone que “Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad”. Esta institución es aplicable en Mallorca, pero asimismo en Ibiza y Formentera (artículo 77, párrafo 3º, de la Compilación) y, desde la reforma operada en ésta por la Ley 7/2017, de 3 de agosto, también en Menorca (artículo 65 de este cuerpo).

² BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019; un comentario sobre la misma puede verse en esta misma Revista (2019, nº 2, dentro de la Crónica de Derecho internacional privado) en ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “La proyección de los Reglamentos europeos sobre la plurilegislatividad interna española: la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019 y la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del pacto de definición de la compilación balear”. En Resolución de 10 de agosto de 2020 la DGSJFP reitera esta solución en relación con un pacto de definición concluido entre una nacional italiana y su hijo estadounidense, ambos residentes en Ibiza (BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020).

la vecindad civil mallorquina exigida por el artículo 50 de la Compilación, el Código Civil (CC), que no contempla el pacto sucesorio³.

La señora Crul recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial (AP) de Palma de Mallorca interesando que se declarase aplicable el artículo 50 de la Compilación a la donación con pacto de definición pues consideraba inaplicable el inciso que requiere que los descendientes que renuncien a sus derechos lo hagan con respecto a ascendientes “de vecindad mallorquina”; en consecuencia, la apelante solicitó que se reconociera como plenamente válido, en aplicación del Derecho vigente en la isla de Mallorca, el pacto con definición celebrado con sus hijos, así como que se ordenase al RP de Palma inscribir la escritura de marzo de 2018. La Abogacía del Estado se opuso al recurso, interesando su desestimación y la confirmación de la sentencia de instancia.

La sentencia de la AP de Palma de Mallorca, Sección Tercera, de 30 de diciembre de 2020 estima íntegramente el recurso contra el pronunciamiento de instancia, que revoca y deja sin efecto⁴. En concreto, declara aplicable el artículo 50 de la Compilación a la donación considerando inaplicable *in casu* el requisito de vecindad mallorquina de la ascendiente; en consecuencia, reconoce validez, en aplicación del Derecho vigente en la isla de Mallorca, al pacto con definición entre la señora Crul y sus hijos ordenando al RP de Palma inscribir la escritura de marzo de 2018.

La Abogacía del Estado interpuso recurso de casación en representación de la DGSJFP, que ha sido desestimado íntegramente por sentencia 1/2021, de 14 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de las Islas Baleares (Sala de lo Civil y Penal), que conoció de la casación por lo dispuesto en el artículo 478.1, pfo. 2º, de la LEC, confirmando en todos sus pronunciamientos la sentencia de la AP de Palma de Mallorca.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Diversas son las cuestiones que suscitan las resoluciones judiciales referidas; al análisis de algunas dedicamos las líneas que siguen ante la imposibilidad de mayor profundidad por la limitación del formato de esta sección⁵.

³ El Juzgado rechazó también las dos peticiones subsidiarias formuladas por la demandante: que se suscitara cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso “de vecindad mallorquina” del artículo 50 de la Compilación, por no conculcar el artículo 149.1.8ª de la Constitución; y que se plantease cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por no ser contrario tal precepto al Reglamento sucesorio europeo 650/2012 (el Reglamento). En cambio, para L. GARAU JUANEDA este inciso incurre en manifiestas inconstitucionalidad y contradicción con el Reglamento: “El ámbito de vigencia, el ámbito de aplicación y el ámbito de eficacia de los derechos civiles autonómicos: al hilo del caso particular del artículo 50 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares”, *Revista Jurídica de les Illes Balears*, nº 19 (2020), pp. 32 ss.

⁴ ECLI:ES:APIB:2020:2608.

⁵ Un análisis profundo del marco teórico del tema puede verse en QUINZÁ REDONDO, P., “Regulation (EU) 650/2012 and Territorial Conflicts of Laws in Spain”, en SCHERPE, J. y BARGELLI, E. (eds.), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law. Adapting to Change*, Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 213-229 y en QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTANDL, G.,

1ª ¿Cuál es el ordenamiento aplicable al pacto sucesorio? Concurriendo las condiciones de aplicación material, temporal y territorial del Reglamento, resulta pacífico *ex* artículos 25.1 y 21.1 que el Derecho aplicable es el español por ser el del Estado de la residencia habitual de la señora Crul; así lo disponen el JPI, la AP y el TSJ. Lo que no lo resulta tanto es qué normas de nuestro ordenamiento, si el CC o la Compilación. Las claves para resolver esta cuestión se hallan en el artículo 36 del Reglamento.

De entrada, se habría de averiguar si existen “normas internas sobre conflicto de leyes” en España en este campo (apartado 1º) y la respuesta es que sí: el artículo 16.1 del CC. Así, el JPI agota el razonamiento y, en buena lógica jurídica, sostiene que, dado que la actora francesa carece de vecindad civil en España, no puede acogerse al artículo 50 de la Compilación (*ex* artículo 15 del CC) y le es aplicable este último cuerpo normativo, que no contempla la definición. En cambio, según la AP el artículo 16.1 del CC emplea un punto de conexión (la vecindad civil) que no puede predicarse del extranjero, por lo que acude al art. 36.2 del Reglamento equiparando las situaciones en que un ordenamiento carezca de normas internas sobre conflictos de leyes con aquellas en las que sí existan pero el causante no sea nacional; lo que la lleva a defender que la norma del artículo 36.2 del Reglamento según la cual “toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento” significa que, en el caso de autos, esa ley es la Compilación (concretamente su artículo 50) dado que la actora, al tiempo de otorgar el pacto sucesorio, residía habitualmente en Mallorca (fundamento de Derecho tercero)⁶.

Entre la interpretación literal del JPI y la extensiva de la AP, ciertamente la primera resulta más simple: “El hecho de que la actora sea extranjera y no haya accedido a la vecindad civil no significa que no haya normas de conflicto internas en el derecho español (el art. 16 del Código Civil), y debemos acudir a los criterios del art. 36.2 del Reglamento. La norma existe” (fundamento de Derecho tercero). No obstante, se trata de una cuestión abierta en la que aun la mejor doctrina manifiesta sus dudas⁷ y cuyo tratamiento en estas páginas excede del sentido de la presente sección.

2ª ¿Es posible eliminar un elemento del supuesto de hecho de la norma aplicable? Suponiendo que resultase aplicable la Compilación, sabedora de que carecía de vecindad civil mallorquina por ser extranjera la señora Crul sostuvo en su recurso de apelación que debía aplicarse el artículo 50 de la Compilación salvo la exigencia de vecindad civil mallorquina de la donante; cuando menos, resulta curiosa la pretensión de parte de

“Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *InDret*, 3/2013.

⁶ Esta tesis contaba con el apoyo de la DGSJFP tanto en el fundamento jurídico 6 de la Resolución controvertida como en su Resolución de 24 de julio de 2019 dictada respecto del recurso interpuesto contra la calificación negativa del Registrador de la Propiedad de Ibiza nº 4, por la que acordó denegar la práctica de inscripción de una escritura de aceptación de derechos legítimos (BOE núm. 231, de 25 de septiembre de 2019).

⁷ BONOMI, A., “Articles 36 à 38”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P., *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 558 y ss.

eliminar un elemento del supuesto de hecho de una norma para que pueda ser aplicada a un caso en que el legislador no lo ha previsto⁸. Más prudente se mostró la AP que admite que no sería precisa la exégesis basada en los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE y en la finalidad del Reglamento (*infra*) para no exigir vecindad civil mallorquina a la donante si, *de lege ferenda*, quedara suprimido este requisito⁹. Lo que sí resulta indiscutible es que, si el controvertido precepto del artículo 50 de la Compilación no contuviese tal exigencia¹⁰, este cuerpo normativo podría haber sido aplicado pese a involucrar a personas extranjeras, como resulta común en la práctica notarial y jurisprudencial española en los supuestos mixtos (en los que concurren el elemento internacional y el interregional).

3ª *¿Qué naturaleza tiene la exigencia de vecindad civil mallorquina por el artículo 50 de la Compilación?* Tal requisito es calificado en la sentencia de la AP como condición o presupuesto jurídico para la validez del acto o negocio jurídico (la donación), “exigencia singular que la actora no cumple” (fundamento de Derecho tercero) por ser foránea y carecer los extranjeros de vecindad civil en España¹¹. Para superar este obstáculo la AP eleva su respuesta al plano supraestatal efectuando una interpretación de la exigencia de vecindad mallorquina de la donante conforme con el Reglamento, considerando los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE así como la finalidad de la norma. Tal exégesis la conduce a la aplicación directa de la Ley del territorio de su residencia habitual, esto es, del artículo 50 de la Compilación “sin que pueda después exigirse a la actora, en tanto que ciudadana de nacionalidad extranjera, el requisito de la vecindad civil (subvecindad) mallorquina” (fundamento de Derecho tercero). Entiende la AP que esta interpretación resulta conforme con los objetivos del Reglamento -invocando sus considerandos 23 y 37-, los cuales “no pueden quedar mermados por el hecho de que la normativa interna del Estado (que es anterior en el tiempo al Reglamento, obvio es decirlo) sea más estrecha en sus miras que las que se contienen en el propio Reglamento,

⁸ De admitirse esta peculiar técnica, la misma AP habría podido autorizar *ex* artículo 50 de la Compilación a una madre alemana con residencia habitual en Mallorca a aceptar en nombre de su hija menor (también alemana y residente en tal isla) la donación de una participación indivisa en nuda propiedad de dos bienes inmuebles sitos en Mallorca, con pacto sucesorio de definición. Hubiera bastado para ello con “eliminar” la exigencia de tal norma de que la donataria estuviese emancipada, lo que no ocurría *in casu*. Como es lógico, la AP no lo hizo (auto de la Sección Cuarta de 31 de octubre de 2019).

⁹ Una decisión que atañe al legislador de las Islas Baleares, que es de suponer tendría en cuenta a estos efectos el arraigo histórico de la figura, nacida nada menos que de tres privilegios de los Reyes de Mallorca Jaime I (1274) y Sancho (1319) detallados por la titular del RP de Palma (punto 2º de los antecedentes de hecho de la Resolución). Precisamente en los antecedentes históricos de la norma se basa el TSJ para desestimar el recurso de casación afirmando que en realidad el artículo 50 de la Compilación “no regula la exigencia de vecindad civil mallorquina para los ascendientes, sino que intenta aclarar que los descendientes no necesitan tener esa misma vecindad civil” (*sic*).

¹⁰ L. GARAU JUANEDA considera conveniente rectificar el “desafortunado añadido” en 1990 de esta exigencia en la Compilación (“El ámbito de vigencia...”, *cit.*, p. 42).

¹¹ El pronunciamiento hace referencia al debate doctrinal en torno a la tesis que considera que se trata de un problema conflictual (más concretamente de un punto de conexión de una norma de conflicto) y la que lo estima una norma sustantiva o material del Derecho civil balear. Esta es la tesis de la Resolución, que indica (fundamento jurídico 18) que se trata de “un problema (...) de Derecho material balear. Y conforme a éste, no es posible la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante, no sea mallorquín”.

pues es la ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés” (fundamento de Derecho tercero)¹².

Omitiendo la observación acerca de la antigüedad de las normas en presencia, esta solución adolece a nuestro parecer de un desenfoque de planteamiento. Existe un delicado equilibrio entre las competencias de la UE y de los Estados miembros que se refleja en los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, por cuya virtud el Reglamento se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar sus objetivos (véase su considerando 80); y no es uno de ellos, precisamente, entrar a dirimir cuestiones que atañen a la competencia exclusiva de los Estados miembros (siendo este un elemento fundamental para una interpretación teleológica de este instrumento). Si uno de ellos -a la sazón España- hubiera querido que las soluciones del Reglamento se aplicaran también a sus conflictos interregionales, lo tenía bien fácil: acogerse a lo establecido en su artículo 38 que, aunque redactado en modalidad negativa, lo que hace es ofrecer esta posibilidad¹³; así sí se hubiera obviado la exigencia de vecindad civil mallorquina de la donante para aplicarle directamente la Compilación¹⁴. Pero nuestro Reino no lo ha hecho para este ni para ningún otro Reglamento de la UE en la materia por una sencilla razón: el respeto a la tradición histórica de nuestros Derechos civiles (véase el considerando 6 *in fine* del Reglamento), sus instituciones (así, la definición balear), sus respectivos ámbitos de aplicación y el mecanismo patrio de solución de sus conflictos territoriales (artículos 13 ss. del CC)¹⁵. Ciertamente la tesis de la AP y del TSJ puede resultar de interés al legislador español para valorar la toma de esta decisión; pero en tanto éste no lo haga, el Derecho europeo, español y autonómico vigente impide obviar la vecindad civil mallorquina de la donante como condición para aplicarle la Compilación.

4ª ¿Se trata de una cuestión de Derecho aplicable a la forma o al fondo del pacto? Una buena parte de los esfuerzos de la Registradora y de la Resolución se dedica a procurar defender la inaplicación del artículo 50 de la Compilación a la donación sobre la base de considerar que la cuestión controvertida atañe a la forma del pacto sucesorio y no al fondo. A mi parecer no se trata de un planteamiento adecuado, pues el artículo 27.3 del Reglamento limita su ámbito de aplicación a *las formas* admitidas para las disposiciones *mortis causa* (de ahí la redacción y la ubicación sistemática del precepto), no siendo el objeto de debate en este caso la forma de la donación con pacto de definición (que se llevó a cabo de manera indiscutida en escritura pública notarial)¹⁶, sino una condición o

¹² La sentencia del TSJ dedica varios pasajes a profundizar esta línea y a explicar la naturaleza de la exigencia de la vecindad civil mallorquina al amparo del Derecho histórico balear.

¹³ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 755.

¹⁴ Cfr. IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n° 1, pp. 236 ss.

¹⁵ Los representantes de España en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE han tenido siempre, como línea roja en sus facultades negociadoras de los distintos Reglamentos en materia de cooperación judicial civil, mantener ajeno a ellos nuestro sistema interregional.

¹⁶ En este sentido *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: El Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019”, *Diario La Ley Unión Europea*, n° 74 (31 de octubre de 2019) y ESPÍNEIRA SOTO, I., “Retirando capas de barniz: Reglamento europeo de sucesiones y Derecho interregional español. Resolución DGRN de 24 de mayo de

presupuesto jurídico para la validez *material* del acto, como la propia AP ha reconocido (más matizadamente se manifiesta el TSJ); de ahí que, al tratarse de la “admisibilidad” y “validez material” de la figura para una extranjera sin vecindad civil mallorquina, el precepto de referencia sea el artículo 25.1 del Reglamento, que remite a la *lex successoria* (*supra*).

III. CONSIDERACIONES FINALES

Dos breves consideraciones finales nos llevan a concluir. En primer lugar, no se entiende por qué no se aconsejó a la señora Crul, *ex* artículos 25.3 y 22 del Reglamento, elegir como aplicable al pacto sucesorio el Derecho francés, su Ley nacional, que desde el 1 de enero de 2007 lo admite con unos efectos similares al artículo 50 de la Compilación; muchos recursos, tiempo y preocupaciones se hubieran evitado de haberse escogido el mismo¹⁷. En segundo término, el fallo del TSJ (y antes de la AP) genera justo lo opuesto a lo que temía el Notario interviniente si prosperase la tesis de la Registradora (una discriminación por razón de nacionalidad de los extranjeros respecto de los españoles¹⁸); lo que en realidad se consagra a partir de ahora es una discriminación entre los residentes habituales en Mallorca sin vecindad civil mallorquina: los españoles no podremos otorgar el pacto de definición en tanto que los extranjeros sí.

2019 sobre ‘definición mallorquina’ y Reglamento (UE) 650/2012 (1)”, *Notarios y Registradores*, 17 de septiembre de 2019.

¹⁷ Antes al contrario, lo único que consta en el expediente es que en diciembre de 2018 la señora Crul efectuó acta de manifestaciones en la que hizo constar que no había otorgado *professio iuris* en favor de su Ley nacional.

¹⁸ Que no es del todo cierta, pues no todo español puede otorgar este pacto de definición sino sólo los de vecindad civil mallorquina.

INTERACCIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1971 SOBRE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE FEBRERO DE 2021

JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA*

1. El 1 de febrero de 2021 el TS emitió Sentencia en el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha de 11 de abril de 2017 por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.^a), en el recurso de apelación 15/2017, dimanante del juicio ordinario 1442/2011 del Juzgado de Primera instancia n.º 5 de Cartagena. Los recurrentes son, de un lado, los herederos de dos fallecidos (D. Manuel y D. Virgilio) y, de otro, una perjudicada por lesiones (D.^a Florencia) en un accidente de tráfico, sucedido en Marruecos, frente a la compañía aseguradora Mapfre Familiar S.A.¹. Frente a tales recursos el TS determinó: admitir los motivos primero y tercero del recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Manuel y D.^a Florencia y no admitir el motivo segundo del recurso de casación ni el recurso extraordinario por infracción procesal; y admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por los herederos de D. Virgilio. Los recurrentes plantean como motivos del recurso de casación tres cuestiones. La primera se refiere a que en la sentencia recurrida no se ha realizado una adecuada interpretación de lo establecido en el art. 4 (regla especial) en relación con el art. 3 (regla general) y el art. 1 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (CHACC)². La segunda, referida al régimen y carga de la prueba del Derecho extranjero, ya que según la parte recurrente la jurisprudencia del TS determina que es necesario acreditar no solo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance. Finalmente, la tercera cuestión que se plantea está relacionada con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la imposición o no de los intereses de mora del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS)³ cuando se ha aplicado el Derecho español en un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero.

2. Como punto de partida, los Tribunales españoles fueron competentes para el conocimiento de las demandas acumuladas planteadas por los distintos perjudicados. En primer lugar, si bien, el Juzgado de Primera Instancia ante el que se interpuso la demanda consideró la competencia de los tribunales españoles en base al art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (véase el apdo. 2 del FD primero), ésta debería haber sido fundamentada, por la fecha en que se interpuso la primera demanda (29/07/2011), en base

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ Sent. TS 291/2021 de 1 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:291).

² BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1987.

³ BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

a las normas del Reglamento 44/2001⁴. A pesar de que la errónea fundamentación jurídica respecto a esta cuestión no varía el resultado en relación con la competencia, sin embargo, se echa en falta el conocimiento y la correcta aplicación de las normas de DIPr español por parte de nuestros tribunales. Aunque el accidente ocurriera en Marruecos, la competencia debería basarse en lo que, en su día, establecían los arts. 9 y 11.2 del Reglamento 44/2001 (en la actualidad, arts. 11 y 13.2 del Reglamento 1215/2012⁵) donde se regula un régimen específico para las acciones directas en materia de seguros. Así, los perjudicados pueden plantear una acción directa contra el asegurador ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su domicilio, siempre que esta sea posible en virtud de la ley aplicable según las normas de DIPr del foro⁶. Este *forum actoris* otorga la posibilidad de demandar a la aseguradora del vehículo, presuntamente responsable, ante los tribunales españoles, al dirigirse la demanda contra Mapfre Familiar S.A., compañía domiciliada en España de acuerdo con lo que determinaba el art. 9.1 a) en relación con el 11.2 del Reglamento 44/2001 (11.1.a y 13.2 del Reglamento 1215/2012)⁷.

Tal determinación de la competencia judicial internacional en favor de los órganos jurisdiccionales españoles supone que la ley aplicable vendrá designada por la consideración de las normas de conflicto del CHACC. En virtud de lo dispuesto en el art. 11 del Convenio sus disposiciones sustituyen dentro de su ámbito de aplicación al art. 10.9 del Código civil y prevalecen sobre el Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ex art. 28.1 del Reglamento)⁸, deviniendo dicho Convenio la norma a considerar por tribunales españoles para localizar el derecho aplicable ante supuestos de DIPr donde el objeto sea la determinación de la responsabilidad civil derivada de un accidente de circulación por carretera⁹.

3. Sobre la primera cuestión del recurso de casación, referida a la correcta determinación del derecho aplicable al supuesto, todos los recurrentes interpretan que la ley que debe

⁴ 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, DO L 12, de 16 de enero de 2001.

⁵ Reglamento (UE) 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, DO L 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁶ Estas reglas de competencia permiten a los perjudicados (aun no siendo tomadores, asegurados ni beneficiarios) demandar a la entidad aseguradora ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio en la consideración de parte débil, otorgada a éstos por diversa jurisprudencia del TJUE, vid. GARAU SOBRINO, F., “Una sentencia digna de figurar en el museo de los horrores del Derecho internacional privado: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020”, *REEI*, núm. 40, diciembre 2020, p. 21.

⁷ Vid. Sent. AP de Madrid de 30 de enero de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:406).

⁸ LAFUENTE SÁNCHEZ, R., “Ley aplicable a los accidentes de tráfico transfronterizos: hacia una armonización mínima de las legislaciones nacionales en materia de plazos de prescripción”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, p. 497 y MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, núm. 140, 2009, pp. 7 y ss.

⁹ Vid. Sent. AP de Madrid de 4 de enero de 1994. El Convenio es una norma específica en esta materia y tiene un alcance general como determina su art. 1.1 prevaleciendo sobre el Reglamento 864/2007. Por tanto, los Estados miembros parte del Convenio determinarán la ley aplicable a estos supuestos en base a sus normas. Vid. ESPINELLA MENÉNDEZ, A., “Accidentes de circulación por carretera: del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) nº 864/2007 (“Roma II”)”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505 y ss.

regir el cálculo de la indemnización por los daños sufridos debe ser la ley española como determina el art. 4 a) CHACC. Para los damnificados al haber intervenido un solo vehículo y estar matriculado en un Estado (España) distinto a aquel donde ha ocurrido el accidente (Marruecos) es la ley del Estado de matriculación la que debe regular el supuesto. Sin embargo, una aplicación de la norma de conflicto del art. 4 a) del CHACC acorde con la finalidad de ésta y del principio de proximidad en que se inspira la excepción a la regla *lex loci* del art. 3¹⁰ nos lleva a otro resultado. En tal sentido, el art. 4 a) vincula la aplicación de la ley del lugar de matriculación, en supuestos en que solo ha intervenido un vehículo, al cumplimiento de una serie de circunstancias de la víctima directa que deben cumplirse para poder determinar la responsabilidad en base a dicha ley. Para el caso concreto, al tratarse de víctimas que viajaban como pasajeros, el requerimiento de la norma es: que su residencia habitual esté en un Estado distinto a aquel en que se haya producido el accidente¹¹. Dicha residencia se refiere a la víctima que ha sufrido directamente el daño, sin perjuicio de que la indemnización la solicite un derechohabiente, como en este caso¹². Además, dispone la posibilidad de la aplicación de distintos regímenes jurídicos para la determinación de la responsabilidad derivada del accidente y, expresamente, precisa que en caso de ser varias las víctimas, la ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas sobre la base de los distintos supuestos que plantea la norma de conflicto.

En este caso resulta acreditado que una de las víctimas tenía su residencia en España (D. Virgilio) y que la otra (D. Manuel) y la perjudicada (D.^a Florencia) residían en Marruecos. Tal extremo resulta de vital importancia a la hora de aplicar las normas de conflicto del CHACC puesto que, ante tal supuesto, hay que concluir que la ley aplicable a las reclamaciones relacionadas con una de las víctimas será la española y para las otras será la marroquí. La aplicación de la norma de conflicto especial del art. 4 a), lugar de matriculación cuando en el accidente solo intervenga un vehículo, condiciona su aplicación, como se ha visto, al hecho de que la víctima tenga su residencia habitual en un Estado distinto al del accidente, este es el caso de D. Virgilio, debiendo haberse aplicado la ley española. Sin embargo, esta excepción a la regla general de *lex loci* no opera si la víctima reside en el Estado donde se ha producido el accidente, aunque el vehículo esté matriculado en un Estado diferente; supuesto en que deberá ser aplicada la *lex loci*, ley del lugar del accidente, como determina el art. 3 del CHACC¹³. Este último es el caso de D. Manuel y D.^a Florencia. Los recurrentes fundamentan la aplicación de la ley española erróneamente considerándose en el presupuesto de aplicación del art. 4 al entender que la distinción entre víctima (pasajero) con residencia, o no, en el país en el que se produce el accidente, o con residencia en el país de matriculación, o la posibilidad de la aplicación de regímenes normativos distintos a las víctimas, no es relevante ya que

¹⁰ Vid. ESSÉN, E.W., *Report on the 1971 Hague Traffic Accidents*, <https://assets.hcch.net/docs/826ac363-4725-484a-9435-0f10802ba2b3.pdf>, p. 23. “The rule set out in paragraph a, providing for the application of the law of the State of registration when only one vehicle is involved in the accident constitutes an important exception to the principle of the application of the *lex loci*”.

¹¹ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19^a) de 6 de junio de 2012.

¹² Debe recordarse, en relación con los recurrentes en este supuesto, que el CHACC identifica a través de su regla general, art. 3, y norma especial, art. 4, la ley aplicable y después determina en su art. 8 que dicha ley determinará la transmisibilidad del derecho a la reclamación y las personas que pueden accionarla.

¹³ *Ibid.* ESSÉN, E.W., *Report on the 1971 Hague Traffic Accidents...*, p. 16.

cuando el conductor tenga su residencia en el Estado de matriculación será la ley de dicho Estado la que deba ser aplicada. El Convenio realiza la excepción a la regla *lex loci* del art. 3 para determinar la aplicación de una ley distinta a la del lugar del accidente (la del Estado de matriculación), en base al principio de proximidad como se anticipó, pero solo cuando es coincidente con la del Estado en el que la eventual víctima tenga su residencia habitual con independencia de donde tenga dicha residencia el conductor.

Esta cuestión resulta relevante ya que la ley aplicable en función de ambas normas de conflicto (arts. 3 y 4 del CHACC) determinará la responsabilidad y regirá sobre todas las cuestiones que reglamenta el art. 8 del Convenio. Tal planteamiento es el utilizado por las distintas instancias y, por tanto, las indemnizaciones fueron calculadas mediante la aplicación del Derecho marroquí (supuesto de D. Manuel y D.^a Florencia) y español (supuesto de D. Virgilio). Sin embargo, a pesar de tal conclusión, tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial, dadas las dudas sobre su residencia, no se aplicó, erróneamente, la norma del art. 20 de la LCS española en el caso de D. Virgilio para satisfacer los intereses de mora, cuestión que trataremos posteriormente.

4. La segunda cuestión en que los recurrentes basan el recurso de casación, referida al régimen y carga de la prueba del Derecho extranjero, alude al hecho de que la jurisprudencia del TS determina que es necesario acreditar su alcance e interpretación, no solo la exacta entidad del Derecho vigente. Este motivo, segundo del recurso de casación interpuesto por las partes, es inadmitido respecto a una de ellas (D. Manuel y D.^a Florencia) y admitido respecto a la otra (D. Virgilio). Esta posición del TS, en relación con el recurso de los herederos de D. Manuel y el de D.^a Florencia, se basa en la consideración de que el Derecho extranjero (marroquí) había sido debidamente acreditado a través de la identificación del texto legal vigente aplicable al caso. Además, la norma extranjera fue remitida por la embajada de Marruecos y acompañada de la correspondiente traducción por intérprete jurado en el recurso de apelación. En todo caso, ante supuestos como este, si la parte recurrente entendió en el proceso que resolvió el recurso de apelación que no era ese el Derecho extranjero aplicable o que era incorrecta su interpretación también podía haber practicado alguna prueba al respecto en orden a acreditar que eran otras las normas o que la interpretación no era la correcta¹⁴.

En el caso de la otra parte recurrente (los herederos de D. Virgilio) la AP de Murcia determinó que la aplicación del Derecho español estaba condicionada a que la víctima tuviera su residencia en España y que, aunque para acreditar tal punto de conexión, se presentó tarjeta de residencia en vigor en nuestro país, sin embargo, el domicilio que figuraba en el atestado y en la partida de defunción respecto a esta víctima era Marruecos. Esta consideración hizo que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial se pronunciasen erróneamente respecto a una de las peticiones realizadas por los recurrentes. El TS enmienda tal consideración y recuerda que la residencia en España del causahabiente quedaba acreditada en el documento expedido por las autoridades españolas y fue expresamente proclamada por el auto de 2 de febrero de 2012, resolutorio de la declinatoria promovida por la aseguradora. Por tanto, no entró a examinar este

¹⁴ Sent. AP de Murcia de 11 de abril del 2017 - ECLI:ES:APMU:2017:806

motivo, respecto a esta parte recurrente, ya que el Derecho aplicable es el español y no un Derecho extranjero.

5. La tercera cuestión objeto de recurso de casación, vinculada a la aplicación del derecho que rige cada supuesto, es la imposición o no de los intereses que establece la LCS española, concretamente lo que determina su art. 20. De nuevo hay que diferenciar entre ambas situaciones.

En el caso de los herederos de D. Virgilio, la parte recurrente sostiene que se ha producido una infracción del art. 20 de la LCS y se ha resuelto en la anterior instancia contrariamente a la doctrina jurisprudencial interpretativa de este precepto en relación de la existencia de causa justificada para liberar a la compañía de seguros de la condena a satisfacer el interés legal que determina el art. 20 de la LCS. En relación con este motivo de casación, los recurrentes manifestaron que el proceso no es un óbice para no imponer tales intereses constatando que no existe causa justificada de exoneración para el pago de estos, cuando no se discute la realidad del siniestro ni su cobertura, sino su cuantía o la concurrencia de culpas. En este sentido, la posición de la compañía Mapfre Familiar S.A. fue, avalada por varias resoluciones judiciales, continuar con su reticencia a liquidar un siniestro. Hay que recordar que el daño a indemnizar consistía en el fallecimiento de una persona, lo que no requiere mayores comprobaciones que constatar la realidad de la muerte de la víctima, extremo que nunca se cuestionó, para aplicar el sistema de cálculo de indemnizaciones o, al menos, consignar por parte de la aseguradora las cantidades correspondientes a disposición de los herederos. Pues bien, como ya se ha expuesto anteriormente, en el supuesto del recurso de los herederos de D. Virgilio la ley aplicable al conjunto de la reclamación e indemnizaciones es la española, como bien determina el TS en su resolución, lo que supone que no concurre causa justificada para liberar a la compañía de la obligación de satisfacer los intereses del art. 20 de la LCS, al haber incurrido en mora en la liquidación del siniestro con respecto a dichos perjudicados, sin que quepa extrapolar la situación de estos recurrentes a las otras víctimas, pues cada grupo de perjudicados está sometido a distintos regímenes jurídicos en aplicación del CHACC.

En el caso de los herederos de D. Manuel y la lesionada, D.^a Florencia, este motivo de casación es inadmitido. Como ya se ha expuesto, la responsabilidad con respecto a estos recurrentes se debe determinar mediante la aplicación del Derecho marroquí (ex art. 3 del CHACC), como hizo el Juzgado de Primera Instancia en decisión ratificada por la AP de Murcia. En este caso, los órganos jurisdiccionales españoles aplicaron un Derecho extranjero debidamente acreditado y con base al cual se fijaron las indemnizaciones correspondientes. Por tanto, si resulta aplicable el Derecho marroquí, es imposible entender que la aseguradora tenga la obligación de consignar o pagar intereses moratorios en base a lo que determinan las normas españolas en materia de contratos de seguro (LCS) y no puede entenderse que exista obligación de consignar o pagar intereses moratorios en aplicación del art. 20 de la citada ley. De otro lado, aunque puede interpretarse con este motivo de casación, por sus fundamentos, que la intencionalidad de la parte recurrente era que se integrase el Derecho extranjero aplicable al supuesto (marroquí) con el español, mediante la aplicación de una disposición legal de este último (art. 20 de la LCS), de manera que regule el resarcimiento del daño (el marroquí) y la mora de la aseguradora (el español), tal planteamiento es imposible. Al tratarse de distintas unidades normativas, que

constituyen cuerpos legales independientes, no es posible “la aplicación conjunta de ambos bloques normativos para liquidar el mismo siniestro”, como expone el TS en su resolución. El Derecho marroquí resulta designado por el art. 3 del CHACC para regular la responsabilidad en este supuesto y, por tanto, si con arreglo al mismo la parte recurrente tiene derecho a exigir intereses moratorios a Mapfre familiar S.A., el motivo de la casación, para la reclamación de dichos intereses, debería haber sido la incorrecta aplicación por la Audiencia Provincial del Derecho extranjero designado por nuestra norma de conflicto.

6. Finalmente, los recurrentes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal. Este no fue admitido por el TS en el caso de los herederos de D. Manuel y D.^a Florencia. Sin embargo, sí fue admitido a trámite para su resolución el de los herederos de D. Virgilio, si bien el TS estimó, respecto a motivos que fundamentaban el recurso, que no había infracción de las normas procesales reguladoras en la sentencia de la AP (arts. 209 y 218 de la LEC) y que no se había vulnerado el art. 24 de la CE. El TS recuerda a la parte recurrente que otorgar menos de lo solicitado no constituye infracción de incongruencia y que la Audiencia dio una respuesta motivada a su pretensión y, por tanto, no vulneró el art. 24.1 CE.

EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 36/2021, DE 18 DE FEBRERO DE 2021

CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL CONFLICTO

1. La materia relativa a las adopciones internacionales se encuentra regulada en el Derecho español en normas procedentes de distintas fuentes, tanto nacionales como internacionales. Entre las mismas cabría destacar, en primer lugar, el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional¹ (Convenio de La Haya en adelante). En segundo lugar, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional² (LAI en adelante), desarrollada en algunos de sus aspectos por el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional³ (RAI en adelante). Y, en tercer lugar, junto con estas normas de origen convencional y estatal, resulta imprescindible mencionar también la legislación autonómica que resulte pertinentemente aplicable, ya que las Comunidades Autónomas (CCAA en adelante) gozan de un elevado grado competencial en materia de protección de menores en el marco de la asistencia social a la que se refiere el artículo 148.1.20 de la Constitución Española (CE en adelante), siendo su intervención esencial en este contexto en calidad de Autoridades Centrales como se indica en el instrumento de ratificación del citado Convenio de La Haya.

2. La regulación de las adopciones internacionales en nuestro país sufrió una profunda reforma en el año 2015 como consecuencia de la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴. Entre otros aspectos, esta reforma conllevó una mayor centralización de competencias en este ámbito por medio de la transferencia a la Administración General del Estado (AGE en adelante) de determinadas funciones anteriormente atribuidas a las CCAA. Las novedades introducidas generaron un conflicto competencial entre las dos administraciones, provocando la reacción de algunos gobiernos autonómicos como el catalán, que recurrió el RAI (que encuentra su base en la Disposición final decimoctava

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universitat de València (carmen.azcarraga@uv.es).

¹ BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

² BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

³ BOE núm. 81, de 4 de abril de 2019.

⁴ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

de la Ley 26/2015)⁵ ante el Tribunal Constitucional (TC en adelante) asegurando que invadía competencias autonómicas desarrolladas en el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

3. El recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña plantea un conflicto positivo de competencia contra los artículos 5, 6, 7, 8.2, 3 y 4, 10, 11, 12 a 36, 38.2 y 4, 39.3.b), 4.c) y 4.e) del Reglamento y –por conexión– la disposición transitoria única y la disposición final primera del mismo. Fue admitido a trámite en julio de 2019 a los pocos días de entrar en vigor el RAI y el conflicto ha sido recientemente dirimido por Sentencia 36/2021, de 18 de febrero de 2021⁶. La decisión comienza señalando los antecedentes y las posiciones de las partes.

4. Con carácter general, el Gobierno catalán argumenta en la demanda que la doctrina constitucional sobre la competencia estatal en materia de relaciones internacionales rechaza la identificación de esta materia con cualquier tipo de actividad con alcance o proyección exterior. Tampoco cabe identificar cualquier función con trascendencia exterior en el procedimiento de adopción internacional con una actuación propia de la facultad de coordinación estatal. De lo contrario se estaría vaciando de contenido las competencias de las CCAA, que pueden llevar a cabo actividades con proyección exterior en el ejercicio de sus competencias sin perturbar ni condicionar la política exterior del Estado. El Estado no puede sustituir a las CCAA en el desarrollo normativo que deriva de los instrumentos internacionales, ni reservarse las medidas de ejecución de los mismos, más allá de las que sean propias de la función de coordinación de la acción exterior.

5. Por su parte, el abogado del Estado interesó la íntegra desestimación del conflicto en las alegaciones presentadas en septiembre de 2019 haciendo constar que el título estatal prevalente se recoge en el artículo 149.1.3 CE relativo a la competencia exclusiva del Estado sobre las relaciones internacionales. El Reglamento impugnado desarrolla un conjunto de previsiones legales que afectan a la política exterior, por lo que corresponde al Estado la realización de las actividades con proyección exterior en este ámbito. Diversos preceptos impugnados no guardan conexión con el territorio de la comunidad autónoma para vincular suficientemente la competencia a ejercer en los términos de la doctrina constitucional sobre la territorialidad de las competencias autonómicas.

6. Los argumentos anteriores constituyen la base de las alegaciones de las partes y se ampliarán más adelante dentro de cada una de las cuestiones abordadas en la sentencia. A continuación se proporciona el sentido del pronunciamiento del Tribunal con el objetivo de conocer de antemano y de una forma general la decisión adoptada y posteriormente proceder a ese análisis más detallado de las principales cuestiones discutidas.

⁵ Disposición final decimoctava de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: “*El Gobierno llevará a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la presente ley*”.

⁶ BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021. ECLI:ES:TC:2021:36.

II. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

7. El TC recuerda en el Fundamento Jurídico 4 (FJ en adelante) que ha abordado en diversas ocasiones la relación existente entre las actividades de las CCAA con proyección exterior y el alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales. Entre otros aspectos, trae a colación la doctrina constitucional que permite actuaciones de las CCAA no solo fuera de su territorio sino incluso más allá de las fronteras españolas para llevar a cabo correctamente las funciones que tengan atribuidas. Al mismo tiempo, dentro de la competencia estatal se sitúa la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen esas acciones autonómicas con el fin de evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la política exterior. Esta competencia estatal de coordinación presupone la previa existencia de competencias autonómicas, que el Estado debe respetar evitando que dicha función de coordinación las deje vacías de contenido. Con base en esta premisa, el TC considera que la presente controversia gira en torno a dos aspectos: por un lado, la legítima proyección exterior de la competencia autonómica en la fase administrativa de la adopción internacional y, por otro lado, la necesaria actuación coordinadora del Estado orientada a salvaguardar la política exterior, dentro de la cual debe enmarcarse la actividad internacional de las CCAA.

8. Como consecuencia de lo anterior, según sigue señalando el TC en ese mismo FJ, la decisión del conflicto requiere delimitar “en cada caso” si la normativa estatal impugnada responde a las anteriores premisas o, por el contrario, desborda los límites trazados por la doctrina constitucional, invadiendo consecuentemente el ámbito competencial autonómico en materia de servicios sociales y protección de menores. Junto con ello, descarta con carácter general la pertinencia del argumento del abogado del Estado relativo a la supraterritorialidad como fundamento de la norma impugnada al constituir doctrina constitucional consolidada que este elemento no representa por sí mismo un criterio atributivo de competencia y que ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

9. El análisis realizado por el Tribunal sobre la adecuación de la normativa impugnada a la doctrina constitucional da lugar a la estimación parcial del conflicto positivo de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña (con un Voto particular), declarando la inconstitucionalidad y nulidad de ciertos incisos tanto de la LAI como del RAI con los efectos establecidos en el FJ 16: las declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad no afectarán a las situaciones jurídicas consolidadas, procediendo además diferir los efectos de la nulidad por el plazo de un año a partir de la publicación de la sentencia.

10. Las disposiciones afectadas por este pronunciamiento se refieren principalmente a los organismos acreditados para la intermediación en la adopción internacional (funciones, obligaciones, acreditación, seguimiento y control), al contrato homologado entre estos y las personas que se ofrecen para la adopción y al Registro de organismos y reclamaciones e incidencias. Por el contrario, se desestima el conflicto de competencia en las restantes cuestiones planteadas por el Gobierno de Cataluña, a saber, la adopción de acuerdos bilaterales de carácter administrativo, la iniciación, suspensión y paralización de los expedientes de adopción internacional y el establecimiento y la distribución del número máximo anual de expedientes que es posible tramitar en un determinado país.

11. Se abordarán a continuación todas esas cuestiones diferenciándolas en esos dos grupos, según los artículos que las regulan se hayan visto afectados o no por el pronunciamiento.

III. LAS PRINCIPALES CUESTIONES DISCUTIDAS

12. En primer lugar, dentro de los aspectos cuya pretensión de inconstitucionalidad ha sido desestimada (regulados pues en preceptos no declarados inconstitucionales), ha sido objeto de recurso el artículo 5 RAI relativo a los acuerdos bilaterales de carácter administrativo en materia de adopción internacional. Dicho precepto atribuye a un órgano estatal la firma de esta clase de acuerdos, lo que desde la perspectiva del Gobierno de Cataluña desborda el ámbito de la función coordinadora del Estado en materia de relaciones internacionales ya que contraviene el artículo 52 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales⁷, que reconoce a las CCAA competentes por razón de la materia la capacidad de celebrar acuerdos internacionales de contenido técnico, en ejecución y concreción de un tratado internacional, cuando el propio tratado lo prevea. Según se asegura en el recurso, esta previsión sería aplicable a los acuerdos internacionales de carácter administrativo en materia de adopción internacional ya que se refieren a la parte administrativa de la adopción, que corresponde al ámbito competencial de las CCAA.

El abogado del Estado, por su parte, se refiere en primer lugar al fundamento de tales acuerdos, que proviene del artículo 39.2 del Convenio de La Haya, en virtud del cual: “2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas (...)”. De esta disposición extrae, primero, que no se trata de un acuerdo administrativo sino de un acuerdo bilateral entre Estados; y, segundo, que su contenido material va más allá de la tramitación del expediente administrativo de la adopción ya que habilita para regular aspectos competenciales y sustantivos de la adopción internacional, siendo pues susceptible de originar nuevas obligaciones frente a poderes públicos extranjeros. El Convenio de La Haya permite además que estos acuerdos desplacen parcialmente el contenido de este texto internacional, por lo que su celebración requiere el mismo *ius ad tractatum* que el propio convenio que modifica. Por todo lo anterior, considera que esta disposición se ajusta a la competencia estatal del artículo 149.1.3 CE.

Partiendo de las alegaciones anteriores así como de las disposiciones correspondientes del Convenio de La Haya y de la citada Ley 27/2014, el TC concluye en el FJ 5 que aun correspondiendo al Estado la competencia para celebrar esos acuerdos para favorecer relaciones recíprocas con otros Estados en virtud del artículo 5 RAI (*ex* artículo 149.1.3 CE), ello no excluye la también competencia autonómica para suscribir convenios administrativos vinculados a la proyección exterior de sus atribuciones estatutarias en materia de servicios sociales y protección de menores, por lo que no se produce la

⁷ BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

invasión competencial denunciada y procede desestimar la impugnación del artículo 5 RAI.

13. La segunda cuestión objeto de recurso que ha sido desestimada se refiere a la competencia para iniciar, suspender y paralizar expedientes de adopción con un determinado país. Estas competencias son atribuidas a un órgano de la AGE en los artículos 6, 7 y 8 RAI a pesar, según defiende la Generalitat de Cataluña, de que se trata de funciones ejecutivas que hasta la reforma de la LAI en 2015 venían ejerciendo las CCAA en el marco de sus competencias en materia de protección del menor. La necesaria dimensión internacional de la decisión, continúa la recurrente, podría justificar el establecimiento de un mecanismo de coordinación pero no la atribución directa de estas decisiones al Estado.

El abogado del Estado, sin embargo, señala que estos preceptos traen causa del artículo 4 LAI, que los incluye en la política exterior. Asegura que las funciones descritas, referidas a los países de origen de los menores, no solo tienen alcance supraterritorial autonómico, sino que carecen de toda conexión con intereses circunscritos al territorio de la comunidad. Son competencias previas a la tramitación administrativa del procedimiento de adopción y que inciden o pueden incidir de forma directa en la política exterior del Estado, por lo que encaja en el artículo 149.1.3 CE.

Así lo ha entendido nuevamente el TC en el FJ 6. El establecimiento de la lista de países excluidos de la adopción internacional en cada momento es una decisión que repercute de forma directa en la política exterior del Estado, lo que encuentra acomodo en dicho precepto constitucional. Se trata además de una exclusión que afecta a todo el territorio del país de origen (que no admite fragmentación) y carecería de sentido que las circunstancias que dan lugar a adoptar este tipo de decisiones fueran impeditivas para algunas CCAA y no para otras. En la misma línea, decidir si procede iniciar la tramitación de adopciones en un determinado país es asimismo una decisión estatal de carácter general que complementa la lista de países excluidos. De este modo, considera el TC que tanto la lista de países excluidos como la correlativa de países en los que sí se permite tramitar adopciones encuentran clara cobertura en el artículo 149.1.3 CE. Una vez adoptada esta decisión general por parte del Estado, la aplicación de sus efectos en cada expediente corresponde a las CCAA, por lo que, de nuevo, procede desestimar la impugnación de los artículos 6, 7 y 8 RAI.

14. También fueron objeto de recurso, aunque se desestimó, los artículos 10 y 11 RAI, reguladores del número máximo de expedientes a tramitar anualmente en un concreto país. La Generalitat defiende, entre otros aspectos, que la determinación de los expedientes que se tramitan anualmente en un determinado país de origen al amparo del Convenio de La Haya se integra en el sistema normal de relaciones entre las autoridades centrales designadas por el Estado –esto es, las CCAA según el instrumento de ratificación del convenio- y el Estado de adopción y así se ha venido asumiendo directamente por la Generalitat durante el largo periodo de vigencia del convenio anterior a este conflicto.

Una vez más, no comparte esta visión el abogado del Estado, quien asegura que la determinación del número máximo de nuevos expedientes es una decisión de alcance general a adoptar sobre cada país de origen que desborda claramente la territorialidad como límite de las competencias autonómicas. La intervención de las CCAA se articula a través de la consulta en el órgano estatal correspondiente y se considera colmada esta necesidad con dicho trámite.

En relación con esta discrepancia, el TC desestima la pretensión de la recurrente en el FJ 7 con base en la necesaria coordinación que debe existir para encajar las solicitudes generadas en distintas CCAA y las necesidades manifestadas por cada país de origen con la finalidad de alcanzar la acción conjunta que exige el establecimiento del cupo máximo en cada país. El órgano decisorio (que cuenta con participación autonómica) y el procedimiento de coordinación se consideran idóneos al hacer posible una acción conjunta e integrada. Además, las disposiciones impugnadas incorporan reglas que garantizan la objetividad del sistema de distribución y garantizan la coordinación.

15. Pasamos al segundo grupo de cuestiones abordadas en la sentencia, esto es, aquellas reguladas en preceptos o incisos de la LAI o del RAI que sí han sido declarados inconstitucionales. En primer lugar, destacan aquellas referidas a diversos aspectos de los organismos acreditados para la intermediación. Según la Generalitat de Cataluña la regulación del ámbito de actuación de los organismos acreditados, el procedimiento para su acreditación, la determinación de sus funciones pre y post adopción –en España y en el país de origen–, su régimen económico y financiero, así como su régimen de control y seguimiento se integrarían en la fase administrativa de la adopción internacional y, por lo tanto, en el ámbito de la competencia autonómica de protección del menor.

Por lo anterior, considera que se deberían articular mecanismos de coordinación entre administraciones públicas sin alterar el régimen de distribución de competencias, como hacen los artículos 17 a 32 RAI, así como la disposición transitoria única, al atribuir al Estado todas las decisiones sobre el procedimiento de acreditación limitando al mismo tiempo la intervención de las CCAA a la mera consulta. En cuanto a los artículos 33 a 36 reguladores del seguimiento y control de la actividad de estos organismos, el Gobierno catalán reivindica su competencia no solo para desarrollar esa función en el territorio de la comunidad sino también en los países de origen de los menores. Lo contrario, tal y como recoge el artículo 33.1 RAI, vacía de contenido la competencia atribuida en el apartado 2 de dicho precepto por la cual se atribuye a las CCAA el seguimiento y control de la tramitación de los expedientes de adopción de los adoptantes residentes en su territorio.

El abogado del Estado argumenta, por el contrario, que la centralización de la acreditación y su correlativa eficacia en todo el territorio nacional responde a una mejora del sistema a la vista de los cambios acaecidos en la adopción internacional en los últimos años, como expone la memoria de análisis de impacto normativo del RAI⁸. La participación de las

⁸ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, “Memoria de análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional”, 22.11.2017. En la misma se señalaba que en el momento de su gestación tanto el número

CCAA se articula a través del órgano estatal en el que se propone su participación y es por ello que se justifica adecuadamente la utilización de la supraterritorialidad como criterio de atribución de competencias al Estado. Por otro lado, asegura que el sistema dual de seguimiento y control recogido en el artículo 33 RAI se ajusta estrictamente al alcance territorial de las competencias autonómicas y responde asimismo a las propias funciones de la comunidad autónoma como autoridad central de acuerdo con el artículo 20 del Convenio de La Haya. El seguimiento de cada expediente no puede confundirse con el seguimiento general de la actividad que desarrollen los organismos acreditados en el país de origen, que desbordaría la competencia autonómica y su propia función como autoridad central.

El TC aborda las cuestiones relativas a los organismos acreditados en los FJ 8 a 11 y 13, cuyos razonamientos conllevan la inconstitucionalidad tanto de ciertos incisos de la LAI (artículos 7.2, 7.7 y 8.1 LAI) como del RAI (artículos 13 a 30, 33 y disposición transitoria única RAI). Uno de los aspectos a destacar se refiere a la competencia para decidir sobre su acreditación, una función que la nueva regulación trasladaba a la AGE pero que vuelve a ser autonómica tras el pronunciamiento del TC: tanto la acreditación como las funciones instrumentales o conexas se consideran una manifestación de las competencias ejecutivas autonómicas en materia de servicios sociales y protección de menores, de ahí que, aun siendo susceptibles de coordinación estatal, no pueden ser sustraídas de la esfera de acción de las CCAA. En la misma línea, el TC ha considerado que las CCAA disponen de competencia para su regulación salvo aquellas medidas que puedan afectar directamente a la política exterior del Estado (por ejemplo, la exigencia de velar por la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de menores). No se considera, sin embargo, que el ámbito territorial nacional de actuación de los organismos una vez acreditados por una comunidad vulnere la autonomía de las comunidades restantes (FJ 11). Finalmente, en cuanto a su seguimiento y control, el TC ha considerado que, efectivamente, la atribución al Estado del control de la actividad que realizan estos organismos en los países de origen excede de su competencia.

16. La segunda cuestión recurrida que ha sido declarada inconstitucional se enmarca en el modelo de contrato entre los organismos acreditados y las familias que se ofrecen para la adopción. Al parecer de la parte recurrente los artículos 31 y 32 RAI regulan el modelo básico de contrato con un excesivo grado de detalle y ello no puede ampararse en el título competencial estatal de las relaciones internacionales ya que ni las partes del contrato son sujetos de Derecho internacional ni su contenido es susceptible de generar obligaciones o responsabilidades de índole internacional para el Estado. Por el contrario, esta cuestión se integra en la función administrativa autonómica de control.

El abogado del Estado señala al respecto que en el artículo 32 RAI se incorporan únicamente menciones generales sin predeterminedar un contenido obligacional concreto. Por ello, asegura que esta regulación deja margen de desarrollo a las CCAA para especificar su contenido y que la atribución de la competencia para la homologación a la

de expedientes en espera de recibir una asignación (6.904 a 31 de diciembre de 2015) como el número de organismos acreditados de intermediación (39) no era acorde con el número de adopciones que se constituían (799 en el 2015).

comisión delegada en la que encuentran representación las CCAA enerva cualquier vulneración de competencias ejecutivas autonómicas. En la misma línea, el TC ha considerado que la atribución de dicha competencia a ese órgano mixto con participación autonómica, junto con el estándar mínimo regulado que permite ampliar o complementar a las CCAA, supone un “instrumento de colaboración” adecuado que garantiza la aplicación de estándares comunes a organismos acreditados por diferentes CCAA reduciendo al mínimo la afectación de las competencias autonómicas. El único inciso declarado inconstitucional ha sido el artículo 32, apartado 2 j) sobre la cláusula de revisión económica del contrato ya que en el mismo se atribuye a un órgano estatal una concreta tarea ejecutiva.

17. Finalmente, la tercera y última cuestión a abordar en el segundo grupo que engloba los aspectos declarados inconstitucionales afecta al Registro nacional de organismos acreditados y de reclamaciones e incidencias. En sus alegaciones el abogado del Estado no se refirió en concreto a este aspecto del recurso, respecto del cual el Gobierno catalán reivindicó que la intervención estatal se limitara a aceptar las propuestas de inscripción que le trasladaran las CCAA en el ejercicio de sus competencias ejecutivas. No se cuestiona la competencia estatal para crear y estructurar el registro sino la previsión del artículo 38 (y no 28 *sic*), sección primera, donde la inscripción de los organismos debería derivar de la comunicación de los órganos competentes de las CCAA. La misma invasión de competencias se reputa del artículo 38.4 RAI (que contiene asimismo una referencia a la acreditación estatal), así como del artículo 39 RAI en el ámbito de las reclamaciones.

El TC recuerda, en primer lugar, que constituye doctrina constitucional consolidada que el Estado puede establecer los registros administrativos que estime necesarios para ejercer sus competencias (distintas de la prevista en el artículo 149.1.8 CE), pero al regular su régimen jurídico ha de respetar las competencias ejecutivas de las CCAA. De ahí que, como tampoco denuncia la Generalitat, las previsiones sobre la creación de este Registro no susciten discrepancias, sino otras referidas a funciones de ejecución que se recogen en determinados incisos de los artículos 38 y 39 RAI declarados inconstitucionales.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

18. La Sentencia del TC 36/2021, de 18 de febrero de 2021, suscita un conflicto competencial entre el Estado y las CCAA en materia de adopciones internacionales de indudable interés. Desde el momento en que en esta clase de procedimientos intervienen órganos de las dos administraciones se hace imprescindible deslindar qué competencias corresponden a cada una de ellas, y lo anterior de conformidad con la Constitución y la doctrina constitucional preexistente que resulta de aplicación a este conflicto, como advierten tanto las partes como el Tribunal a lo largo de la sentencia.

19. Ahora bien, más allá de la adecuación constitucional de este reparto –lo que resulta sin duda esencial desde el punto de vista jurídico- considero necesario que la regulación vigente resultante de la reforma de 2015, la aprobación del Reglamento de 2019 y el pronunciamiento de esta sentencia coadyuve a alcanzar el fin perseguido por esta

institución como medida de protección del menor. Lo que necesitan tanto los menores adoptables (como, por ende, las familias que se ofrecen para la adopción) son procedimientos ágiles y con todas las garantías jurídicas que permitan identificar la familia más idónea para un concreto niño en el menor tiempo posible. En este sentido, la batalla jurídica emprendida por el Gobierno catalán no favorece la calma legal deseable en este terreno pero al mismo tiempo constituye una oportunidad para la reflexión.

20. Considerando el fallo del Tribunal podríamos preguntarnos, por ejemplo, ¿favorece al interés superior del menor que compete al Estado (y no a las CCAA) la determinación de los países en los que es posible iniciar procedimientos de adopción así como el número máximo de expedientes a tramitar anualmente en cada uno de ellos? Seguramente sí, la centralización de estos aspectos contribuye al fin antedicho. Por otro lado, ¿resulta favorable en el mismo sentido que los organismos acreditados por las comunidades autónomas puedan ejercer su actividad en todo el territorio nacional? Seguramente también. Sin embargo, ¿se considera positivo en los términos antedichos que las CCAA puedan supervisar la actividad de los organismos acreditados no solo en su territorio sino también en el país de origen? En mi opinión, no necesariamente. Al menos no más que la supervisión efectuada por órganos estatales.