

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

POR R. ARENAS GARCÍA, E. FERNÁNDEZ MASIÁ, A. FONT I SEGURA, F. F. GARAU SOBRINO Y M. HERRANZ BALLESTEROS

COORDINADA POR M.^a V. CUARTERO RUBIO*

SUMARIO:

ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES NACIONALES BAJO LA LUPA DEL CEDH: LA STEDH DE 14 DE ENERO DE 2020 EN EL ASUNTO *RINAU V. LITUANIA*

POR M. HERRANZ BALLESTEROS pp. 2-9

LA APLICACIÓN PROVISIONAL DEL ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA, HECHO EN BRUSELAS EL 5 DE MAYO DE 2020

POR E. FERNÁNDEZ MASIÁ pp. 10-16

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

POR F. F. GARAU SOBRINO pp. 17-24

“CONTEMPLAR LAS PALABRAS SOBRE EL PAPEL ESCRITAS, MEDIRLAS ...” (NOTA A LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020, AS. C-249/19)

POR A. FONT I SEGURA pp. 25-33

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN, MATERIA CIVIL O MERCANTIL Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS [A PROPÓSITO DE LA STJ (SALA PRIMERA) DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2020, AS. C-186/19, *SUPREME SITE SERVICES GMBH Y OTROS C. SUPREME HEADQUARTERS ALLIED POWERS EUROPE*]

POR R. ARENAS GARCÍA pp. 34-41

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

ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES NACIONALES BAJO LA LUPA DEL CEDH: LA STEDH DE 14 DE ENERO DE 2020 EN EL ASUNTO *RINAU V. LITUANIA*

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS*

I. HECHOS

1. El asunto *Rinau v. Lituania*¹ (en adelante asunto *Rinau*) es un claro ejemplo de la complejidad que los procesos de sustracción internacional de menores pueden alcanzar en su recorrido judicial². Confluyen en este caso decisiones: tanto de los tribunales nacionales -alemanes y lituanos-, como del TJUE³, quien resuelve, por primera vez aplicando el procedimiento prejudicial de urgencia (PPU)⁴, la cuestión prejudicial que plantea el Tribunal Supremo lituano. Y finalmente, como objeto de este comentario, el pronunciamiento adoptado por el TEDH, el 14 de enero de 2020, ante la demanda presentada por el señor Rinau y su hija frente al Estado lituano.

2. De forma muy breve los hechos del asunto traen causa en la retención ilícita que de la menor hace la progenitora en Lituania en agosto de 2006. Tras pasar unas semanas en Lituania la madre se niega a devolver a la niña a Alemania, Estado donde residía y donde se estaba resolviendo el proceso de divorcio entre los progenitores.

El progenitor solicita ante las autoridades lituanas la restitución de la niña en aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante CLH de 1980), así como del Reglamento (CE) nº 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (en adelante R. 2201/2003).

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la UNED.

¹ STEDH de 14 de enero de 2020. ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD001092609.

² En la propia decisión se apunta que en dos años las autoridades lituanas y alemanas han adoptado al menos treinta pronunciamientos en torno al caso.

³ STJCE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, Rec. 2008, p. I-05271. Sobre el mismo véanse los comentarios ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *REDI*, vol. LX, 2008, pp. 600-602; MUIR WATT, H., *RCDIP*, vol. 97, octubre diciembre 2008, pp. 881-886; SABIDO RODRÍGUEZ, M., “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro”, *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, pp. 1519-1527. CAAMIÑA, C., “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el asunto *Rinau*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2010, Vol. 2, Nº 2, pp. 222-235.

⁴ En relación al tratamiento del PPU *vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., “Aproximación al Procedimiento Prejudicial de Urgencia a través de la protección de los menores”, CEBRIÁN SALVAT, A., LORENTE MARTÍNEZ, I. (dirs.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, 2019, pp. 171-191.

En primera instancia la autoridad judicial lituana dicta una decisión de no retorno (el 12 de diciembre de 2006); sin embargo, en segunda instancia se acuerda la devolución de la niña al progenitor en Alemania (el 15 de marzo de 2007). Por su parte los tribunales alemanes otorgan la custodia al señor Rinau emitiendo un certificado relativo a la restitución de la menor en el marco del art. 42 del R. 2201/2003.

3. En consecuencia, en este caso existe una decisión de retorno de la menor adoptada conforme a los textos internacionales mencionados anteriormente, pero cuya ejecución queda frustrada durante mucho tiempo; de hecho, el retorno de la menor a Alemania no se produce hasta el año 2009. Ante esta situación, en febrero de ese mismo año, el señor Rinau y su hija interponen demanda ante el TEDH para que determine la posible infracción de los derechos fundamentales contenidos en el CEDH por parte del Estado lituano.

II. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

4. El objeto de la demanda presentada ante el TEDH se centra en la presunta infracción, por parte del Estado lituano, de los derechos protegidos en los arts. 6 y 8 del CEDH.

De un lado los demandantes argumentan como el fracaso en la actuación por parte de las autoridades lituanas, en aplicación de la normativa internacional sobre sustracción internacional de menores, ha derivado en la violación a su derecho a la vida privada y familiar; e igualmente sostienen que las decisiones adoptadas en Lituania habían sido politizadas, lo que suponía la violación del art. 6 del CEDH (derecho a un proceso justo).

La errónea elección de uno u otro fundamento jurídico en el que basar la demanda, aun siendo de gran relevancia, no conlleva su inadmisibilidad, sino que, como ha venido haciendo el TEDH, y en particular en supuestos de sustracción, es él quien decide cómo se han de calificar jurídicamente los hechos sobre los que se fundamenta la demanda.

En el asunto *Rinau* el TEDH determina la absorción en el art. 8 (derecho a la vida privada y familiar) del derecho garantizado en el art. 6 (derecho a un proceso justo)⁵; en consecuencia, el análisis del Tribunal se centra en la posible infracción del primero. Ello se asienta en la reitera la jurisprudencia del Tribunal en la que sostiene que aun siendo el art. 8 del CEDH un precepto que contiene un derecho más bien de contenido sustantivo, sin embargo, sirve de paraguas cuando la violación del derecho a la vida privada y familiar puede derivarse de determinadas actuaciones procesales -que quedarían comprendidas más bien en el art. 6 del CEDH-⁶.

Lo cierto es que el TEDH en el asunto *Rinau* no explica qué elementos permiten la absorción de un precepto por el otro, es decir no se detiene en determinar los motivos que

⁵ Párrafos 151 y 152.

⁶ Un excelente análisis sobre este aspecto puede verse en REQUEJO ISIDRO, M., "El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión", *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XVI, 1ª ed., junio 2017.

le llevan a emplear el art. 8 frente al art. 6 como fundamento jurídico de la demanda. Desde nuestra perspectiva esta forma de proceder corrobora la opinión de algunos autores que habían afirmado como para el Tribunal, en algunos supuestos, ambos preceptos han sido hasta *intercambiables*⁷.

5. Una vez establecido el derecho sobre el que se fundamenta la infracción alegada por los demandantes pasamos al análisis del razonamiento en el asunto.

6. En primer lugar, la posible violación del derecho fundamental relativo a la protección de la vida privada y familiar no es consecuencia de la normativa aplicada -el R. 2201/2003 y el CLH de 1980- sino de su interpretación y aplicación por parte de las autoridades nacionales. Por tanto, el papel del TEDH ha de centrarse en verificar la conformidad de las actuaciones de las autoridades nacionales con el CEDH cuando ejecutan las obligaciones asumidas como consecuencia de haber suscrito el CLH de 1980, o al aplicar el R. 2201/2003 como Estado miembro de la Unión Europea⁸ (hay que apuntar que este asunto únicamente se centra en el análisis de la interpretación y aplicación del CLH de 1980).

7. ¿Cuál es la actuación que el TEDH valora conforme al CEDH? En los supuestos de sustracción internacional de menores un importante número de demandas presentadas ante el TEDH traen causa en la propia decisión de restitución⁹, en su ejecución¹⁰, o en su inejecución.

En los casos de órdenes de devolución y su ejecución sería el progenitor que sustrajo al menor quien a buena lógica presentaría la demanda ante el TEDH¹¹; en el segundo caso, inejecución de la orden, el demandante sería el otro progenitor¹². Ahora bien, en ambas

⁷*Ibid.*

⁸ En definitiva, el TEDH hace una valoración del resultado y no pretende, como el propio Tribunal afirma en distintas ocasiones, sustituir a las autoridades nacionales, Sentencia del TEDH, en el asunto *Ilker Ensar Uyanik v. Turquía*, de 3 de mayo de 2012, núm., 60328/09, apdo. 54. Se ha valorado ese control de forma positiva al entender que además el TEDH “ha contribuido a aumentar la eficacia de dicho Convenio”, *vid.*, BOUZA VIDAL, N., “La integración del Convenio de La Haya de 1980 sobre la sustracción internacional de menores en el sistema europeo de Derechos Humanos”, ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2012, pp. 203-208, en espec., p. 207.

⁹ Así sucedió en el caso *X c. Letonia* resuelto por el TEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto núm. 27853/09. En este caso el TEDH entendió que la orden de restitución dictada por las autoridades lituanas había violado el derecho a la vida privada y familiar argumentado por las demandantes. Sobre el mismo véase el trabajo de RODRÍGUEZ PINEAU, E., “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (Nota a X. c Letonia)”, *Revista General de Derecho Europeo*, 33 (2014).

¹⁰ Este sería el asunto *Povse y Povse c. Austria* resuelto por el TEDH (Sección 1ª) de 18 de junio de 2013, núm. 3890/11. El Tribunal consideró que no había habido infracción del art. 8 del CEDH en la ejecución de la decisión de retorno de la menor dictada por las autoridades austriacas, quienes no paralizaron la restitución de la menor ante las alegaciones de las nuevas circunstancias de la niña.

¹¹ Este sería el supuesto abordado por el TEDH en su Sentencia del asunto *Maumousseau y Washington c. Francia* adoptada el 6 de diciembre de 2007, núm. 39389/05.

¹² Este sería el supuesto abordado por el TEDH en su Sentencia del asunto *Ignacollo-Zenide c. Rumanía* adoptada el 25 de enero de 2000, núm. 31679/96.

situaciones, y sea quien sea el demandante, suele recurrirse a la presunta infracción del derecho a la vida privada y familiar al interponer la demanda. En el asunto *Rinau* estaríamos ante el retraso en la ejecución de la orden de restitución de la menor a Alemania dictada por las autoridades lituanas.

Por tanto, lo que se valora por el TEDH es si la actuación de las autoridades lituanas ante el referido hecho -retraso en la ejecución de la orden de devolución de la menor a Alemania- supuso una infracción del art. 8 del CEDH.

El TEDH se detiene en el análisis del resultado, es decir en si este hecho supone o no una violación del derecho a la vida privada y familiar. Con ello aclara que, aunque las causas de dicha inejecución puedan ser ajenas a la actuación de las autoridades del Estado, esto no las exime de adoptar medidas que garanticen el cumplimiento del derecho a la vida privada o familiar de los demandantes¹³.

Esta situación conlleva la obligación por parte de las autoridades nacionales de adoptar medidas positivas o negativas en el marco de los instrumentos internacionales aplicables al supuesto, y que dichas medidas garanticen el derecho protegido en el art. 8 del CEDH¹⁴. Medidas que han de tomarse teniendo en cuenta el equilibrio de intereses entre partes, si bien en todas las decisiones ha de primar la consideración del superior interés del menor¹⁵.

8. ¿Qué aspectos pasan bajo la lupa del art. 8 del CEDH? Hay dos aspectos importantes en los que el TEDH se detiene en este asunto: de un lado el *tiempo* que emplean las autoridades lituanas en el cumplimiento de las obligaciones que asumen conforme al CLH de 1980; de otro lado, la posible *politización* del asunto en Lituania. En la valoración del TEDH sobre la posible infracción, por parte de las autoridades lituanas, del derecho fundamental protegido en el art. 8 del CEDH ambos elementos se encuentran conectados.

9. En cuanto al elemento temporal este ha sido siempre un aspecto que el TEDH ha analizado a la hora de determinar si las intervenciones de las autoridades nacionales en los casos de sustracción se habían ajustado a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados.

En el asunto *Rinau* el TEDH se detiene en la valoración del tiempo que se emplea, primero por parte de autoridades judiciales lituanas en primera y segunda instancia a la hora de decidir sobre la restitución o no de la menor; y, en segundo lugar, una vez dictada la orden de devolución, el Tribunal se centra en el análisis de la actuación de las autoridades lituanas (incluyendo al poder legislativo, ejecutivo y judicial) que retrasan el efectivo

¹³ Véase el apdo. 186. El TEDH entiende que es la progenitora quien con su actuación impide la ejecución de la orden; ahora bien, el Tribunal también apunta a que fueron las intervenciones de las autoridades lituanas las que en cierta medida alentaron la actuación de la progenitora (véanse los párrafos 211 y 174).

¹⁴ En relación a tales medidas el TEDH aportó una definición sobre las mismas en el asunto *Ignaccolo-Zenide c. Rumania*, apdo. 108; si bien, en el presente asunto el TEDH confiesa la dificultad de encontrar el límite entre las obligaciones positivas y las negativas bajo el art. 8 del CEDH, pero todas las medidas han de estar guiadas por el equilibrio entre los intereses de las partes teniendo como principal consideración el interés del menor (apdo. 188).

¹⁵ Siguiendo la jurisprudencia del TEDH por ejemplo asunto *Maumousseau c. Francia*, apdo. 62.

cumplimiento de la orden de devolución y que, finalmente, termina ejecutándose dos años después de la decisión de restitución adoptada en segunda instancia¹⁶.

10. En referencia a la actuación de las autoridades judiciales en ambas instancias, el TEDH centra su examen en la reconciliación de dos elementos: *primero*, en la interpretación y aplicación de la excepción al retorno del menor, prevista en el art. 13 párrafo 1 letra (b) del CLH de 1980; *segundo*, en el tiempo que emplean en adoptar una decisión.

Comenzando por la excepción al retorno de la menor, los Tribunales lituanos deniegan su aplicación. Se inclinan por una interpretación estricta de la excepción a la devolución del menor, contenida en el art. 13.1 letra b), con la que el TEDH está conforme. De hecho, siguiendo con su jurisprudencia, el TEDH se refiere a una lectura muy ajustada de la noción de grave riesgo para el menor acorde con el espíritu del CLH de 1980 que parte del principio de restitución inmediata¹⁷. Este criterio es seguido por las autoridades lituanas para ordenar la devolución de la menor a Alemania.

En relación al segundo elemento apuntado, el tiempo transcurrido, el TEDH sostiene que, aunque el tiempo empleado por las autoridades lituanas para adoptar sus decisiones en primera y segunda instancia sobre la devolución del menor haya excedido del establecido en las obligaciones convencionales, su actuación es conforme a las previsiones del art. 8 del CEDH. Su conclusión se basa en el hecho de que dichas autoridades han tenido que realizar un análisis detallado y necesario de la situación para adoptar una decisión que equilibre los distintos intereses siendo el interés del menor el criterio fundamental¹⁸. Dicho proceso justifica haber superado el tiempo que el CLH de 1980 da a las autoridades nacionales para decidir.

Una valoración distinta hace el TEDH sobre el tiempo transcurrido en la ejecución de la orden de devolución como consecuencia de la actuación de las autoridades nacionales. Su opinión es diferente en torno al referido retraso que sufre la ejecución de la decisión de retorno debido, por ejemplo, a la reapertura del procedimiento, ahora ante el Tribunal Supremo lituano, y la propia decisión de dicha autoridad de presentar cuestión prejudicial ante el TJUE¹⁹.

¹⁶ Hay que señalar que en este asunto finalmente la progenitora acaba trasladándose a Alemania con una nueva pareja. En Alemania el padre ostenta el derecho de custodia sobre la niña y la madre, a quien se concede el derecho de visita, va normalizando la situación con la menor. El primer hijo de la progenitora continúa residiendo en Lituania con su progenitor.

¹⁷ Véase en este sentido el asunto *X. c. Lituania*, donde el TEDH sostiene: “the notion of “grave risk” cannot be read, in the light of Article 8 of the Convention, as including all the inconveniences linked to the experience of return: the exception provided for in Article 13 (b) concerns only the situations which go beyond what a child might reasonably bear”, apdo. 191.

¹⁸ Párrafo 194.

¹⁹ Párrafo 219. El TEDH observa que con independencia de que se recurriera al PPU para resolver la cuestión prejudicial y que sin duda esta se resolviera en un tiempo muy reducido, la presentación de la cuestión prejudicial suponía de nuevo un retraso que perjudicaba al menor.

11. Unido a todo lo anterior los demandantes argumentan también la politización del asunto y la incidencia que ello tiene en el respeto al derecho fundamental del art. 8 del CEDH.

El TEDH se centra en analizar cómo las obligaciones positivas de protección de la vida privada y familiar no solo recaen en las autoridades judiciales del Estado, dichas obligaciones se extienden a todo tipo de autoridades²⁰. Así, el TEDH analiza la actuación de las distintas autoridades lituanas ante el proceso, y si del resultado de sus actuaciones se deriva o no la infracción del derecho a la vida privada y familiar que alegan los demandantes.

Para ello conforme sostiene el TEDH examina la responsabilidad del Estado en su actuación en base a las pruebas presentadas y aplicación del estándar de más allá de una duda razonable para adoptar su decisión.

Los elementos claves tenidos en cuenta por el TEDH son, entre otros, principalmente: actuaciones por parte de las autoridades lituanas con el propósito de crear vínculos artificiales de competencia entre el supuesto y las autoridades lituanas a fin de trasladar el conocimiento del fondo de asunto a la jurisdicción lituana²¹; la modificación que se produce de la normativa lituana a la medida del supuesto en cuestión, tanto para que el proceso pudiera ser abierto de nuevo ante el Tribunal Supremo lituano, como la modificación de la normativa relativa a la nacionalidad con objeto de que la menor pudiera obtener la nacionalidad lituana lo antes posible y mediante un procedimiento excepcional²², lo anterior con el fin de crear una vinculación mayor entre la menor y Lituania²³; las presiones por parte de diferentes autoridades a los servicios del *State Child Rights and Adoption Service's*, quienes informaron que el retorno de la menor a Alemania es conforme a su interés superior²⁴; el Ministerio de Justicia públicamente se pronunció en favor de que la sustractora recibiera toda la ayuda legal posible, en el marco de una serie de pronunciamientos que, conforme establece el TEDH, llevarían al demandante a desconfiar claramente del sistema judicial lituano²⁵.

Todas y cada una de las intervenciones fueron retrasando la ejecución de la orden de restitución de la menor, crearon no solo un clima muy adverso hacia el progenitor en Lituania, sino también alentaron la actitud de la progenitora y su comportamiento obstaculizador. Conforme a ello el TEDH establece que la actuación de las autoridades lituanas no cumple con lo que el art. 8 del CEDH requiere para proteger el derecho a la vida privada y familiar y, por tanto, declara la violación del referido derecho condenando por ello al Estado lituano.

²⁰ Párrafo 196.

²¹ Párrafo 202.

²² Párrafo 203.

²³ Párrafos 206 y 207.

²⁴ Párrafos 204 y 205.

²⁵ Párrafo 208.

12. Una última reflexión en torno al posicionamiento del TEDH y la referencia de nuevo al principio de reconocimiento mutuo en el marco al respeto a los derechos fundamentales del CEDH. En el asunto *Rinau* el TEDH vuelve a enfatizar el hecho de que los Estados parte del CEDH y miembros de la UE han de dar cumplimiento al referido principio cuando entiendan que los derechos del CEDH han sido suficientemente garantizados²⁶. Viene entendiendo el TEDH que el derecho de la UE proyecta una protección equivalente de los derechos contenidos en el CEDH y, en consecuencia, la aplicación por parte de las autoridades nacionales de la normativa de la UE se entenderá en principio respetuosa con los referidos derechos²⁷.

Ahora bien, el TEDH reitera su postura en relación a la protección de un derecho contenido en el CEDH cuando ésta no pudiera garantizarse con el Derecho de la UE. Así, la pertenencia del Estado a dicha organización y, por tanto, la aplicación obligatoria de su normativa no le exime de garantizar su protección²⁸; en caso de no hacerlo es posible el recurso al TEDH como garante de su cumplimiento.

III. CONCLUSIONES

13. ¿Aporta algo la sentencia *Rinau* a la jurisprudencia del TEDH en los supuestos de sustracción internacional de menores? En líneas generales:

Primero, el asunto *Rinau* vuelve a ser un ejemplo de la judicialización excesiva de estos supuestos a la que se suma el exceso de tiempo que se emplea en su efectiva resolución.

Segundo, la elección del fundamento jurídico en el que basar la demanda de nuevo es el art. 8 del CEDH, descartando, sin detallar los motivos, la inaplicación del art. 6 del CEDH.

Tercero, el análisis de la vulneración del derecho a la vida privada y familiar se hace a luz de los resultados y no de las causas que pueden provocar tal infracción. De forma que, aunque la causa de la posible infracción no esté en la interpretación y aplicación de la normativa por parte de las autoridades nacionales del Estado, éstas se encuentran obligadas a adoptar medidas que impidan la violación del referido derecho.

Cuarto, todas las autoridades nacionales de los Estados miembros del CEDH han de adoptar las referidas medidas positivas; por tanto, tales obligaciones no solo alcanzan al poder judicial sino también a las autoridades de los poderes ejecutivo, legislativo y aquellas otras que en otros ámbitos intervengan en estos procesos. Su intervención podrá

²⁶ Párrafo 189.

²⁷ Esta es la doctrina del TEDH recogida en la Sentencia *Povse y Povse c. Austria* (Sección 1ª) de 18 de junio de 2013, núm. 3890/11, conforme a la cual se parte de que la ejecución de obligaciones por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la UE respeta en principio los derechos establecidos en el CEDH, por tanto, la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y en este caso la ejecución de la decisión certificada conforme al art. 42 del R. 2201/2003 cumpliría con la garantía de respeto al derecho establecido en el art. 8 del CEDH. Véase un comentario muy interesante de JIMÉNEZ BLANCO, P., *REDI*, 2014/1, pp. 240-245.

²⁸ Párrafo 189.

ser objeto de análisis por el TEDH con el fin de valorar si la misma ha sido conforme al derecho a la vida privada y familiar previsto en el art. 8 del CEDH; se trata, por tanto, de una llamada a la responsabilidad en la actuación de todas las autoridades de los Estados parte del CEDH frente a estos supuestos.

LA APLICACIÓN PROVISIONAL DEL ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA, HECHO EN BRUSELAS EL 5 DE MAYO DE 2020

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA*

I. INTRODUCCIÓN

1. El Consejo de Ministros autorizó en su reunión del 4 de agosto de 2020 la aplicación provisional del Acuerdo para la terminación de los Tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea –en adelante “Acuerdo de Terminación”¹. El gobierno, con ello, utiliza la opción prevista en el art. 17 de dicho Acuerdo, donde se permite desplegar efectos antes de su entrada en vigor. Dos son las razones esgrimidas para esta decisión: a) en primer lugar, acabar con la incertidumbre que puede suponer un retraso en la ratificación tanto para los inversores europeos como para los Estados miembros y, b) que los inversores europeos siguen usando los Tratados bilaterales de inversión intracomunitarios para abrir procedimientos de arbitraje contra los Estados miembros y los tribunales arbitrales siguen admitiendo dichas reclamaciones. Esto último es especialmente relevante, tomando en consideración la litigiosidad en la que se está viendo envuelto el Reino de España en este ámbito durante los últimos años, a raíz del cambio radical que se produjo a partir del año 2008 en la política de promoción y desarrollo de las energías renovables, especialmente la fotovoltaica, con resultados dispares, por el momento, en cuanto a las condenas sufridas por nuestro país en los laudos arbitrales dictados hasta ahora².

2. Unos días más tarde, el 29 de agosto de 2020, ha entrado en vigor el Acuerdo de Terminación³. En efecto, este Acuerdo que fue firmado por 23 Estados miembros de la Unión Europea el 5 de mayo de este mismo año⁴, ya ha sido ratificado por Dinamarca (6 de mayo 2020) y por Hungría (30 de julio de 2020), y conforme al art.16.1, debía entrar en vigor treinta días naturales después de la fecha en que el depositario reciba el segundo instrumento de ratificación, aprobación o aceptación. Solamente Austria, Finlandia, Suecia e Irlanda –aunque este último Estado no es parte de ningún Tratado bilateral de inversión- no han firmado el Acuerdo de Terminación. Reino Unido tampoco lo ha firmado y, aunque ya no es Estado miembro desde el 31 de enero de 2020, el Acuerdo de retirada le obliga a aplicar el Derecho de la Unión hasta el 31 de diciembre de 2020 –periodo transitorio-. Hay que señalar a este respecto, que la Comisión Europea ha enviado

* Profesor Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Castilla-La Mancha (Enrique.Fdez@uclm.es).

¹ BOE nº 259, de 30 de septiembre de 2020.

² Sobre esta cuestión, *vid.* ALCOLEA CANTOS, J.M.; “Arbitrajes frente al Reino de España al amparo de la Carta de la Energía”, en *El arbitraje y la buena administración de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 721-737.

³ DOUE L 281, de 28.8.2020.

⁴ El texto del Acuerdo ha sido publicado en DOUE L 169, de 29.5.2020.

el 14 de mayo de 2020, una notificación formal tanto a Finlandia como a Reino Unido para que inicien las acciones necesarias para terminar con todos sus Tratados bilaterales intra-UE, con la amenaza de que, si en el plazo de cuatro meses no obtuviera una respuesta satisfactoria, se podría iniciar un procedimiento de infracción contra dichos Estados.

3. El objetivo de este Acuerdo de Terminación es claro. En su preámbulo, mientras que los Estados miembros están comprometidos en “*crear un entorno más previsible, estable y claro para incentivar las inversiones en el mercado interior*”, consideran que los Tratados bilaterales de inversión intra-UE y especialmente las cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados contenidas en dichos Tratados son contrarias al Derecho de la Unión Europea y, debido a esta incompatibilidad, no pueden aplicarse después de la fecha en que la última de las Partes en un Tratado bilateral de inversión intra-UE se haya convertido en Estado miembro de la Unión Europea. La decisión, por tanto, es firme: se acuerda la terminación de los 190 Tratados bilaterales de inversión celebrados entre las partes que actualmente están en vigor y, entre ellos, los 9 correspondientes a España como Estado contratante y que figuran en el Anexo A del Acuerdo de Terminación –que en realidad son 10 pues el Acuerdo con la Antigua República Federativa Checa y Eslovaca, de 12 de diciembre de 1990, debe entenderse referenciado a las relaciones bilaterales con la República Checa y con la República Eslovaca-.

4. En las próximas páginas se exponen los antecedentes que han conducido a la adopción de este Acuerdo de Terminación (II), se realiza un análisis de las líneas generales del contenido del mismo (III), terminando con una breve valoración (IV).

II. ¿POR QUÉ SE HA ADOPTADO ESTE ACUERDO DE TERMINACIÓN?

5. La Comisión Europea siempre se ha mostrado contraria a la existencia de los Tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, especialmente desde que el nuevo reparto de competencias derivado de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de enero de 2009, condujo a la asunción por parte de la Unión Europea de la competencia de manera exclusiva en materia de política comercial común, incluyendo a las inversiones extranjeras directas. Esta afirmación se puede corroborar, desde un primer momento, si se observa el papel activo que ha mantenido la Comisión Europea en muchos de los arbitrajes de inversión entablados conforme a Tratados bilaterales intra-UE interviniendo mediante la presentación de escritos “*amicus curiae*”⁵. Pero no encontró un apoyo relevante entre los Estados miembros ni tampoco se tomó en consideración en los laudos arbitrales dictados, hasta que el TJUE en su ya famosa sentencia *Achmea* de 6 de marzo de 2018⁶, señaló la incompatibilidad de las cláusulas de arbitraje inversor-Estado contenidas en estos Acuerdos Internacionales sobre Inversiones con el Derecho europeo. En concreto, el Tribunal de Justicia señaló que “*los artículos 267 TFUE y*

⁵ Vid. DIAS SIMOES, F., “A Guardian or a Friend? The European Commission’s Participation in Investment Arbitration”, *Michigan State International Law Review*, Vol. 25, nº 2, 2017, pp. 234-303.

⁶ STJUE de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, *Slowakische Republik/Achmea BV*. Puede consultarse sobre la misma y sus consecuencias, muy recientemente, LAMELA FERNANDEZ, M., “Perspectivas del arbitraje de inversiones en la Unión Europea”, en *El arbitraje y la buena administración de justicia*, op. cit., pp.705-720.

344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros,..., conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro”.

6. Esta sentencia supuso un empujón definitivo para que la Comisión Europea ejerciera mayor presión hacia los Estados miembros para que considerasen la terminación de sus Tratados bilaterales intracomunitarios. Así, la Comisión Europea lo pone de manifiesto muy poco después de la citada sentencia *Achmea*, donde se deja clara su postura en su Comunicación al Parlamento y al Consejo sobre la protección de la inversión intra-UE, de 19 de julio de 2018, declarándose que “*los inversores de la UE no pueden invocar los TBI intra-UE, que son incompatibles con el Derecho de la Unión y ya no son necesarios en el mercado único. No pueden recurrir a los tribunales arbitrales establecidos por esos TBI intra-UE ni, en caso de litigios dentro de la UE, a los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía*”⁷. A esta Comunicación le ha seguido el compromiso de 15 de enero de 2019 de los Estados miembros de la Unión Europea para la terminación de los Tratados de inversión intra-UE, así como el de esta misma fecha de la gran mayoría de ellos, para considerar que el ECT (Tratado de la Carta de la Energía) no pueda servir de fundamento para iniciar un arbitraje entre inversores de la UE y Estados miembros⁸.

7. En concreto, en la primera de estas declaraciones sobre las consecuencias legales de la sentencia del Tribunal de Justicia en *Achmea* y sobre la protección de la inversión en la Unión Europea, los Estados miembros se comprometen a terminar con todos los Tratados bilaterales de inversión entre ellos mediante un Acuerdo plurilateral, o en la medida que pueda entenderse más expeditivo por ambas partes, bilateralmente. Con ello se cumple con lo declarado por parte del TJUE en el asunto C-478/07 *Budějovický Budvar*, en donde se señala que las disposiciones contenidas en un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros no pueden aplicarse en las relaciones entre esos dos Estados si se constata que son contrarias a los Tratados de la Unión Europea.

8. Partiendo de este compromiso, y tras nueve reuniones preparatorias durante el año 2019, el 24 de octubre de 2019, los Estados miembros de la Unión Europea llegaron a un acuerdo sobre un tratado plurilateral para la terminación de los tratados bilaterales de inversión dentro de la Unión Europea, que fue finalmente firmado por 23 de ellos, como ya hemos señalado, el 5 de mayo de 2020.

⁷ COM (2018) 547 final, pp. 29-30.

⁸ Estos compromisos pueden consultarse en la dirección electrónica: https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en.

III. ¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE ESTE ACUERDO?

9. El Acuerdo de Terminación distingue entre las disposiciones relativas a los Tratados de inversión y la normativa aplicable a los procedimientos de arbitraje iniciados conforme a una cláusula de arbitraje contemplada en uno de esos Tratados bilaterales intra-UE.

10. En relación con los Tratados bilaterales de inversión intra-UE que están actualmente en vigor entre Estados miembros, se acuerda su terminación. La terminación de cada Tratado bilateral surtirá efectos desde el momento en que esté en vigor este Acuerdo de Terminación para ambas partes contratantes de aquel (arts. 2.1 y 4.2). Conjuntamente con ello y, para evitar los efectos de las cláusulas de remanencia o supervivencia (*sunset clauses*)⁹, que tradicionalmente se han venido incluyendo en los distintos Tratados de inversión, también se acuerda la terminación de las mismas (art. 2.2). Esta terminación de las cláusulas de remanencia incluye también, de acuerdo con el art. 3, a todas aquellas contempladas en los Tratados bilaterales de inversión intra-UE que ya no estaban actualmente en vigor porque las partes contratantes así lo habían querido (son los Acuerdos incluidos en el Anexo B del Acuerdo de Terminación). Por lo que hace referencia especialmente a España, hay que tomar en consideración, por tanto, la cláusula de remanencia incluida en el art. 12.3 del Tratado bilateral entre nuestro país y Polonia, de 30 de julio de 1992. Dicho Tratado, que ha terminado el 16 de octubre de 2019, contempla en su art. 12.3 la extensión de la protección de las inversiones efectuadas con anterioridad a dicha fecha, por un periodo de diez años más.

11. En relación con los procedimientos de arbitraje fundamentados en una cláusula contenida en un Tratado bilateral intra-UE, se parte de la idea de que este tipo de cláusulas de arbitraje son contrarias al Derecho de la Unión Europea, tal y como ha declarado el TJUE en *Achmea*, y por tanto no pueden servir de base jurídica para iniciar dichos procedimientos arbitrales. Sin embargo, a pesar de ello, el Acuerdo de Terminación distingue entre tres tipos de procedimientos de arbitraje, según en qué etapa se encuentren de su desarrollo, acordando diferentes efectos y consecuencias sobre ellos.

12. Así, en primer lugar, se considera que el Acuerdo de Terminación no debe afectar a los arbitrajes ya concluidos (art. 6.1). Un procedimiento arbitral concluido es todo arbitraje que haya finalizado con un acuerdo de conciliación o con un laudo emitido antes del 6 de marzo de 2018, siempre que: a) el laudo se haya ejecutado debidamente antes del 6 de marzo de 2018, aun cuando no se haya ejecutado una demanda de costas judiciales con él, y en la fecha del 6 de marzo de 2018 no estuviera pendiente ningún recurso, reexamen, revocación, anulación, ejecución, revisión u otro procedimiento similar en relación con dicho laudo definitivo, o b) el laudo haya sido revocado o anulado antes de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo de Terminación.

⁹ Se entiende por cláusula de remanencia, la disposición incluida en un Tratado bilateral de inversión que extiende la protección de las inversiones realizadas antes de la fecha de terminación de dicho Tratado por un periodo de tiempo adicional, generalmente, de diez a quince años.

13. En segundo lugar, el Acuerdo de Terminación incluye un régimen jurídico que va a ser aplicable tanto a los denominados arbitrajes pendientes como a los nuevos arbitrajes. Se consideran como arbitrajes pendientes aquellos procedimientos de arbitraje iniciados antes del 6 de marzo de 2018 y que no puedan considerarse arbitrajes concluidos, independientemente de la fase en que se encuentre en la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo de Terminación. Por su parte, un nuevo procedimiento de arbitraje será cualquier arbitraje iniciado el 6 de marzo de 2018 o con posterioridad.

14. Para una exposición clara de este régimen jurídico, se pueden diferenciar tres grandes cuestiones: a) en primer lugar, los efectos sobre los nuevos procedimientos arbitrales, b) las obligaciones que se imponen a los Estados miembros respecto a los arbitrajes pendientes y a los nuevos arbitrajes y, c) las medidas, en forma de métodos de solución de controversias, que se diseñan como alternativa a los procedimientos de arbitraje pendientes.

15. Respecto de los nuevos procedimientos de arbitraje y, dado que, como hemos señalado, el Acuerdo de Terminación considera que las cláusulas de arbitraje incluidas en los Tratados de inversión intra-UE son contrarias al Derecho Europeo, se establece de manera tajante que dichas cláusulas no servirán de base jurídica para estos nuevos procedimientos de arbitraje (art. 5).

16. El Acuerdo de Terminación impone dos importantes deberes a aquellos Estados contratantes que sean Partes del Tratado bilateral intra-UE conforme al cual se ha iniciado un nuevo procedimiento arbitral o esté ya pendiente (art. 7). En primer lugar, deberán informar de forma coordinada al tribunal arbitral acerca de las consecuencias derivadas del asunto *Achmea* y, en particular, de la incompatibilidad de la cláusula de arbitraje con el Derecho europeo. En segundo lugar y, en base a esa misma jurisprudencia, cuando sean parte en un procedimiento judicial relativo al laudo arbitral, deberán solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente, incluso en un tercer país fuera de la Unión Europea, que revoque el laudo, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir. Hemos de señalar que, en la práctica arbitral, respecto de las obligaciones incluidas, casi desde un primer momento, muchos Estados miembros, con el apoyo de la Comisión Europea, han planteado esta objeción a los tribunales arbitrales, aunque con escaso éxito hasta ahora¹⁰. Así, muy recientemente, un ejemplo lo encontramos en el asunto *Addiko Bank c. Croacia*, donde el tribunal arbitral en su decisión de 12 de junio de 2020¹¹, ha rechazado esta alegación presentada por Croacia, sobre la inaplicabilidad de la cláusula de arbitraje inversor-Estado contenida en el Tratado bilateral entre Austria y Croacia de 1997, por ser contraria al Derecho europeo.

¹⁰ Recordar que, hasta ahora, los tribunales arbitrales enfrentados con la objeción planteada a su competencia, basada en la decisión del TJUE en el caso *Achmea*, han confirmado siempre su competencia. *Vid.* sobre esta cuestión, muy recientemente, IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., “Sigue habiendo espacio en el arbitraje de inversiones para las objeciones jurisdiccionales basadas en la naturaleza intra-UE de la controversia? Comentario sobre la opinión disidente del árbitro M.G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 3, 2020.

¹¹ Esta decisión puede consultarse en la dirección electrónica: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11546.pdf>.

17. El Acuerdo de Terminación contempla, por último, una serie de medidas en relación con los procedimientos de arbitraje pendientes y que tienen como fin acabar con la vía arbitral, posibilitando la solución del litigio a través de otros medios de solución de controversias. Así, en primer lugar, se permite que cualquiera de las partes en un procedimiento de arbitraje pendiente puede solicitar el inicio de un procedimiento de conciliación, o como se denomina en el art. 9, un “diálogo estructurado”. Si es el inversor quien lo pide, éste habrá de haber solicitado previamente la suspensión del procedimiento arbitral o en el caso de haberse dictado el laudo, pero no se haya ejecutado el mismo, habrá de renunciar definitivamente a cualquier procedimiento para lograr dicha ejecución. Este procedimiento de conciliación es regulado de manera minuciosa, estableciéndose la cualificación y forma de designación del conciliador, el procedimiento a seguir con los plazos temporales correspondientes, así como las condiciones exigibles al acuerdo final de conciliación (art. 9, apdos. 7 a 14).

18. En todo caso, en segundo lugar, y con independencia de que se haya optado o no por utilizar la vía del dialogo estructurado, el inversor en un procedimiento de arbitraje pendiente siempre podrá acceder a la jurisdicción estatal para impugnar la medida objeto del litigio, y ello, a pesar de que el plazo para interponer un recurso contra la misma haya podido expirar (art. 10).

IV. ¿EL FIN DEL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO EN EUROPA?

19. Este Acuerdo de Terminación ha de convertirse, a salvo de lo que dispongan los tribunales arbitrales en un futuro, en uno de los dos fundamentos para acabar definitivamente con los arbitrajes de inversión intra-UE, esto es, entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro de la Unión Europea. Sin embargo, y como bien señala dicho Acuerdo, éste no se aplica a los procedimientos intra-UE basados en el art. 26 del Tratado de la Carta de la Energía. Y es precisamente basándose en esta disposición donde una gran mayoría de los arbitrajes de inversión intra-UE se están iniciando, especialmente en aquellos litigios en donde se ha visto envuelto como Estado demandado nuestro país. Mientras que no haya declaración del TJUE al respecto y, a pesar de lo que pueda sostener la Comisión Europea y una mayoría de Estados miembros, lo cierto es que dicha vía permanece abierta para la impugnación a través de arbitraje de las medidas estatales dictadas por los Estados miembros por parte de inversores europeos. La puesta en marcha de negociaciones para la modificación de este Convenio multilateral por parte europea ha de verse como una consecuencia directa de lo dicho¹².

20. La eliminación del arbitraje inversor-Estado en Europa cuenta, por último, con un complemento claro al que hemos descrito. El cambio de paradigma en cuanto a los métodos de solución de controversias inversor-Estado por parte europea se aprecia igualmente en sus negociaciones con terceros países. Los Acuerdos con terceros Estados, como los celebrados con Canadá, Vietnam, Singapur o México, incluyen un nuevo sistema basado en la creación de tribunales internacionales de inversión, un sistema que,

¹² La Comisión Europea presentó su propuesta para la modernización del Tratado de la Carta de la Energía el 27 de mayo de 2020. Ya se ha realizado una segunda ronda de negociaciones sobre la reforma de este Convenio del 8 al 11 de septiembre de 2020.

además, ha sido ya corroborado por parte del TJUE en su dictamen 1/17, de 30 de abril de 2019. Un primer paso exitoso, para el que se puede calificar como el objetivo final y más ambicioso de la Comisión Europea y, que ya está siendo defendido en las reuniones de la CNUDMI sobre el tema: la creación de un tribunal multilateral de inversiones.

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

FEDERICO F. GARAU SOBRINO*

1. Me resulta sorprendente que en pleno 2020 todavía pueda leerse una sentencia con tanta cantidad de errores de Derecho Internacional Privado (DIPr), y que, para mayor inri, la sentencia haya sido dictada por un órgano colegiado. Me estoy refiriendo a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020¹. Cuando hablo de “errores” no me refiero a simples discrepancias doctrinales sobre la interpretación de una norma o sobre la aplicación de un determinado precepto, sino a errar completamente la norma aplicable y hacerlo, además, mediante argumentos equivocados. Es decir, no estamos ante una simple cuestión de interpretación, sino ante graves errores metodológicos.

2. Empecemos por examinar brevemente los hechos que dieron lugar a la resolución. En su origen estaba un accidente de circulación ocurrido en una carretera de Portugal en el que un camión con matrícula española señaló una maniobra de giro a la izquierda, con el objeto de cambiar de vía, momento en el cual fue adelantado por otro camión con matrícula portuguesa, produciéndose la colisión entre ambos vehículos. La colisión provocó daños en el vehículo con matrícula española por valor de 12.100 euros. Ambos vehículos tenían asegurada su responsabilidad derivada de la conducción de vehículos de motor con entidades aseguradoras de sus respectivos países de matriculación.

3. El conductor del vehículo español presentó la correspondiente *reclamación extrajudicial* contra el representante en España de la entidad aseguradora radicada en Portugal del vehículo con matrícula portuguesa². Esta vía extrajudicial se utiliza en los siniestros ocurridos en un Estado miembro del EEE que no sea el de residencia del perjudicado y que hayan sido causados por vehículos con estacionamiento habitual y asegurados en un Estado miembro distinto del de la residencia del perjudicado (véase el

* Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de las Islas Baleares. Email: fgaraus@uib.es.

¹ Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 1ª, de 19 de junio de 2020, Rec. 315/2019 (Ponente: Maria Dolors Portella Lluch) [Roj: SAP B 5205/2020 - ECLI: ES:APB:2020:5205].

² La reclamación extrajudicial se regula en el título III (“De los siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado, en relación con el aseguramiento obligatorio”) del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM). El título III contiene la transposición al ordenamiento español de lo dispuesto en la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000 (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles) (DOUE L 181, de 20.7.2000), y que luego se ha mantenido en los arts. 20 a 26 de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DOUE L 263, de 7.10.2020).

art. 20 Directiva 2009/103/CE y art. 20 LRCSCVM)³. Para ello, toda entidad aseguradora autorizada en un Estado miembro para operar en el ramo de los seguros de responsabilidad civil derivada de la conducción de vehículos debe designar en el resto de los países del EEE un representante para la tramitación y liquidación de siniestros. Son funciones de este representante tramitar y liquidar el siniestro, así como recabar la información necesaria y adoptar las medidas oportunas para negociar su liquidación (véase art. 21 Directiva 2009/103/CEE y art. 21 LRCSCVM). En este caso, al residir el perjudicado en España y el accidente haber ocurrido en Portugal con un vehículo asegurado y con estacionamiento habitual en ese país, el perjudicado presentó la reclamación ante el representante en España de la entidad aseguradora del vehículo que consideraba responsable. El representante tenía un plazo de tres meses para presentar una oferta motivada o una respuesta motivada de rechazo a la reclamación (véase art. 22 Directiva 2009/103/CE y art. 23 LRSCVM)⁴. Presentada la reclamación, el representante la rechazó alegando que su asegurado no había incurrido en responsabilidad.

4. Ante la respuesta negativa a la reclamación extrajudicial, el perjudicado planteó demanda ante los tribunales españoles, alegando que el camión con matrícula de Portugal “había infringido lo dispuesto en el artículo 38 del Código de Circulación portugués vigente (Ley nº 72/2013 de 3 de septiembre)” (FD Primero, apdo. I). Frente ello, “la entidad demandada admitió la competencia de los tribunales españoles en base a la Directiva 2000/26/CE y al Reglamento 44/2011 del Consejo, y entendió que no era de aplicación el Reglamento UE 864/2007, conocido como Roma II, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales porque dado su carácter general debía ceder frente a la norma específica para accidentes de tráfico que resulta del Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971” (FD Primero, apdo. II).

Podemos ver como la contestación a la demanda no fue muy afortunada, pues introdujo los primeros errores sobre el tema. Así, en primer lugar, la parte demandada admitió la competencia de los tribunales españoles basada en la Cuarta Directiva y en el Reglamento

³ También se incluyen los siniestros ocurridos en terceros países cuyas oficinas nacionales de seguros están adheridas al sistema de la carta verde, siempre que el vehículo responsable esté asegurado y que tenga su estacionamiento habitual en un Estado del EEE. Se incluyen igualmente los casos en los que no es posible identificar el vehículo responsable o su entidad aseguradora y el perjudicado reside en un Estado del EEE distinto del de ocurrencia del accidente. En estos supuestos, la reclamación se dirige contra el organismo nacional de indemnización; en España, contra OFESAUTO (véase el art. 29 de la Directiva 2009/103/CE y art. 29 de la LRCSCVM).

⁴ La intervención del representante no altera las normas de DIPr sobre la ley aplicable al contrato de seguro ni sobre competencia judicial internacional, por lo que el representante no puede ser considerado una sucursal, agencia o establecimiento secundario a efectos del foro del art. 7.5 del Reglamento 1215/2012 (véanse arts. 22.4 y 23.2 LRCSCVM y art. 21.6 Directiva 2009/103/CE). El perjudicado podía presentar también su reclamación ante el organismo de indemnización (OFESAUTO) en caso de no haber recibido en el plazo de tres meses una respuesta motivada, o si la entidad aseguradora portuguesa no hubiera designado representante en España. La intervención de OFESAUTO es subsidiaria e incompatible con el ejercicio de la acción directa contra la entidad aseguradora (art. 27 LRCSCVM y art. 24 Directiva 2009/103/CE).

44/2001⁵. Esta alegación de la Directiva es incorrecta, porque, como hemos visto, se limitó a crear en su día la reclamación extrajudicial, no conteniendo ninguna disposición sobre competencia judicial internacional. Es más, en su art. 4.8 se negaba tajantemente cualquier posibilidad de vincular la reclamación extrajudicial con foros que pudieran ser invocados contra la entidad aseguradora: la designación del representante para la tramitación y liquidación de siniestros no constituye por sí misma la apertura de una sucursal, ni un establecimiento a efectos de determinar la competencia internacional. En definitiva, no sólo se alegó una norma que no contenía foros de competencia internacional, sino que regulaba una reclamación extrajudicial incompatible con la vía judicial. El segundo error de la contestación a la demanda fue alegar en el año 2018 una norma, la Directiva 2000/26/CE, que había sido derogada y sustituida en el año 2009 por la Directiva 2009/103/CE, actualmente en vigor.

5. La sentencia dictada por el JPI núm. 28 de Barcelona, el 31 de enero de 2019, desestimó íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte demandante. Concluyó que no se había “determinado el vehículo que había principiado la respectiva maniobra”. Asimismo, entendió que el Código de circulación portugués era una norma de carácter administrativo y que no servía para resolver una cuestión de responsabilidad civil, considerando de aplicación el Derecho español; concretamente, la LRCSCVM (véase el apdo. III del FD primero).

6. La resolución de instancia fue apelada ante la AP de Barcelona, que dictó sentencia el 19 de junio de 2020. De entre los pronunciamientos de esta sentencia destacaré los relacionados con cuestiones de DIPr: la competencia internacional de los tribunales españoles y la ley aplicable a la determinación de la responsabilidad. En relación con la norma aplicada para determinar la competencia internacional de los tribunales españoles, la AP afirma que el Reglamento 44/2001 fue derogado por el art. 80 del Reglamento 1215/2012⁶, que ya se hallaba en vigor al tiempo de presentación de la demanda, por lo que la competencia internacional debe resolverse de acuerdo con el Reglamento 1215/2012, y no por el citado en primera instancia (véase el apdo. II del FD segundo). En principio nada que objetar a la sustitución del Reglamento 44/2001 por el Reglamento 1215/2012; ahora bien, como diría un italiano: *manca finezza*. Se echa en falta un análisis riguroso del ámbito temporal de aplicación del Reglamento 1215/2012 –más allá de una genérica referencia a que el Reglamento 1215/2012 “ya se hallaba en vigor al tiempo de presentación de la demanda”–, para determinar si era efectivamente aplicable (temporalmente) al litigio. La AP parece desconocer la distinción que se viene haciendo en las normas de la UE entre *fecha de entrada en vigor* y *fecha de aplicación*. El Reglamento 1215/2012 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE (art. 81, párrafo primero), es decir, el 9 de enero de 2013, siendo aplicable con carácter general a partir del 10 de enero de 2015 (art. 81, párrafo segundo). Además, estas

⁵ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 12, de 16.1.2001).

⁶ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351, de 20.12.2012).

disposiciones deben complementarse con la regulación del Derecho transitorio. Así, con carácter general, las disposiciones del Reglamento se aplican a las acciones ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 10 de enero de 2015 (art. 66.1). Sin embargo, a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales antes de dicha fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de la citada fecha les son de aplicación las disposiciones del Reglamento 4/2001 (art. 66.2). Como el accidente tuvo lugar en julio de 2016, se puede deducir que tanto la tramitación del siniestro como las oportunas reclamaciones, la extrajudicial y la judicial, tuvieron lugar después del 10 de enero de 2015, fecha de inicio de la aplicación del Reglamento 1215/2012.

7. La segunda cuestión relacionada con la competencia de los tribunales españoles es el foro elegido. Así, la AP aplica el foro general del art. 4.1 y, “al resultar acreditado que la entidad demandada tiene domicilio en España, es clara la competencia de los tribunales españoles. La parte demandada no ha hecho cuestión de esta materia, de modo que, en todo caso, se daría el supuesto previsto en el art. 26.1 del Reglamento 1215/2012 dado que el demandado ha comparecido en las actuaciones sin discutir la indicada competencia” (FD segundo, apdo. II, segundo párrafo). Llama la atención la afirmación “al resultar acreditado que la entidad demandada tiene domicilio en España”, puesto que la parte demandada fue la representante en España de la entidad aseguradora portuguesa del vehículo con matrícula y estacionamiento habitual en Portugal. Recordemos que este representante solamente lo es a fines de la tramitación y liquidación del siniestro en el ámbito de la reclamación extrajudicial (art. 21 Directiva 2009/103/CE) y que “la designación del representante para la tramitación y liquidación de siniestros no constituirá por sí misma la apertura de una sucursal [...] ni un establecimiento con arreglo al Reglamento (CE) nº 44/2001” (art. 21.6 Directiva 2009/103/CE). Por tanto, la designación del representante no altera las normas de competencia judicial internacional, no pudiendo ser utilizada para fundar la competencia en caso de reclamación judicial⁷. A pesar de ello, la AP afirma que “la legitimación de la demandada deriva de ser la representante en España de la entidad portuguesa [...] que aseguraba al camión articulado [...] y a la que se dirigió reclamación extrajudicial que recibió respuesta negativa de la ahora demandada” (FD primero, apdo. I). En conclusión, el foro general del domicilio del demandado (art. 4.1 Reglamento 1215/2012) otorgaba competencia a los tribunales de Portugal, Estado miembro del domicilio de la entidad aseguradora, y no a los tribunales españoles, puesto que la entidad representante en España no estaba legitimada pasivamente para la reclamación judicial. Al carecer el representante en España de legitimación pasiva, la competencia de los tribunales españoles tampoco se puede basar en el foro de la sumisión tácita del art. 26 del Reglamento 1215/2012, tal como hace la sentencia de la AP.

⁷ En el considerando 35 de la Directiva 2009/103/CE se afirma: “con este sistema del representante para la tramitación y liquidación de siniestros en el Estado miembro del perjudicado no se cambia el derecho material que se ha de aplicar en el caso concreto, *ni se ve afectada la competencia judicial*” (el subrayado es mío).

8. A pesar de lo dicho, los tribunales españoles sí eran competentes para conocer de la demanda contra la entidad aseguradora portuguesa (no contra su representante en España), pero por razones muy diferentes a las apuntadas por la AP. Así, los tribunales españoles eran competentes para conocer del ejercicio de la acción directa del perjudicado contra la entidad aseguradora del vehículo responsable de conformidad con el foro del art. 11.1.b), en relación con el art. 13.2, del Reglamento 1215/2012. Este foro permite demandar a la entidad aseguradora (no a su representante) ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del tomador del seguro, del asegurado o del beneficiario. Ahora bien, puesto que la persona perjudicada no es tomador, asegurado ni beneficiario, el TJUE extendió (*contra legem*) su aplicación al perjudicado, o persona que se subrogue, siempre que pueda ser considerado como parte jurídicamente débil, que la acción directa sea posible y que la entidad aseguradora esté domiciliada en un Estado miembro⁸. No es el momento aquí de comentar este *fórum actoris* ‘creado’ por el TJUE en contra del tenor literal del Reglamento y que genera gran incertidumbre sobre su interpretación y aplicación en cada caso, como, por ejemplo, la condición de parte débil⁹. Ahora bien, en este caso, su uso habría obligado al tribunal español a tener que justificar que el demandante podía ser considerado parte ‘débil’ frente a la entidad aseguradora y que, por tanto, poseía competencia judicial internacional en tanto órgano jurisdiccional del Estado miembro del domicilio de la parte demandante.

9. La siguiente cuestión sobre la que la AP vuelve a fallar de medio a medio es la de la ley aplicable a la responsabilidad. El tribunal acaba concluyendo que el Derecho aplicable se determinará de acuerdo con las normas de conflicto contenidas en el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II)¹⁰. Es más, rechaza expresamente la aplicación del Convenio de La Haya de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera¹¹. Afirma que “una Convención, por muy específica y particular que sea, nunca puede derogar o contradecir un Reglamento” (FD tercero, apdo. I).

10. El error de la AP se basa en su desconocimiento del art. 28.1 del Reglamento Roma II, que expresamente permite seguir aplicando los convenios internacionales de carácter multilateral sobre conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales ratificados por los Estados miembros. El precepto se refiere fundamentalmente al citado

⁸ Véanse las sentencias del TJUE de 13 de diciembre de 2007, *FBTO Schadeverzekeringen*, C-463/06, ECLI:EU:C:2007:792, de 17 de septiembre de 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse*, C-347/08, ECLI:EU:C:2009:561, de 20 de julio de 2017, *MMA IARD*, C-340/16, ECLI:EU:C:2017:576, y de 31 de enero de 2018, *Hofsoe*, C-106/17, ECLI:EU:C:2018:50.

⁹ Sobre el tema, GARAU SOBRINO, F., “El TJCE nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 7 (2007), pp. 652-654; Id., “Comentario a la Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 17 de septiembre de 2009 en el Asunto C-347/08 (*Vorarlberger Gebietskrankenkasse*)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2009-2, pp. 496-497; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Las reclamaciones derivadas de accidente de circulación por carretera transfronterizas*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2012, pp. 131-132.

¹⁰ DOUE L 199, de 31.7.2007.

¹¹ BOE de 4.11.1987; corrección de errores BOE de 24.12.1987.

Convenio de La Haya de 1971 y al Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos¹², ambos ratificados por España. Los convenios internacionales en los que cada Estado miembro es parte debían ser comunicados a la Comisión, así como su denuncia (art. 29.1 Reglamento). El listado de convenios, elaborado a raíz de las notificaciones realizadas por los Estados miembros, fue publicado por la Comisión¹³. En relación con nuestro país, figuran los citados convenios de La Haya de 1971 y de 1973. Por tanto, y según disposición expresa del Reglamento Roma II, la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación se determina en España mediante las normas del Convenio de 1971 y no por las del Reglamento Roma II.

11. Lamentablemente, los errores de la AP no acaban aquí, porque, pocas líneas después de la (errónea) digresión de la prevalencia del Reglamento sobre los textos convencionales, la sentencia afirma rotundamente que, “en cualquier caso, el Convenio de la Haya de 1971 tampoco resultaría de aplicación porque no ha sido ratificado por Portugal” (FD tercero, apdo. I, último párrafo). Esta afirmación es contraria al carácter universal del texto convencional, proclamado en su art. 11 y por el cual “la aplicación de los artículos 1 al 10 del presente Convenio no depende de condición alguna de reciprocidad. El Convenio se aplicará aun cuando la ley aplicable no sea la de un Estado contratante”. Es decir, es indiferente para su aplicación que la ley aplicable a la responsabilidad sea la de un Estado parte o no en el texto convencional.

12. Con estos razonamientos, lo que viene después carece de sentido y de validez. Así, la AP aplica el Reglamento Roma II, en concreto su art. 4, para determinar la ley aplicable a la responsabilidad. Es cierto que, a pesar de la poco precisa información sobre los hechos contenida en la sentencia, podemos deducir que tanto por la aplicación del Reglamento como del Convenio de 1971 sería aplicable la ley portuguesa. De acuerdo con las normas de conflicto del texto convencional, la responsabilidad se regiría por “la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente” (art. 3), puesto que no parece aplicable la excepción de la ley del país de la matrícula del automóvil (arts. 4 y 5) ni de su variante la ley del país del estacionamiento habitual del vehículo (art. 6). Así pues, la conexión del art. 3 nos lleva a la aplicación de la normativa portuguesa –a la misma conclusión se llegaría aplicando el art. 4.1 del Reglamento, por ser la ley “del país donde se produce el daño”.

13. A partir de este punto, la AP vuelve por sus fueros, realizando unos razonamientos rocambolescos. Así, afirma que “es claro que el supuesto de autos debe ser enjuiciado con arreglo al Derecho portugués, si bien, como acertadamente recoge la sentencia de instancia, esta remisión a la normativa de Portugal no puede referirse al Código de la Circulación, por tratarse de una norma administrativa, de modo que ante la falta de prueba del Derecho extranjero, la resolución de instancia acude correctamente al Derecho español porque así lo permite el art. 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil” (FD tercero, apdo. II). Vayamos por

¹² BOE de 25.1.1989.

¹³ DOUE C 343, de 17.12.2010.

partes. En primer lugar, si bien es cierto que la remisión al Derecho portugués no es a su Código de la circulación, normativa de carácter administrativo, ello no impide que pueda ser ‘tomado en consideración’ a efectos de determinar la responsabilidad del sujeto responsable; por ejemplo, si concurría en él culpa o negligencia por existir una infracción de una normativa reglamentaria. En otras palabras, puede tenerse en cuenta, tomarse en consideración, el Código de la circulación de Portugal para determinar si el responsable cometió una infracción administrativa (por ejemplo, no puso el intermitente, realizó un giro no permitido, no realizó un ceda el paso o se saltó un stop,...), lo cual podría tener repercusiones a la hora de determinar su responsabilidad, por existir culpa o negligencia. En ningún caso, se ‘aplica’ el Código de la Circulación portugués, porque el tribunal español no impone la sanción prevista en él (normalmente, una multa) para el tipo de infracción administrativa en la que pudo incurrir¹⁴. La normativa que debía aplicar el tribunal español, por la remisión de las normas de conflicto del Convenio de 1971, era la portuguesa que regula la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación; es decir, la equivalente a nuestra citada LRCSCVM. En ella se regulan todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad: su alcance, causas de exoneración y excepciones no oponibles al perjudicado (aunque sí al asegurador), daños indemnizables, cuantía y cálculo de la indemnización, transmisibilidad del derecho a obtener la indemnización, tipos de plazos y su interrupción, etc.

14. Finalmente, no puedo concluir el comentario a esta desafortunada sentencia sin referirme a la criticable doctrina jurisprudencial que, lamentablemente, va consolidándose en un sector de la práctica judicial. Me refiero a la, en mi opinión, errónea interpretación del art. 33.3 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC). Según esta interpretación, cuando las partes no han probado –y, ni siquiera, han intentado probar– el Derecho extranjero aplicable, el órgano jurisdiccional debe aplicar el Derecho español¹⁵. No me extenderé en el problema de la alegación y prueba del Derecho extranjero en el proceso, porque no es el tema decisorio de esta resolución, aunque no me resisto a realizar unas rápidas consideraciones al respecto. Esta interpretación jurisprudencial hace caso omiso del tenor literal del art. 33.3 LCJIMC, que establece que “con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”. Es decir, la aplicación del Derecho español es un mecanismo ‘excepcional’ (“con carácter excepcional”), de último recurso, que puede activarse cuando las partes no hayan podido –no que no hayan querido o ni siquiera lo hayan intentado– acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable. Este carácter excepcional lo ha reconocido el TS, al afirmar que la aplicación del Derecho

¹⁴ Sobre la diferencia entre ‘toma en consideración’ y ‘aplicación’ de una norma jurídica, precisamente en el ámbito de la responsabilidad derivada de accidentes de circulación, véase GARAU JUANEDA, L., “Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, Alicante, 1990, p. 414.

¹⁵ Entre otras, SAP de Tenerife de 19.1.2018, rec. 419/2017 (Roj: SAP TF 55/2018 - ECLI: ES:APTF:2018:55), SAP de Barcelona de 12.4.2018, rec. 914/2017 (Roj: SAP B 2837/2018 - ECLI: ES:APB:2018:2837), SAP de Tarragona de 28.6.2018, rec. 104/2018 (Roj: SAP T 1014/2018 - ECLI: ES:APT:2018:1014), o SAP de Málaga de 8.1.2019, rec. 90/2018 (Roj: SAP ML 17/2019 - ECLI: ES:APML:2019:17).

español de acuerdo con el art. 33.3 de la LCJIMC “debe hacerse solo con carácter «excepcional», cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero”¹⁶. Frente a ello, esta jurisprudencia convierte la aplicación del Derecho español en un recurso ‘ordinario’ cuando nadie se ha preocupado de probar el Derecho extranjero¹⁷. Si se quiere que la regla general sea la aplicación del Derecho español, la solución no es malinterpretar (o interpretar *contra legem*) el art. 33.3 LCJIMC, sino hacer algo más sencillo: suprimir el art. 12.6 CCiv y convertir el DIPr español en un sistema facultativo.

15. Como he dicho al principio de este comentario, y he intentado poner de manifiesto en las páginas anteriores, es difícil encontrar una sentencia con un mayor número de errores estructurales de DIPr por fundamento de Derecho, por centímetro cuadrado. Afortunadamente, este desconocimiento de las fuentes de DIPr y de su interpretación no es corriente, por eso llama la atención. Cualquiera de nuestros alumnos que incurriera en solamente una parte de los errores cometidos por la AP de Barcelona suspendería irremisiblemente la asignatura. Que los magistrados que componían la Sala que dictó la sentencia saquen sus consecuencias.

¹⁶ STS, Sala primera, de 3.4.2018, rec. 2544/2015 (Roj: STS 1228/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1228). Sobre el carácter excepcional de la solución del art. 33.3 véase DIAGO DIAGO, P., “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 17 (2017), p. 548.

¹⁷ La solución del art. 33.3 ha sido calificada de compleja y problemática. Véase PALAO MORENO, G., “Comentario al artículo 33”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., PALAO MORENO, G., *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 398; RODRÍGUEZ BENOT, A., YBARRA BORES, A., “Comentario al artículo 33”, en FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 293.

“CONTEMPLAR LAS PALABRAS SOBRE EL PAPEL ESCRITAS, MEDIRLAS ...” (NOTA A LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020, AS. C-249/19)

ALBERT FONT I SEGURA*

I. HECHOS Y CUESTIONES SUSCITADAS

La cuestión prejudicial planteada al TJUE tiene origen en la demanda interpuesta por JE el 13 de octubre de 2016 ante el Tribunal de Primera Instancia, Iași, Rumanía por la que se solicita el divorcio de KF¹. JE y KF, con residencia habitual en Italia en el momento de la presentación de la demanda, se casaron en Iași, Rumania, el 2 de septiembre de 2001 y de esa relación tuvieron un hijo, que nació en Verona, Italia, el 23 de junio de 2005.

El Tribunal de Primera Instancia de Iași declinó la competencia para conocer del litigio a favor del Tribunal de Primera Instancia del Quinto Distrito de Bucarest², que estableció la competencia de los tribunales rumanos en relación al procedimiento de divorcio controvertido de conformidad con el art. 3.1, b) del Reglamento 2201/2003. La determinación de la ley aplicable se estableció de acuerdo con el art. 8, letra a), del Reglamento 1259/2010 que prevé que el divorcio y la separación estarán sujetos a la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda. De este modo, la ley aplicable al litigio era la italiana.

La disparidad existente entre la ley italiana y la ley rumana llevó al Tribunal de Primera Instancia del Quinto Distrito de Bucarest a inadmitir la demanda. La divergencia proviene de la previsión contenida en la legislación italiana, conforme a la cual, siguiendo al órgano jurisdiccional remitente, una petición de divorcio como la presentada por JE – cabe deducir que el motivo alegado era la separación³ – solo puede solicitarse cuando haya

* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. La presente nota se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas” [ref. PID2019–109019RB–I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, Convocatoria de 2019. En el título tomo prestadas las palabras de José Agustín Goytisolo en “El oficio de poeta”, publicado en *Algo sucede*, 1968.

¹ STJUE de 16 de julio de 2020, as. C-249/19, ECLI:EU:C:2020:570.

² Sobre esta declinación y las consecuencias que puede tener en el ámbito del Reglamento 2201/2003, véase la STJUE de 3 de octubre de 2019, as. C-759/18, otro caso italo-rumano (*vid.* FONT I SEGURA, A., “Cuando el divorcio es cosa de dos. Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, as. C-759/18, OF y PG”, *La Ley UE*, 2020, 77).

³ Así lo entiende también DIAGO DIAGO, P. en su agudo comentario a esta misma sentencia, *vid.* “Cuando la ley aplicable no contemple el divorcio se aplicará la ley del foro: interpretación restrictiva del art. 10 del Reglamento 1259/2010 proporcionada por la STJUE de 16 de julio de 2020 asunto C-249/19”, *La Ley UE*, nº 85, 2020. Desconocemos si la demanda se fundaba en la ley rumana, aunque así fuera posiblemente en la medida en que de acuerdo con el art. 373, letra c), del Código civil rumano, el divorcio puede tener lugar a solicitud de uno de los cónyuges, después de una separación de hecho que ha durado al menos 2 años. *Vid.* la información proporcionada en https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ro-es.do?member=1#toc_2 (actualizado el 3.12.2015) y https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-RO-

habido una separación legal de los cónyuges establecida u ordenada por un tribunal y han pasado al menos tres años entre la fecha de la separación judicial y el momento en que se presentó la demanda de divorcio ante el tribunal⁴. La inadmisión se fundó en que no se había demostrado que se hubiera adoptado una decisión judicial por la que se declaraba la separación de los cónyuges. Se argumentaba además que la legislación rumana no prevé procedimientos legales de separación, por lo que se consideró que debían ser los tribunales italianos los que debían pronunciarse en el correspondiente procedimiento de separación judicial.

El demandante interpuso un recurso contra la inadmisión de la demanda basándose en dos líneas de argumentación. Por una parte, se alegaba que el tribunal de primera instancia debería haber aplicado el art. 2600.2 del Código Civil rumano, en la medida en que constituía la transposición al Derecho rumano del art. 10 del Reglamento 1259/2010. Conforme al precepto contenido en la ley rumana “Si la ley extranjera de ese modo determinada no contempla el divorcio *o lo admite en condiciones extraordinariamente restrictivas*, se aplicará la ley rumana cuando uno de los cónyuges sea, en la fecha de la demanda de divorcio, nacional rumano o tenga su residencia habitual en Rumanía”⁵. Por otra parte, se argumenta que debe excluirse en cualquier caso la aplicación de la ley italiana por ser manifiestamente incompatible con el orden público de la ley rumana, invocando en este sentido el art. 12 del Reglamento 1259/2010.

Ante la interposición del recurso y como consecuencia de las dudas interpretativas suscitadas el Tribunal Regional de Bucarest decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

¿Debe interpretarse la expresión “cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio” [incluida en el artículo 10 del Reglamento n° 1259/2010,] de modo restrictivo y literal, es decir, solo para el caso de que la ley extranjera aplicable no contemple el divorcio en forma alguna; o debe interpretarse en sentido amplio, de manera que incluya también los casos en los que la ley extranjera aplicable admite el divorcio, pero en condiciones extraordinariamente restrictivas, que implican un procedimiento obligatorio de separación judicial antes del divorcio, procedimiento para el que la ley del foro carece de disposiciones procesales equivalentes?

es.do?clang=en#toc_2 (actualizado el 10.9.2020), donde se constata que las causas de divorcio previstas en el art. 373 CC rumano no han variado. Puede consultarse también el CC rumano en <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/175630>. Todas las fuentes han sido consultadas el 5.11.2020.

⁴ Como pone de manifiesto DIAGO DIAGO, P., *op. cit.*, la ley italiana rebajó la exigencia temporal de tres años a doce meses, cuando se trata de separación judicial, y de tres años a seis meses cuando se trata de separación consensuada (*vid.* https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-it-it.do?init=true&member=1#toc_2, actualizado el 3.1.2020; asimismo, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/05/11/15G00073/sg>, cuya entrada en vigor se produjo el 26.5.2015, tiempo antes de que se interpusiera la demanda, el 13.10.2016).

⁵ El destacado es nuestro para poner de manifiesto la diferencia existente con el art. 10 Reglamento 1259/2010, conforme al cual “Cuando la ley aplicable con arreglo a los arts. 5 u 8 *no contemple el divorcio* o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro.” (el destacado es, de nuevo, nuestro).

II. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE Y LA *RATIO DECIDENDI*

El TJUE pronuncia el siguiente fallo:

El art. 10 del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio» se refiere únicamente a los casos en que la ley extranjera aplicable no contemple el divorcio en forma alguna.

El fallo del TJUE, inspirado claramente en las Conclusiones del AG Evgeni Tanchev⁶, se pronuncia después de haber llevado a cabo una interpretación literal, contextual, sistemática y teleológica del precepto cuya aplicación estaba en juego. Se tiene igualmente en cuenta la interrelación y el equilibrio que deben guardar el Reglamento 2201/2003 y el Reglamento 1259/2010⁷. Debe destacarse también que la interpretación se desarrolla sobre la base de que el art. 10 debe ser objeto de una interpretación estricta al constituir una excepción a la ley declarada aplicable en virtud de los arts. 5 y 8 del Reglamento 1259/2010⁸, según corresponda. Este punto de partida, que no deja de ser fruto de una interpretación sistemática, ya determina la argumentación que expone el TJUE a continuación.

Como pone de manifiesto el TJUE (apdos. 25 y 26)⁹, de la letra de la norma no cabe deducir otra cosa que la aplicación de la ley del foro únicamente procede cuando la ley designada aplicable no contemple la posibilidad de que los cónyuges puedan disolver el vínculo matrimonial, sin que los considerandos del Reglamento 1259/2010 indiquen algún elemento que pueda conducir a otra lectura. En efecto, el considerando 24 no proporciona ninguna circunstancia que, en el marco del art. 10, permita aplicar la ley del foro cuando la ley designada conceda el divorcio sujeto a determinadas condiciones substantivas o procesales, ni tampoco cuando esa ley restrinja de forma extraordinaria la concesión del divorcio. Como pone de manifiesto además el AG, el art. 10, a diferencia de lo que sucede en otros preceptos del propio Reglamento, se refiere en el primer inciso únicamente al divorcio, de lo cual cabe deducir que la separación judicial no despliega un papel menor en el Reglamento. Por consiguiente, si no se menciona en el art. 10 es porque se está refiriendo únicamente a aquellas leyes que no contemplan el divorcio, y solo el divorcio¹⁰. Por ello, puede interpretarse que no quedan dentro del ámbito de aplicación

⁶ Conclusiones de 26.3.2020, *vid.* la noticia y valoración que dio de las mismas el 1.4.2020 REQUEJO ISIDRO, M., <https://eapil.org/2020/04/01/ag-tanchevs-opinion-on-the-rome-iii-regulation/>.

⁷ Como decía el poeta, “Contemplar las palabras / sobre el papel escritas, / medirlas, sopesar / su cuerpo en el conjunto / del poema, y después, / igual que un artesano, / separarse a mirar / cómo la luz emerge / de la sutil textura. (...)”.

⁸ *Vid.* apdo. 24 STJUE; así como apdos. 18 a 20 de las Conclusiones del AG.

⁹ Igualmente, *vid.* apdos. 26 a 30 de las Conclusiones del AG.

¹⁰ *Vid.* apdos. 34 a 36 de las Conclusiones del AG. En realidad, en el segundo inciso del art. 10 se refiere también a la separación judicial, a diferencia de lo que sucede en el primer inciso en el que solo se incluye el divorcio. El TJUE parece también incluir este argumento en el apdo. 29, pero su introducción no queda bien trabada y es más bien abrupta y torpe.

aquellos supuestos en los que, conforme a la ley designada, se puede obtener el divorcio, aunque esté restringido a condiciones tales como la sujeción a una previa separación judicial legal.

Junto a esta interpretación literal, el TJUE emprende una interpretación contextual y sistemática que, de hecho, se reduce a comparar el art. 10 con el art. 13 por cuanto este precepto acoge también en su redacción la expresión “no contemple el divorcio”¹¹. El art. 13 establece que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no estarán obligados a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del Reglamento si la ley del foro no contempla el divorcio¹². Ahora bien, en este caso sí hay un considerando que puede ser pertinente para interpretar el art. 10. En efecto, el considerando 26 explicita que la expresión “no contemple el divorcio” se refiere a que la ley de tal Estado miembro “carece de la figura del divorcio”. Aun siendo cierto, como señala el TJUE, que este considerando se refiere a la previsión estipulada en el art. 13, la aclaración realizada en relación a la mencionada expresión puede ser proyectada sobre la interpretación del art. 10.

La finalidad – no sólo del art. 10, sino la del Reglamento en su conjunto – es también valorada por el TJUE¹³. Garantizar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad, facilitar la libre circulación de personas en la UE, así como impedir una carrera a los tribunales con la finalidad de conseguir que se aplique la ley que más favorezca al solicitante, son los objetivos fijados en los considerandos 9, 21 y 29 que contribuyen a realizar una interpretación teleológica. En particular, no puede admitirse que un precepto como el art. 10 comporte que el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda de divorcio lleve a cabo una valoración subjetiva con el propósito de considerar si las condiciones establecidas en la ley designada aplicable son más restrictivas que las previstas en la ley del foro dado que ello redundaría en detrimento de la seguridad jurídica y la previsibilidad, así como en perjuicio de los valores encarnados en el art. 5 (autonomía de la voluntad de los cónyuges) y del art. 8 (vinculación estrecha de los cónyuges con la *lex causae*).

La sentencia pone también de manifiesto que la carrera a los tribunales, propiciada de algún modo por la conjunción alternativa presente en los criterios de atribución previstos en el art. 3 del Reglamento 2201/2003, se vería multiplicada por una interpretación del art. 10 del Reglamento 1259/2010 que permitiera apreciar el carácter restrictivo de la ley designada aplicable en beneficio de la aplicación de la ley del foro¹⁴.

Por último, el TJUE *obiter dicta*¹⁵ introduce la exigencia de que el tribunal competente, cuyo Derecho desconoce la separación judicial, debe “comprobar que se cumplen las

¹¹ Vid. apdos. 27 y 28 STJUE.

¹² La norma fue adoptada en atención a Malta, cuya legislación no contemplaba el divorcio en el momento en que el Reglamento fue adoptado.

¹³ Vid. apdos. 30 a 33 STJUE.

¹⁴ Vid. apdos. 34 STJUE.

¹⁵ A instancia de las Conclusiones del AG, *vid.* apdos. 59 y ss.

condiciones de fondo previstas en la ley extranjera aplicable y hacerlo constar”¹⁶. Se trata, por consiguiente, de que los tribunales rumanos comprueben si concurren las condiciones establecidas en la ley designada aplicable, aunque entre estas condiciones se encuentre la existencia de una separación judicial previa a la solicitud de divorcio. El pronunciamiento está destinado a evitar la práctica jurisprudencial rumana consistente en inadmitir la demanda (el Derecho rumano no contempla ningún procedimiento de separación judicial) por ser prematura (son los tribunales italianos los que deben comprobar que concurre la separación judicial previa) o infundada (en base a la combinación de ambos argumentos)¹⁷. Esta práctica resulta contraria al efecto útil de las normas del Reglamento 1259/2010 y desbarata su aplicación uniforme.

III. VALORACIÓN

Las cuestiones prejudiciales instadas por los tribunales rumanos en materia de familia están contribuyendo a perfilar la interpretación y el alcance de los Reglamentos UE frente a las normas nacionales¹⁸. Hasta ahora las cuestiones se habían planteado respecto de aspectos vinculados a la competencia judicial, pero este asunto se adentra ya en el ámbito de la determinación de la ley aplicable respecto a un punto que no es menor por la trascendencia práctica que tiene¹⁹. En realidad, la pregunta se formula respecto a un precepto cuyo contenido nos es, de algún modo, conocido. En efecto, la versión anteriormente vigente del art. 107.2 CC²⁰ había ya suscitado dudas doctrinales respecto a si la aplicación de la ley española como consecuencia de que “las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio” debía interpretarse en el sentido de que no conocieran estas figuras por no estar previstas en la ley extranjera o en el sentido de que no se concediera la separación o el divorcio por contener unas condiciones más estrictas que las previstas en la ley española. No obstante, la duda no tuvo demasiado recorrido en la medida en que la doctrina se pronunció

¹⁶ Vid. apdo. 43 STJUE.

¹⁷ Vid. apdo. 39 STJUE.

¹⁸ Vid. ass. C-249/19; C-759/18, *OF*; C-530/18, *EP*; C-468/18, *R*; C-85/18 PPU, *CV* y C-478/17, *IQ*.

¹⁹ La STJUE de 16 de enero de 2019, C-386/17, *Liberato* (vid. comentario de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a A., “Litispendencia y motivos de denegación del reconocimiento: la sentencia del TJUE en el asunto C-386/17, *Liberato*”, *CDT*, 2020, 12, 1, pp. 690-699) pone de relieve la relevancia que pueden llegar a tener la previsión legal de la separación judicial, así como las divergencias normativas conforme a las cuales se concede con mayor o menor rigor el divorcio. El asunto se mueve, como en el caso que se comenta aquí, entre Rumanía e Italia, desde donde se plantea la cuestión prejudicial.

²⁰ Vid. art. tercero de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros: “2. La separación y el divorcio se registrarán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. / En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:(...) c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.”. Obsérvese, sin embargo, que la aplicación de la ley española se producía en la medida en que hubiera una vinculación con España.

claramente en favor de la primera apreciación, esto es, que la figura no fuera prevista por la ley extranjera²¹.

La respuesta del TJUE era previsible²² y es además acertada. Los criterios hermenéuticos seguidos permiten fijar el contenido, función y alcance del primer inciso previsto en el art. 10. El TJUE encadena una serie de argumentos cuyo origen se encuentra en el carácter especial y excepcional del precepto, de la que deriva su interpretación restrictiva. En efecto, el resultado, y seguramente también el propósito, derivado del diseño sistemático y de la interrelación entre el Reglamento 2201/2003 y el Reglamento 1259/2010 es que el tribunal competente acabe aplicando su propia ley. Podría deducirse, en consecuencia, que se quiere reducir al máximo la aplicación de la ley extranjera²³. No obstante, si no hay coincidencia entre *forum* y *ius*, el sistema europeo (el Reglamento 1259/2010, en particular, pero también ambos Reglamentos en aplicación conjunta) determina que el tribunal competente resuelva el caso aplicando la ley designada y solo excepcionalmente admite que quepa sustraerse a la aplicación de tal ley²⁴. Hay que ser consciente, sin embargo, de que esta apreciación tiene sus límites dado que el Reglamento 1259/2010 es fruto de una cooperación reforzada y, por tanto, no todas las jurisdicciones sujetas al Reglamento 2201/2003 deben aplicar las normas de conflicto uniformes del Reglamento 1259/2010. Por tanto, en el contexto de la UE, estas normas no son tan uniformes y no siempre procede buscar esta armonía entre uno y otro Reglamento.

Debe valorarse también positivamente la interpretación literal efectuada, en particular la asociación efectuada entre el art. 10 y el art. 13. Aunque ambos preceptos expresan dos

²¹ Vid. ARENAS GARCÍA, R., “La nueva redacción del artículo 107 del Código civil”, *REDI*, 2004, 56, 1, pp. 205-224, en particular pp. 218-219; igualmente, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil”, (descargado de la base de datos de *La Ley*, 38 pp., *vid.* pp. 20-23; la referencia es “El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil”, *La Ley*, 2004, 3, pp. 1745-1766). Poniendo de manifiesto los problemas que surgirían si debiera atenderse a las diferencias derivadas del rigor exigido en la concesión de la separación o el divorcio, *vid.* DIAGO DIAGO, P., “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad” en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (coords.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, 2004, pp. 271-294, en particular p. 290.

²² Vid. HEIDERHOFF, B., “Article 10 Application of the law of the forum”, en CORNELOUP, S. (ed.), *The Rome III Regulation. A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, Cheltenham, 2020, p. 128, apdo. 10.08. Igualmente, *vid.* FRANZINA, P., “The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010”, *CDT*, 2011, 3, 2, pp. 85-129, p. 122. También HERRANZ BALLESTEROS, M., “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el Reglamento (UE) n° 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *RDUE*, 2012, 22, pp. 43-66, p. 62. No obstante, *vid.* FALCONI, F., “Il regolamento (ue) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *CDT*, 10, 1, pp. 568-580, p. 576.

²³ Vid. CORNELOUP, S., “Article 2 Relation with Regulation (EC) n° 2201/2003”, en *The Rome III Regulation*, *op. cit.*, p. 38, apdo. 2.03 y p. 40, apdos. 2.09-2.10.

²⁴ La preocupación por garantizar la aplicación de la ley extranjera, al menos cuando se trate de la ley de otro Estado miembro, designada de conformidad con el Reglamento se pone de manifiesto en el Considerando 14, intentando paliar lo que constituye uno de los flancos débiles del sistema conflictual europeo, el tratamiento procesal del Derecho extranjero, en la medida en que puede comprometer la aplicación uniforme de las normas de conflicto europeas. Vid. JAULT-SESEKE, F., “Article 4 Universal application”, en *The Rome III Regulation*, *op. cit.*, p. 63, apdo. 4.11.

principios irreconciliables²⁵, deben ser puestos en relación ya que son caras contrapuestas de la misma moneda²⁶. La repetición de la expresión y un análisis de los antecedentes muestran su íntima relación. Por ello, es ajustado que la aclaración efectuada en el considerando 26 referida al art. 13 pueda ser extrapolada al art. 10.

De todo ello, se concluye que la aplicación del primer inciso del art. 10 debe ser automática y mecánica²⁷, sin dar margen a la apreciación de las condiciones a las que está sujeta la concesión del divorcio. El art. 10 encarna el principio *favor divortii* en su máxima expresión y, aunque en él se materializa el derecho a poder divorciarse²⁸, ello no se traduce en tener el derecho a poder divorciarse con mayor facilidad. En consecuencia, su aplicación debe ser rígida y limpia, procediendo únicamente cuando la *lex causae* no contemple el divorcio, comprendida esta expresión en los estrictos términos establecidos por el TJUE al interpretar el art. 10. Lleva razón el TJUE en declarar que una aplicación ponderativa, atendiendo a una valoración comparativa de las restricciones establecidas en la *lex causae* y en la *lex fori*, adulteraría los objetivos de seguridad jurídica y previsibilidad, desbaratando las funciones de los arts. 5²⁹ y 8. Debe señalarse, en cambio, que el argumento de que una aplicación ponderativa incitaría al *forum shopping* carece de fuerza si consideramos que el Reglamento 2201/2003 contiene un abanico alternativo de reglas de competencia que ofrece la posibilidad de solicitar el divorcio a aquella jurisdicción que mejor satisfaga los intereses del demandante, y ello, con independencia

²⁵ Mientras que el art. 10 evita la aplicación de la *lex causae* porque no contempla el divorcio, el art. 13 evita la aplicación de la *lex causae* porque la *lex fori* no contempla el divorcio. Poniéndolo de manifiesto, *vid.* HEIDERHOFF, B., “Article 10 Application of the law of the forum” y CHALAS, Ch., “Article 13 Differences in national law”, ambas en *The Rome III Regulation, op. cit.*, respectivamente p. 126, apdo. 10.04 y p. 105, apdo. 13.07.

²⁶ Ambos preceptos tienen un trasfondo político y en esta clave hay que entenderlos también. *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2012, 1, pp. 135-194, p. 183. También, HERRANZ BALLESTEROS, M., *op. cit.*, p. 61.

²⁷ *Vid.* DIAGO DIAGO, P., “Cuando la ley aplicable no contemple el divorcio ...”, *op. cit.* La misma autora habla de “exclusión directa” en “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *REDI*, 2014, 2, pp. 49-79, p. 64. Se ha apuntado incluso que el art. 10 es especial respecto al art. 12 y debe ser aplicado para controlar resultados y, por ello, su aplicación debe ser restringida, *vid.* HEIDERHOFF, B., “Article 10 Application of the law of the forum”, en *The Rome III Regulation, op. cit.*, p. 126, apdo. 10.04. También MOLLER, L.-M., “No Fear of Talaq: A Reconsideration of Muslim Divorce Laws in Light of the Rome III Regulation”, *JPIL*, 2014, 10, 3, pp. 461-487, p. 465.

²⁸ *Vid.* FRANZINA, P., *op. cit.*, p. 121, que atribuye a este precepto un carácter material que rectifica el funcionamiento del régimen conflictual del Reglamento, con base en un fundamento material. También, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *CDT*, 2012, 4, 1, pp. 52-85, p. 66, constando una orientación sustancial *pro* divorcio. En el mismo sentido, MOLLER, L.-M., *op. cit.*, p. 466. Igualmente, VAQUERO LÓPEZ, C., “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el favor divortii?”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 957-980, pp. 973-974.

²⁹ Si bien cabe indicar que el art. 5, que posibilita una elección de ley limitada, es tomado en consideración por las partes precisamente para evitar la aplicación de las leyes más rigurosas o restrictivas, como la italiana, por ejemplo. *Vid.* VIARENGO, I., “International Divorce proceedings in Italy: issues arising in the case law”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2016, 52, 3, pp. 701-724, p. 713. También, *vid.* FALCONI, F., *op. cit.*, p. 571 y nota 16.

de que el art. 10 del Reglamento 1259/2010 sea interpretado de una forma u otra. Además, como ya se dijo, este instrumento es producto de la cooperación reforzada y no vincula a todos los Estados miembros³⁰.

El problema va a suscitarse en relación al pronunciamiento que *obiter dicta*, como no podía ser de otro modo³¹, efectúa el TJUE en relación a la obligación de pronunciarse sobre la demanda de divorcio, aunque la ley del foro no contemple la separación judicial. No es la primera vez que el TJUE se pronuncia para garantizar el efecto útil de una norma europea en materia de Derecho internacional privado, afectando incluso a la aplicación de las normas sustantivas y procesales nacionales. No obstante, las observaciones realizadas *obiter dicta* por el TJUE son tan efectivas como prudentes y modestas³². Se trata de evitar una actuación de los tribunales rumanos que, en efecto, pone en entredicho la eficacia del Reglamento, y que conduce a la inadmisión³³ de las demandas, o a declararlas prematuras o infundadas. Este comportamiento es contrario al objetivo del Reglamento como instrumento que puede facilitar el divorcio en supuestos internacionales, finalidad materializada en el art. 10. Por ello, es perfectamente plausible que el TJUE, junto con la prohibición de aplicar el art. 10 conforme a una interpretación ponderativa que lleve a aplicar la ley del foro en detrimento de la *lex causae* por establecer condiciones más restrictivas para la concesión del divorcio, precise que el hecho de no conocer la separación judicial no pueda justificar una distorsión del objetivo perseguido por el Reglamento. El TJUE rechaza que ello pueda amparar una inadmisión de la demanda y compele a pronunciarse sobre la demanda. No se está exigiendo nada más que eso, ni que se estime la demanda ni que se aplique el Derecho italiano, simplemente que haya un pronunciamiento sobre el fondo de la petición formulada. Ciertamente, el TJUE va más allá puesto que exige que el tribunal ante el que se ha planteado la demanda compruebe “que se cumplen las condiciones de fondo previstas en la ley extranjera y hacerlo constar en el marco del procedimiento de divorcio del que conoce”. Ahora bien, esta exigencia se formula en la medida en que 1) el tribunal competente ha aplicado el Reglamento, 2) ha determinado la ley aplicable y 3) ha constatado su contenido³⁴. Siendo esto así, parece razonable exigir que el tribunal competente compruebe lo que, en efecto, es una condición de fondo prevista en la legislación italiana con el fin de hacerlo constar en el marco del procedimiento de divorcio que se tramita ante el mismo. En este sentido,

³⁰ En el mismo sentido, *vid.* DIAGO DIAGO, P., "Cuando la ley aplicable no contemple el divorcio ...", *op. cit.*

³¹ *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., <https://eapil.org/2020/04/01/ag-tanchevs-opinion-on-the-rome-iii-regulation/>.

³² Advirtiendo ya del riesgo de que el TJUE se excediera en sus funciones, *vid.* REQUEJO ISIDRO, M., <https://eapil.org/2020/04/01/ag-tanchevs-opinion-on-the-rome-iii-regulation/>.

³³ Desconocemos si hay aquí una mala traducción y el término correcto era el de la desestimación de la demanda, pero se deduce del apdo. 16, del 38 y del 42 de la STJUE, como también de los apdos. 23 de las Conclusiones del AG, que, en efecto, se trata de una inadmisión.

³⁴ *Vid.* apdo. 43. Parece, por ello, un poco precipitado deducir que el TJUE esté limitando “la libertad de los Estados para configurar su sistema de aplicación del Derecho extranjero en la medida en que tal aplicación sea consecuencia de las normas de conflicto contenidas en instrumentos de la Unión”, *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P., “Aplicación judicial de la ley extranjera y reglas de conflicto de la Unión” en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/07/aplicacion-judicial-de-la-ley.html> (publicado el 17.7.2020).

cabe la posibilidad que la falta de concurrencia de alguna cuestión de fondo sea causa de inadmisión de la demanda y que, por consiguiente, tenga un impacto procesal.

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN, MATERIA CIVIL O MERCANTIL Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS [A PROPÓSITO DE LA STJ (SALA PRIMERA) DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2020, AS. C-186/19, *Supreme Site Services GmbH y otros c. Supreme Headquarters Allied Powers Europe*]

RAFAEL ARENAS GARCÍA*

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia *Supreme Site Services*¹ se ocupa de dos cuestiones de especial relevancia en la interpretación y aplicación del Reglamento 1215/2012: el concepto de materia civil y mercantil, que define su ámbito de aplicación material, y la competencia exclusiva en materia de ejecución de resoluciones judiciales. En lo que se refiere a la primera cuestión, teniendo en cuenta de manera expresa la doctrina sobre inmunidades estatales propia del Derecho internacional público. Como veremos, la conexión entre la interpretación de qué ha de entenderse como materia civil y mercantil y las inmunidades estatales es especialmente interesante, apreciándose una evolución significativa en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en relación a este asunto, desde las primeras decisiones sobre la aplicación del Convenio de Bruselas a litigios en los que intervinieran entidades vinculadas al ejercicio del poder público² hasta la actualidad, pasando por la relevante sentencia *Lechouritou*³.

La sentencia da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en el marco de un litigio entre varias sociedades del grupo *Supreme*, dedicado a proporcionar suministros a fuerzas armadas y operaciones militares⁴ y el Cuartel General Supremo de las Fuerzas Aliadas en Europa (SHAPE por sus siglas en inglés), una organización internacional con sede en Mons (Bélgica) y dependiente de la OTAN. Esta organización asumió en 2003 el mando estratégico, la dirección y la coordinación de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) desplegada en Afganistán, encargándose de dicha tarea un cuartel general regional, dependiente de SHAPE y con sede en Brunssum (Países Bajos). Este cuartel general regional se denomina JFCB (*Allied Joint Force Command Brunssum*).

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona.

¹ STJ (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2020, As. C-186/19, *Supreme Site Services GmbH, Supreme Fuels GmbH&Co KG, Supreme Fuels Trading Fze y Supreme Headquarters Allied Powers Europe*, ECLI:EU:C:2020:638.

² Sentencia del TJ de 14 de octubre de 1976, As. C-29/76, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1976:137; Sentencia del TJ de 16 de diciembre de 1980, As. C-814/79, *Staat der Nederlanden y Reinhold Rüffer*, ECLI:EU:C:1980:291; y Sentencia del TJ de 21 de abril de 1993, As. C-172/91, *Volker Sonntag y otros*, ECLI:EU:C:1993:144.

³ STJ (Sala Segunda) de 15 de febrero de 2007, As. C-292/05, *Erini Lechouritou y otros y Dimosio tis Omospandiakis Dimokratias tis Germanias*, ECLI:EU:C:2007:102.

⁴ <http://www.supreme-group.net/who-we-are/company-history>, consultado el 20 de octubre de 2020.

En 2006 y 2007 se firmaron dos acuerdos generales de realización de pedidos entre sociedades integradas en el grupo *Supreme* y SHAPE con el fin de suministrar carburante a SHAPE, carburante que tenía como fin atender las necesidades de la ISAF en Afganistán.

Los detalles anteriores son necesarios para entender los procedimientos que se abrieron con posterioridad. De lo dicho se desprende que tenemos una organización internacional con sede en Bélgica (SHAPE), pero con un cuartel general en los Países Bajos (JFCB). La organización internacional suscribe contratos con las sociedades del grupo *Supreme*; pero dichas sociedades suministran a una fuerza en Afganistán que depende del cuartel general sito en los Países Bajos.

Con el fin de asegurar los pagos a *Supreme*, se constituye en 2013 un depósito en garantía destinado a satisfacer los pagos derivados de los servicios prestados por *Supreme*. El depósito se realizó en el banco BNP Paribas de Bruselas (Bélgica). En 2015 las sociedades del grupo *Supreme* reclamaron judicialmente ante los tribunales de Limburg (Países Bajos) el pago de ciertas cantidades a SHAPE y JFCB en relación a los suministros realizados a la misión de la OTAN en Afganistán y que entraban, por tanto, en la garantía cubierta por el fondo constituido en Bruselas.

Al mismo tiempo que se desarrollaba el procedimiento sobre el fondo, se solicitó -y concedió- el embargo preventivo de algo más de 217 millones de dólares del fondo de garantía constituido en Bruselas. La decisión fue adoptada por un tribunal de los Países Bajos. El embargo fue practicado en Bruselas. Por su parte, SHAPE solicitó ante los tribunales de los Países Bajos que se levantara el embargo preventivo y se ordenara a *Supreme* que se abstuviera de instar medidas de ese tipo. El argumento en el que se basó SHAPE fue la inmunidad de ejecución de la que gozaba. Los tribunales holandeses acogieron la petición de SHAPE y ordenaron el levantamiento del embargo. La decisión holandesa fue reconocida en Bélgica, lo que implicó el efectivo levantamiento del embargo practicado sobre el fondo de garantía constituido en Bruselas. Esta decisión holandesa fue recurrida en apelación, confirmando la segunda instancia el levantamiento del embargo sobre la base de la inmunidad de ejecución de la que gozaba SHAPE. Esta decisión de apelación fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos y es en el marco de ese recurso de casación que se plantea la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia que comentamos.

El Tribunal Supremo de los Países Bajos plantea, básicamente, dos cuestiones al Tribunal de Luxemburgo. La primera pretende que se determine si la pretensión de SHAPE entra en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012 y la segunda si los tribunales holandeses tienen competencia para pronunciarse sobre el embargo preventivo, pese a que el embargo se hizo efectivo en otro Estado miembro (Bélgica). En este segundo caso la duda se centra en saber si el art. 24.5 del Reglamento otorga aquí una competencia exclusiva a los tribunales belgas. A continuación nos ocuparemos de ambas cuestiones. En el epígrafe II de lo relativo a la inmunidad de ejecución y el ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas Ibis y en el epígrafe III de la competencia exclusiva derivada del art. 24.5 del Reglamento 1215/2012.

II. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y ART. 1.1 DEL REGLAMENTO 1215/2012

Ni el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 ni el Reglamento 44/2001 incluían referencia alguna a las inmunidades de jurisdicción y de ejecución. Esta situación cambió con el Reglamento 1215/2012, que, siguiendo lo que se había venido haciendo desde 2004⁵, incluyó una referencia a la exclusión del ámbito de aplicación del instrumento de aquellas reclamaciones que se basaran en conductas realizadas por el Estado en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*).

La ausencia de regulación de las inmunidades estatales no impidió que se planteara repetidamente la cuestión de la forma en que debía aplicarse el Reglamento en aquellos casos en los que una de las partes del litigio era una administración pública. En la jurisprudencia existente sobre este punto no dejan de apreciarse idas y venidas que merecen una atención más detallada de la que se puede prestar aquí⁶; pero podemos quedarnos con la idea de que el Tribunal ha mantenido que aquellos litigios bien derivados de la actuación del Estado como poder público o bien en los que existe algún tipo de desequilibrio como consecuencia de la condición de poder público de la administración interviniente no pueden ser considerados como litigios en materia civil o mercantil a efectos del art. 1 del Convenio de Bruselas, del Reglamento 44/2001 o del Reglamento 1215/2012. Mientras que el segundo criterio ha planteado menos dudas interpretativas, en el primero se ha advertido una cierta divergencia entre unas y otras decisiones. Así, en la ya citada sentencia *Lechouritou* se entendió que una acción de responsabilidad civil que, en sí misma, no tenía una naturaleza diferente a la cualquier otra acción de responsabilidad civil, quedaba excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas porque las acciones frente a las que se exigía la responsabilidad eran las realizadas por las fuerzas armadas alemanas en un país extranjero (Grecia); esto es, se excluía la aplicación del instrumento europeo porque, pese a que la naturaleza de la acción no presentaba particularidades derivadas de la condición de poder público de una de las partes (la demandada), los hechos de los que se derivaba la responsabilidad sí se incardinaban en las potestades soberanas del Estado (actuación de las fuerzas armadas). En la sentencia *Sunico*⁷, sin embargo, se optó por una solución diferente. Se consideró que una acción de responsabilidad planteada por los daños causados a la hacienda británica por un fraude fiscal entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 ya que la acción ejercida era de naturaleza civil, resultando irrelevante que la responsabilidad exigida derivara del incumplimiento de una obligación de marcado carácter público como es la de pagar los tributos que uno tiene que satisfacer.

⁵ Vid. el art. 2.1 del Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DO L 143, de 30.4.2004.

⁶ Me remito a las consideraciones hechas en ARENAS GARCÍA, R., “Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y deudas fiscales. Comentario a la STJUE (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013, Asunto C-49/2012, “The Commissioners for Her Majesty’s Revenue & Customs y Sunico ApS, M&B Holding ApS, Sunil Kumar Harwani”, *La Ley Unión Europea*, 2013, núm. 10, pp. 29-44.

⁷ Sentencia del TJ (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013, As. C-49/12, *The Commissioners for Her Majesty’s Revenue & Customs y Sunico ApS, M&B Holding ApS, Sunil Kumar Harwani*, ECLI:EU:C:2013:545.

Como vemos, el debate se dilucidaba completamente al margen de la consideración de las inmunidades de jurisdicción o de ejecución reguladas por el Derecho internacional público. Se eludía entrar en la cuestión de si la consideración de tales inmunidades era compatible con la aplicación del Reglamento Bruselas I por la vía de excluir la aplicación de éste. El caso *Lechouritou* es, en este sentido, paradigmático. La segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal griego se refería específicamente a esta cuestión, pero al entender el Tribunal de Luxemburgo que el Convenio de Bruselas no era aplicable ya no resultaba necesario responder a esta cuestión.

El Tribunal de Luxemburgo sí que se ocupó de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción en su sentencia *Mahamdia*⁸. En ese caso afirmó que el Reglamento 44/2001 podía aplicarse en relación al despido de un trabajador de una embajada si “las funciones ejercidas por ese trabajador no forman parte del ejercicio del poder público o cuando la acción judicial no pueda interferir en los intereses del Estado en materia de seguridad”⁹. De esta comprobación, que tendría que hacer el órgano jurisdiccional nacional, se desprendería si el Reglamento resultaba o no aplicable. Esto es, se entiende que si las funciones del trabajador suponen ejercicio del poder público el caso no entraría en el ámbito de aplicación material del Reglamento. No puede dejar de señalarse que otra aproximación hubiera sido posible, una de acuerdo con la cual el ámbito de aplicación del Reglamento no se vería afectado por la existencia o no de un supuesto de inmunidad de jurisdicción, sino que éste operaría incluso aunque el Reglamento fuera aplicable, de tal forma que la interpretación del art. 1 del Reglamento dependería exclusivamente de la naturaleza de la acción, y en el caso de que ésta pudiera considerarse de Derecho privado el instrumento europeo debería ser utilizado para la determinación de la competencia judicial internacional, lo que no sería un obstáculo para que, incluso existiendo esa competencia, el Tribunal no llegara a dictar una decisión sobre el fondo si en el caso debía apreciar la excepción de inmunidad de jurisdicción. Es un acercamiento posible pero que chocaría con la doctrina sentada en decisiones anteriores, en las que, como hemos visto, se excluían del ámbito de aplicación del instrumento aquellos litigios en los que el objeto del mismo se vinculaba a las actuaciones del Estado como poder público. No obstante lo anterior, entiendo que no es inútil llamar la atención sobre ello por lo que se dirá enseguida.

Así pues, el Tribunal de Luxemburgo, cuando introduce la consideración de la inmunidad de jurisdicción en la interpretación del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, lo hace asumiendo que la aplicación del instrumento se excluye cuando el Estado actúa en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público. La sentencia *Rina*, de este año 2020¹⁰, es coherente con esta línea interpretativa, sosteniendo que un litigio en relación a la actividad de clasificación de buques realizada por una persona jurídica de Derecho

⁸ Sentencia del TJ (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, As. C-154/11, *Ahmed Mahamdia y República Argentina Democrática y Popular*, ECLI:EU:C:2012:491.

⁹ *Vid.* núm. 56 de la Sentencia.

¹⁰ Sentencia del TJ (Sala Primera) de 7 de mayo de 2020, As. C-641/18, *LG y otros y Rina SpA Ente Registro Italiano Navale*, ECLI:EU:C:2020:349.

privado por delegación de un Estado entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 si la actividad no se ejerce en virtud de prerrogativas de poder público¹¹.

Conviene señalar que tanto en la sentencia *Mahamdia* como en *Rina* el Tribunal de Justicia justifica su solución en la distinción de Derecho internacional público entre inmunidad absoluta e inmunidad relativa, afirmando que en la situación actual del Derecho internacional no rige la inmunidad absoluta, sino la relativa, que limita ésta a los actos *iure imperii*¹². Esto es, el Tribunal de Luxemburgo orienta la interpretación del Reglamento para conseguir que éste sea compatible con las exigencias de Derecho internacional público. Como se apuntaba hace un momento, el Tribunal podría haber optado por entender que la regulación de la competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I era cuestión separada de la consideración de la inmunidad de jurisdicción, de tal manera que no sería preciso forzar la interpretación de éste para ajustarla a las exigencias del Derecho internacional; pero esta opción no parece ser considerada por el Tribunal de Luxemburgo, quizás porque entiende que la interpretación tradicional del Convenio de Bruselas y del Reglamento 44/2001 no plantea contradicción alguna con el Derecho internacional.

Esta era la situación con anterioridad a la sentencia que nos ocupa, que introduce algunas novedades relevantes en relación a este tema, tal como veremos inmediatamente.

En primer lugar, en el caso del que conoce la sentencia *Supreme Site Services* no se plantea un problema relativo a la inmunidad de jurisdicción, sino a la inmunidad de ejecución¹³, lo que es relevante, puesto que la inmunidad de ejecución no implica la imposibilidad de que los tribunales dicten una decisión sobre el fondo del asunto, sino que impide que determinados bienes puedan verse sometidos a un proceso de ejecución¹⁴. De esta forma, la consideración de la inmunidad de ejecución no incide de la misma manera que la inmunidad de jurisdicción en la determinación del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas Ibis. Esto, quizás, es lo que explica que en este supuesto el Tribunal no haya seguido las pautas que habíamos visto en decisiones anteriores y haya optado por aquella posible que habíamos apuntado un poco más arriba: determinar el ámbito de aplicación del instrumento a partir de la interpretación del concepto “materia civil y mercantil” para, a continuación, indicar que esta determinación no impedía que el tribunal nacional apreciara la inmunidad si correspondía hacerlo. En este sentido son muy claros los núms. 64 y 74 de la sentencia comentada.

Anteriormente incluía un “quizás” en la frase, porque el razonamiento del tribunal deja abiertas algunas dudas ya que, pese a que, como se acaba de indicar, se diferencia la cuestión de la aplicación del Reglamento de la consideración de la inmunidad, no se prescinde de indicar que el Reglamento es compatible con una consideración restrictiva

¹¹ Vid. núm. 58 de la sentencia.

¹² Vid. núms. 55 de la sentencia *Mahamdia* y 56 de la sentencia *Rina*.

¹³ Vid. núm. 54 de la sentencia, donde se recogen las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de los Países Bajos.

¹⁴ Me remito a ARENAS GARCÍA, R., *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 73-74.

de las inmunidades estatales¹⁵, lo que no hubiera sido necesario una vez que se asume que la consideración de la inmunidad ha de realizarse por los tribunales nacionales de acuerdo con lo establecido en el Derecho internacional.

En este sentido, no puede dejar de señalarse que en este caso no estamos ante una inmunidad estatal, sino de una organización internacional. El Tribunal de Luxemburgo así lo señala, pero sin que esto afecte a la solución del caso.

Dado que, como se ha indicado, la cuestión de la inmunidad de ejecución es separada de la de la determinación del ámbito de aplicación material del Reglamento, este es abordado a partir de los criterios que ya habían sido utilizados por sentencias anteriores y a los que nos hemos referido un poco más arriba. En primer lugar, se especifica que lo que determina el ámbito de aplicación material del Reglamento en relación a una medida cautelar o provisional no es la naturaleza de la medida, sino la de los derechos que tutela¹⁶. A partir de aquí, por tanto, lo que hace el tribunal es examinar si el litigio sobre el fondo, esto es, la reclamación de *Supreme* por el suministro de carburante a SHAPE, puede considerarse un litigio en materia civil o mercantil. Para eso se atiende a la naturaleza de la relación entre ambas partes y se constata que el contrato tiene naturaleza de Derecho privado, sin que el hecho de que ese carburante sea utilizado para una misión militar la altere¹⁷. La conclusión, por tanto, es que el caso entra en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012.

Se trata de una aproximación que coincide con la que ya habíamos visto en la sentencia *Sunico*. Ahora bien, no pude dejar de señalarse que, en la sentencia *Supreme Site Services*, al igual que antes en *Sunico*, la naturaleza de la acción ejercitada es examinada sin tener en cuenta sus conexiones con el ejercicio de funciones soberanas (actuaciones militares en *Supreme Site Services* y potestades tributarias en *Sunico*). No es éste el acercamiento que se tuvo en *Lechouritou*, ya que en dicha decisión, pese al indudable carácter civil de la acción (responsabilidad por daños) sí resultó relevante que tales daños hubieran sido consecuencia del ejercicio de funciones soberanas (actuaciones militares). Casi podría decirse que la diferencia fundamental entre unos casos y otros es que en *Lechouritou* el demandado era el Estado mientras que tanto en *Supreme Site Services*, como en *Sunico*, el Estado es el demandante.

Esto último precisa una aclaración. En el proceso de fondo entre *Supreme Site Services* y SHAPE el demandante es *Supreme Site Services*, pero la cuestión prejudicial no se plantea en relación a este litigio, sino a la demanda presentada por SHAPE para levantar el embargo preventivo decretado a petición de *Supreme Site Services*. De esta forma, en este procedimiento es SHAPE quien asume la posición de demandante. Pareciera que cuando es el Estado quien actúa se es más proclive a considerar la naturaleza de la acción y menos su conexión con el ejercicio de funciones soberanas, lo que podría plantear algunas dudas. Así, siguiendo con el caso que nos ocupa, y una vez sentado que la venta de carburante, aunque sea para la realización de operaciones militares, ha de ser considerado como un

¹⁵ Vid. núm. 60 de la sentencia.

¹⁶ Vid. núms. 52 y 54 de la sentencia.

¹⁷ Vid. núm. 65 de la sentencia.

contrato incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012 podríamos cuestionarnos si el resultado sería el mismo si el objeto del contrato en vez de carburante fuera munición, o se si se tratara de un contrato para la fabricación de tanques, aviones de combate o buques de guerra. ¿Se sostendría entonces también que el uso que se pudiera hacer de los bienes o servicios objeto del contrato no afectaba a la naturaleza civil de la acción y que, por tanto, entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento? Y si esto es así ¿por qué cuando se plantea una acción civil derivada de la utilización de esos buques de guerra, esos aviones de combate o esa munición la respuesta es que el caso queda fuera del ámbito de aplicación del instrumento (caso *Lechouritou*)? Ciertamente, ahora esta pregunta está resuelta como consecuencia de la exclusión expresa de estas acciones del ámbito de aplicación del Reglamento en su art. 1.1; pero la duda sobre la coherencia de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se mantiene, puesto que la sentencia *Lechouritou* se dictó en relación a un texto que no excluía las acciones de responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad.

III. EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS

La sentencia que comentamos aún se ocupa de otra cuestión interesante, la de la interpretación del foro exclusivo en materia de ejecución de resoluciones judiciales. Se trata de un foro que no ha dejado de plantear problemas de interpretación, derivados, sobre todo, de la dificultad en ocasiones de diferenciar entre la declaración y la ejecución¹⁸; especialmente en algunos sistemas jurídicos, como el español, en el que es la propia autoridad judicial la que ejecuta las resoluciones que adopta.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, las dudas son reducidas. Nos encontramos ante una medida cautelar que había sido adoptada en los Países Bajos, pero en relación a un depósito de garantía constituido en Bélgica, por lo que la ejecución de la medida debía realizarse en este último país. No hay duda de la competencia de los tribunales holandeses para la adopción de la medida cautelar, pues tienen competencia en relación al fondo del asunto. En el supuesto concreto, además, existe una separación clara entre la adopción de la medida y su ejecución, precisamente porque ésta debía realizarse en otro país. A partir de aquí el Tribunal de Luxemburgo aclara que lo que se impugna en los Países Bajos no son las medidas concretas de ejecución adoptadas en Bélgica, sino que lo que se pide es que se levante el embargo preventivo decidido previamente por los tribunales holandeses y se prohíba que se insten nuevas medidas de embargo. La separación entre la medida cautelar y su ejecución facilita la determinación de la competencia judicial internacional. En tanto se impugne la decisión adoptada en los Países Bajos los tribunales de este país gozarán de competencia. Si, en cambio, se impugnaran las concretas medidas adoptadas en Bélgica, sí que operaría el foro de competencia exclusivo del art. 24.5 del Reglamento 1215/2012¹⁹.

¹⁸ Vid. VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed. 2007, pp. 687-689.

¹⁹ Vid. núm. 73 de la sentencia.

IV. CONCLUSIÓN

Nos encontramos ante una sentencia del Tribunal de Luxemburgo que presenta gran interés, porque se ocupa por primera vez de cómo afecta la inmunidad de ejecución la aplicación del Reglamento Bruselas Ibis. Como no podía ser de otra forma, existen diferencias respecto a lo hasta ahora dicho en relación a la inmunidad de jurisdicción. Se separa la cuestión de la inmunidad de la determinación de la competencia judicial internacional y también existe un pronunciamiento relevante sobre el concepto de materia civil y mercantil en el art. 1 del Reglamento. Se une así esta decisión a las varias ya existentes sobre esta difícil cuestión, estando más cerca aquí de la sentencia *Sunico* que de la *Lechouritou*.

Finalmente, el pronunciamiento sobre la competencia exclusiva en materia de ejecución de sentencias confirma que el que ya se haya ejecutado una medida cautelar o provisional en un Estado miembro no impide que en el Estado en el que se adoptó la medida (diferente del de ejecución) pueda desarrollarse un litigio en relación a la mencionada medida. No podrían, sin embargo, tribunales de un Estado diferente al de ejecución pronunciarse sobre las medidas de ejecución ya adoptadas.