

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

POR U. BELINTXON MARTÍN, C. I. CORDERO ÁLVAREZ, M. GONZÁLEZ MARIMÓN,
P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS Y M. VINAIXA MIQUEL,

COORDINADA POR B. AÑOVEROS TERRADAS*

SUMARIO:

LA DES-ESPECIALIZACIÓN EN MATERIA DE DERECHO DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL (AHORA POR CARRETERA). ¿UN PROBLEMA RECURRENTE QUE REQUIERE DE SOLUCIÓN? REFLEXIONES/NOTA A LA STJUE DE 21 DE MARZO DE 2024 (ASUNTO C-90/22)

POR U. BELINTXON MARTÍN..... pp. 463-472

COMPETENCIA Y LEY APLICABLE EN LOS LITIGIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL (STS CIV 1ª 24 JUNIO 2024)

POR C. I. CORDERO ÁLVAREZ..... pp. 473-478

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ADOPTAR MEDIDAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y ALIMENTOS EN RELACIÓN CON EL HIJO COMÚN RESIDENTE EN BIELORRUSIA, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO (TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, SENTENCIA 979/2024 DE 10 JUL. 2024)

M. GONZÁLEZ MARIMÓN..... pp. 479-485

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA ADOPCIÓN DE MENOR NACIDO POR GESTACIÓN SUBROGADA EN UCRANIA: STC 28/2024, DE 27 DE FEBRERO DE 2024 (Y SU VOTO PARTICULAR)

POR P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS..... pp. 487-493

LA LEY APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES SUFRIDOS POR VÍCTIMAS INDIRECTAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO: ¿SON LOS “CRITERIOS DE EQUIDAD” UNA “LEY

* B. AÑOVEROS TERRADAS, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona

DE POLICÍA” SEGÚN EL ART. 16 DEL REGLAMENTO ROMA II? (STJUE DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2024, As. C-86/23, E.N.I, Y.K.I c. HUK-COBURG-ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG)

POR M. VINAIXA MIQUEL pp 495-503

LA DES-ESPECIALIZACIÓN EN MATERIA DE DERECHO DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL (AHORA POR CARRETERA). ¿UN PROBLEMA RECURRENTE QUE REQUIERE DE SOLUCIÓN? REFLEXIONES/NOTA A LA STJUE DE 21 DE MARZO DE 2024 (ASUNTO C-90/22)

UNAI BELINTXON MARTÍN*

I. HECHOS

El máximo órgano jurisdiccional de la Unión, el TJUE, resuelve en esta nueva resolución (STJUE de 21 de marzo de 2024, asunto c-90/22)¹ las cuestiones prejudiciales planteadas sobre la interpretación del artículo 45.1, letras a) y e), inciso ii) del RBI bis, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y del artículo 71 de dicho Reglamento, por un lado, en relación con los artículos 25, 29 y 31 de la propia norma y, por otro lado, a la luz de sus considerandos 21 y 22. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la compañía aseguradora Gjensidige ADB y la compañía porteadora Rhenus Logistics UAB, en relación con el reembolso de la indemnización que la primera había abonado a la entidad ACC Distribution UAB en concepto de reparación de un perjuicio sufrido en el marco de la ejecución de un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera celebrado con dicha compañía.

ACC Distribution celebró con Rhenus Logistics un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera para transportar material informático desde Países Bajos hasta Lituania. Parte de la mercancía fue robada durante el trayecto activándose el sistema de responsabilidad regulado en los artículos 17 a 29 del Convenio CMR de 1956². La compañía aseguradora, Gjensidige ADB, abonó a la cargadora, ACC Distribution, una indemnización de 205.108, 89 euros.

La porteadora, Rhenus Logistics ejerció una acción declarativa de limitación de responsabilidad el 3 de febrero de 2017 ante el Tribunal de Primera Instancia de Zelanda-Brabante Occidental, en Países Bajos. ACC Distribution y Gjensidige ADB solicitaron al citado órgano jurisdiccional de Países Bajos que declinase su competencia en favor del tribunal lituano competente según acuerdo atributivo de jurisdicción acordado entre cargadora y transportista (artículo 31 del CMR).

* Unai Belintxon Martin, Profesor Titular de Derecho internacional privado, Universidad Pública de Navarra (UPNA).

1 ECLI:EU:C: 2024:252.

2 BOE, 07-05-74. Modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 julio 1978, BOE, 18-12-82, corrección de errores de 15-06-95.

Mediante resolución de 23 de agosto de 2017 el órgano jurisdiccional de Países Bajos desestimó la solicitud de ACC Distribution y Gjensidige ADB calificando el acuerdo atributivo de jurisdicción al órgano jurisdiccional lituano como nulo según el artículo 41 del CMR e interpretando que dicho acuerdo restringía las opciones de elección de los foros objetivos alternativos del artículo 31 del CMR. Ante esta tesitura se declaró competente para conocer del asunto.

La aseguradora Gjensidige ADB ejercitó el 19 de septiembre de 2017 ante el Tribunal Regional de Kaunas en Lituania una acción de repetición por la que solicitaba que se condenara a la porteadora Rhenus Logistics a reembolsar el importe de 205.108,89 que había abonado a la cargadora ACC Distribution en concepto de indemnización. En fecha 12 de marzo de 2018 el citado Tribunal lituano suspendió el procedimiento hasta que el Tribunal de Países Bajos dictará una resolución definitiva.

El 25 de septiembre de 2019 el tribunal de Países Bajos declaró la responsabilidad de la porteadora Rhenus Logistics limitada a un importe de indemnización máxima de 40.854,20 euros en aplicación de lo dispuesto en el artículo 23.3 del CMR. El 22 de mayo de 2020 el tribunal lituano desestimó la acción de repetición al considerar la fuerza de cosa juzgada de la resolución del Tribunal de Países Bajos de fecha 25 de septiembre de 2019.

El Tribunal de Apelación de Lituania confirmó el 25 de febrero de 2021 mediante Auto la resolución del Tribunal de instancia lituano interpretando que el artículo 31.1 del CMR no regula un acuerdo atributivo de jurisdicción en términos exclusivos y excluyentes de los foros objetivos alternativos recogidos en el propio precepto.

La aseguradora Gjensidige ADB interpuso recurso de casación contra el citado auto ante el Tribunal Supremo de lo civil y penal de Lituania alegando que en caso de concurso entre el CMR y el Reglamento n.º 1215/2012 (RBI Bis) debía prevalecer el artículo 25 del RBI bis y su carácter exclusivo. El Tribunal Supremo lituano no considera exclusivo ni excluyente el acuerdo atributivo de jurisdicción acordado entre las partes en los términos del artículo 31 del CMR y se plantea si dicho precepto es compatible con el RBI bis dado que según su interpretación el artículo del texto internacional permite dejar sin aplicación los acuerdos atributivos de competencia. Y esto, en palabras del citado Tribunal, posibilita las prácticas litigiosas abusivas y las fomenta, por lo que se plantea si es compatible su aplicación con los objetivos perseguidos por el RBI bis y, por lo tanto, su conformidad con el orden público.

En estas circunstancias el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania plantea al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Puede interpretarse el artículo 71 del Reglamento n.º 1215/2012, a la luz de sus artículos 25, 29 y 31 y sus considerandos 21 y 22, en el sentido de que permite la aplicación del artículo 31 del [CMR] también en supuestos en los que un litigio comprendido en el ámbito de aplicación de ambos instrumentos jurídicos sea objeto de un acuerdo atributivo de competencia?
- 2) A la vista de la intención del legislador de reforzar la protección de los acuerdos atributivos de competencia en la [Unión], ¿es posible una interpretación más amplia del artículo 45, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento n.º 1215/2012, de modo

que abarque no solo la sección 6 del capítulo II de dicho Reglamento, sino también la sección 7 de dicho capítulo?

- 3) Una vez valoradas las particularidades de una situación concreta y las consecuencias jurídicas resultantes, ¿puede interpretarse el concepto de “orden público” que figura en el Reglamento n.º 1215/2012 en el sentido de que constituye un motivo para decidir no reconocer una resolución dictada en otro Estado miembro cuando la aplicación de un convenio especial, como el [CMR], da lugar a una situación jurídica en la que, en un mismo asunto, no se respetan ni el acuerdo atributivo de competencia ni el relativo a la ley aplicable?

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Expuesto lo anterior, adelantamos ya que la STJUE de 21 de marzo de 2024, asunto c-90/22 acierta en el criterio general esgrimido para dilucidar las cuestiones prejudiciales segunda y tercera planteadas sobre la interpretación del artículo 45.1, letras a) y e), inciso ii) del RBI bis, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y del artículo 71 de dicho Reglamento, por un lado, en relación con los artículos 25, 29 y 31 de la propia norma y, por otro lado, a la luz de sus considerandos 21 y 22. Y, sin embargo, este posicionamiento genera ciertas dudas en cuanto a la aplicación dada al criterio hermeneútico establecido por la regla de especialidad en su sentencia TNT vs. AXA de 4 de mayo de 2010, asunto c-533/08³ y, lo hace, evidenciando una patente des-especialización en materia de Derecho del transporte internacional (en este caso por carretera)⁴.

Desde el primer momento nuestro máximo órgano jurisdiccional intenta evadir entrar de lleno en el análisis exhaustivo de la activación de la regla de especialidad del artículo 71 del RBI bis que le hubiere permitido, además de responder a la cuestión prejudicial primera, resolver la controversia del debate principal surgida en instancia sobre la aplicabilidad del RBI bis o del CMR de 1956. Y no lo hace, tal vez por el hábil planteamiento procesal defensivo de la empresa porteadora Rhenus Logistics ante los órganos jurisdiccionales de Países Bajos que acogen su tesis ante la acción declarativa de limitación de responsabilidad articulada por ésta y, que proviene de la incompatibilidad, o disparidad, entre la tradicional concepción continental de la determinación como exclusiva y excluyente de la jurisdicción acordada mediante sumisión expresa por voluntad de las partes en relación con los foros alternativos que de manera objetiva quedan recogidos por el CMR en su artículo 31 para el transporte internacional de mercancías por carretera o, en cambio, la consideración como adicionales de estos últimos respecto al acuerdo de elección de foro más propia del Derecho anglosajón.

Abrumado, o no, por el planteamiento dado, la realidad es que el TJUE realiza un rápido análisis sobre la regla de especialidad del artículo 71 del RBI bis (apartados 41, 44, 45 y 46)

3 STJUE (Gran Sala) de 4 de mayo de 2010 (asunto c-533/08), TNT vs AXA, ECLI:EU:C:2010:243.

4 Sobre la especialización del Derecho del transporte internacional, entre otros: IRIARTE ÁNGEL, J.L., “Transporte marítimo internacional de mercancías y terceros Estados”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 1989, pp. 7-28.

y el criterio hermeneútico establecido por él mismo en su sentencia de 4 de mayo de 2010 (asunto c-533/08), sin sensibilidad con la pluralidad de aspectos que deben valorarse a la hora de concretar la norma de aplicación para la cuestión dentro de los diversos bloques normativos coexistentes, que desde el punto de vista de la Unión Europea, es ciertamente amplia: sometimiento expreso o tácito a tribunal extranjero; prórroga y/o derogación de la competencia; validez del acuerdo atributivo desde la doble perspectiva formal y material y su calificación como exclusivo y excluyente; la oponibilidad de la cláusula de jurisdicción o arbitraje frente a terceros no parte en el contrato; las relaciones *forum-ius*; los foros objetivos alternativos; la activación o desactivación de la regla de la especialidad según los criterios del TJUE en la propia sentencia TNT vs. AXA de 4 de mayo de 2010 y/o también la restricción o minoración del juego de la libre autonomía de la voluntad de las partes.

Cabe recordar que tal regla de especialidad vino establecida como solución inicial en el artículo 57 del Convenio de Bruselas de 1968. Este precepto, que fue completado y matizado en los sucesivos Convenios de Adhesión, otorgaba primacía en la aplicación a aquellas normas convencionales que aportaran una mayor aproximación a la problemática específica de cada sector de la codificación internacional con regulación de la competencia judicial internacional (directa y/o indirecta)⁵.

No obstante, debemos ser conscientes de que la regla de especialidad no quedará activada para la totalidad de Convenios internacionales especiales, debiéndose individualizar y valorar en cada caso concreto si se cumplen con los requisitos de calificación (especial o particular), y si el Convenio en cuestión contiene una regulación de la competencia judicial directa o indirecta, y/o de las reglas de reconocimiento y ejecución. Ante la ausencia de alguno de los presupuestos señalados, la regla de especialidad no será aplicable y entrarán en juego las reglas comunes de competencia contenidas en el Convenio de Bruselas⁶.

Conforme a la doctrina jurisprudencial que consolida la STJUE 4 de mayo de 2010 del TJUE, no puede afirmarse que la Unión esté vinculada de forma incondicional por las reglas de la competencia judicial, de reconocimiento y ejecución previstas en el CMR. Al contrario, de la interpretación del artículo 71 del RBI (actual artículo 71 RBI bis) se desprende que las mencionadas reglas establecidas en el CMR sólo podrán aplicarse en el seno de la Unión si respetan los principios que inspiran dicho Reglamento. Queda abierto así por tanto un margen de discrecionalidad judicial en la aplicación de la cascada de la especificidad o regla de la especialidad que no debe desatenderse y que debe ser objeto de delimitación en cada supuesto controvertido mediante un juicio valorativo, a modo de criterio hermeneútico nuclear, para tomar la decisión de qué norma debe recibir aplicación y, que tendrá que sostenerse en sí la aplicación al supuesto de la convención internacional especial presenta un alto grado de previsibilidad de resultado, facilita una buena administración de justicia, evita la reducción de

5 ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Las reglas de especificidad como cauce para superar los conflictos normativos entre Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *La Ley*, 29 de octubre de 2010, pp. 1-6.

6 GARAU SOBRINO, F.F., “La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre Reglamento Bruselas I y los convenios sobre materias particulares según el TJUE”, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 270-281.

la activación de procedimientos paralelos y garantiza la libre circulación de las resoluciones y la confianza recíproca en el seno de la justicia en la Unión Europea en materia civil y mercantil en términos no menos favorables que lo garantizado por el actual Reglamento Bruselas I bis. Y aquí, es a nuestro juicio donde erra el TJUE en su interpretación y posicionamiento. No entra a responder la primera cuestión prejudicial planteada, tal vez, convencido por la contundente, pero desespecializada consideración materializada por el abogado general en el apartado 139 de sus conclusiones sobre el asunto c-90/22 de fecha 14 de diciembre de 2023 al indicar expresamente que [...]Por lo tanto, esta visión general me lleva a considerar que el artículo 71 del Reglamento n.º 1215/2012 y el criterio enunciado en la sentencia TNT Express no se oponen a que la norma de competencia prevista en el artículo 31, apartado 1, del CMR se interprete en el sentido de que una competencia derivada de un acuerdo de elección de foro no puede considerarse exclusiva. [...] Y dicho silencio marca un claro pero desespecializado posicionamiento de nuestro máximo órgano jurisdiccional puesto que la correcta aplicación de la regla de especialidad al caso debía haber permitido la determinación de la competencia judicial internacional mediante la activación de las normas del RBI bis en detrimento de la aplicación de las normas contenidas en el CMR.

Nos explicamos, el respeto y la garantía del axioma que representa la autonomía de la voluntad de las partes contractuales en este importante sector del Derecho del transporte⁷ y su proyección a modo de foro de competencia judicial internacional debe tenerse siempre presente al sopesar los distintos intereses que afloran y confluyen en la materia⁸. La libertad y capacidad de las partes para determinar una cláusula atributiva de jurisdicción⁹ o una cláusula de sometimiento a arbitraje respecto a unos concretos órganos jurisdiccionales o a un arbitraje determinado¹⁰, representa un concepto básico del actual Derecho del transporte internacional que hace gala de técnicas y singularidades características¹¹.

Uno de los debates prácticos con mayor interés en materia competencial para este sector se centra en la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del foro

7 PICHARS, M., “L’évolution de la norme dans les transports”, en PERU-PIROTTE, L., DUPONT-LEGRAND, B., y C. (dirs.), *Le Droit du transport dans tous ses états: réalités, enjeux et perspectives nationales, internationales et européennes*, Larcier, Bruselas, 2012, pp. 17-48.

8 Sobre la primacía del respeto por la libertad de contratación y autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho marítimo, ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Competencia judicial internacional en el transporte internacional. Especial referencia al transporte marítimo”, en DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., *El Derecho del transporte marítimo internacional*, I jornada sobre Transporte Marítimo Europeo, aspectos mercantiles y jurisdiccionales, Escuela de Administración Marítima– Itsas Ardulararitzazko Eskola, Donostia (20 y 21 de mayo de 1993), p. 133.

9 Sobre el particular, vid. la excelente reflexión de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *CDT*, vol.10, núm. 2, octubre 2018, pp. 333-375.

10 BELINTXON MARTÍN, U., “Derecho internacional privado y transporte aéreo: cuestiones de actualidad sobre jurisdicción y ley aplicable”, PETIT LAVALL, M.V., y PUETZ, A. (dirs.), *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 363-382.

11 BELINTXON MARTÍN, U., “Jurisdicción / arbitraje en el transporte de mercancías por carretera: ¿Comunitarización frente a internacionalización?”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 7, núm. 3, 2014, pp. 707-743.

jurisdiccional, cuando el Convenio dispone que el acuerdo o pacto entre las partes queda supeditado a que el país cuya jurisdicción se haya estipulado como competente sea miembro del propio Convenio CMR.

El propósito de esta mención no es otro que asegurar la aplicación efectiva del Convenio a todo supuesto internacional de transporte de mercancías por carretera no excluido explícitamente en alguna de sus disposiciones, y a su vez, considerar nulo según el artículo 41.1 todo pacto de sumisión jurisdiccional que confiera competencia para conocer de la controversia a un tribunal de un país no miembro del Convenio¹².

Sin duda esta restricción cuantitativa a la libertad de elección de foro para el transporte internacional de mercancías por carretera es muy significativa, limitación que curiosamente no pasa desapercibida por su inexistencia en cuanto a la regulación de los foros objetivos alternativos del propio artículo 31. Es decir, el Convenio reduce el margen de libertad de elección de foro a las partes contractuales, imponiéndoles que para el caso de que acuerden una cláusula atributiva de jurisdicción deberán designar obligatoriamente como competente un tribunal de un Estado parte en el propio Convenio. En consecuencia, una cláusula atributiva de competencia a un tribunal de un Estado no contratante será declarada nula, con independencia de que las leyes de ese tercer Estado permitan la aplicación íntegra del CMR.

Dicho esto, nada impide que, con la entrada en juego de los foros alternativos en ausencia de elección pactada, pueda darse el caso de que un país no firmante del CMR conozca de una controversia de estas características. Pues el Convenio no exige para su aplicación que tanto el país del lugar de toma de la mercancía, como el país del lugar previsto para su entrega sean parte de él, permitiendo que tan solo uno de los dos lo sea.

La redacción del artículo 31.1 del CMR ha permitido interesantes debates doctrinales y jurisprudenciales que han llevado a claras divergencias interpretativas en cuanto a la determinación como exclusiva y excluyente de la jurisdicción acordada mediante sumisión expresa por voluntad de las partes en relación con los foros alternativos que de manera objetiva quedan recogidos por el texto internacional¹³, o en cambio, la consideración como adicionales de estos últimos respecto al acuerdo de elección de foro¹⁴. Tal interpretación trae su razón de ser principalmente en las diferencias entre el Derecho continental y el Derecho anglosajón.

Las dos posturas doctrinales y jurisprudenciales enfrentadas abordan desde opuestas perspectivas jurídicas los diversos y legítimos intereses en presencia dentro de esta área del Derecho

12 PUTZEYS, J., “L’adaptation de la Convention CMR à l’ère informatique”, *URL*, 2006, t.3, vol. XI, pp. 373-375; SÁNCHEZ GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte internacional: CMR*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 270-271; BELINTXON MARTÍN, U., *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 182-183.

13 Puede verse a favor del posicionamiento como exclusivo del acuerdo de sumisión expresa: SÁNCHEZ GAMBORINO, F.J., *op. cit.*, nota 12; RODIERE, R., “La CMR”, *Bulletin des Transports*, 1974, pp. 338-339.

14 En tal sentido: MESSENT, A., y GLASS, D.A., *CMR: Contracts for the international carriage of goods by road*, Informa Law from Routledge, Nueva York, 2017, p. 242.; LOEWE, R., *Note explicative sur la convention relative au contract de transport international de marchandises por la route (CMR) deu 19 de Mai de 1956*, Ad.Nations Unies, Ginebra, 1975, p. 240; PUTZEYS, J., *op. cit.*, nota 12, p. 1090.

del transporte internacional: la doctrina a favor de calificar el acuerdo atributivo de jurisdicción como exclusivo y excluyente entiende que es necesario garantizar la autonomía de las partes en la relación contractual, y el propio acuerdo pactado. En cambio, la doctrina contraria, mayormente anglosajona, entiende que el demandante debe de poder elegir entre el abanico de foros competenciales más amplio posible, es decir, entre el foro competencial acordado por las partes, y cualquiera de los foros objetivos alternativos recogidos en el Convenio.

Tal perturbadora incertidumbre interpretativa tiene sus consecuencias en el plano práctico de la actividad, que se traduce en una aplicación por parte de los tribunales estatales mucho menos uniforme de la que cabría esperar para un texto internacional de estas características. Desde luego nuestro posicionamiento en uno u otro sentido queda supeditado a varios condicionantes, la seguridad jurídica, la igualdad de las partes y el actual contexto en el sector del transporte de mercancías por carretera de carácter internacional.

La capacidad de elección jurisdiccional de las partes para conocer de una controversia tras vincularse contractualmente en una materia de derecho privado dispositivo, como es aceptar o no la ejecución de un transporte internacional de mercancías por carretera, debe ser respetada y protegida dentro de los márgenes del Convenio internacional aplicable, del Derecho europeo, del orden público y del respeto a la igualdad de las partes.

Inclinarse a priori por una postura doctrinal que considera como adicional a la elección jurisdiccional de las partes los foros objetivos recogidos en el Convenio, supondría ir en detrimento de la exclusividad de la sumisión expresa de carácter voluntario y esto significaría aceptar como válido el incumplimiento de un pacto de atribución competencial que ha podido quedar establecido en el propio contrato de transporte como estipulación o incluso posteriormente una vez acaecido el hecho. En este sentido, podrá argumentarse jurídicamente que la toma en consideración de tal postura quebraría un principio jurídico fundamental, como es que los contratos realizados de buena fe y conforme a la ley, se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes obligando desde ese momento no solo a lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias no contrarias a derecho, ni a la buena fe.

En consecuencia, posibilitar al demandante elegir entre lo expresamente pactado y los foros alternativos conllevaría que, según el hecho generador del perjuicio y el tipo de consecuencias generadas, la parte actora podría localizar previo estudio de la jurisprudencia, la acción ante la jurisdicción más favorable a sus pretensiones. Es decir, se estaría permitiendo un *forum shopping* convencionalizado, que sin duda generaría notables tasas de incertidumbre al operador del sector, pudiendo producirse en ciertos casos la merma del equilibrio de las partes contratantes y socavar la pretendida seguridad jurídica y el óptimo grado de previsibilidad que las reglas de competencia judicial deben presentar desde una perspectiva objetiva.

Desde luego la permisividad de un amplio abanico de foros de ataque además del foro establecido en la cláusula de atribución competencial permite equilibrar la igualdad de las partes para los casos en los que vaya inserta de manera predeterminada en la propia carta de porte una determinada cláusula atributiva de jurisdicción. Únicamente estos casos exigirían establecer un reparto equilibrado de riesgos y responsabilidades entre cargadores y transportistas. La eliminación de cualquier tipo de abuso de posición dominante en la negociación contractual

entre las partes es absolutamente necesario en el contexto internacional actual en materia de transporte. Pero no pueden obviarse los usos y costumbres del concreto sector comercial.

Dicho esto, en el siglo XXI de la especialización el posicionamiento doctrinal en favor de la permisividad de los foros alternativos como adicionales al pacto inter-partes de elección de foro, a priori parece contraproducente para la búsqueda de la uniformidad, la aceptación y el respeto del protagonismo que en el contexto jurídico actual del derecho privado dispositivo merece la autonomía de la voluntad en materia de transporte internacional de mercancías por carretera.

Así, siempre y cuando el equilibrio entre las partes en la negociación contractual esté garantizado, la primacía del foro derivado del juego de la sumisión expresa o tácita de las partes frente al elenco de foros objetivos consagrados en la normativa convencional debe garantizarse, quedando la operatividad de los foros alternativos subordinada a la utilización por las partes del margen de autonomía de la voluntad conferido en cuanto a la determinación del tribunal competente.

Expuesto lo anterior, si nos acogemos a la tesis de la permisividad de los foros alternativos como adicionales al acuerdo atributivo de jurisdicción ningún sentido tiene el condicionante limitador de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la jurisdicción competente del artículo 31.1 del CMR, puesto que choca frontalmente con permitir una serie de posibilidades judiciales objetivas, que acrecientan el particular y llamativo ámbito de aplicación del Convenio, en detrimento de la seguridad jurídica. Tal consciente imprecisión en las reglas de conexidad premia al más veloz en la interposición de la acción, permitiendo divergencias en el resultado jurídico final dependiendo de si la demanda se interpone ante la jurisdicción de un país contratante u otro, o incluso ante un tercer país no parte del CMR, siendo sustanciales las diferencias existentes en la interpretación mediante la ley nacional del Estado correspondiente de ciertas lagunas del texto internacional, y también respecto a la ley aplicable a un transporte internacional de mercancías por carretera en un Estado no contratante, respecto a las materias de limitación de responsabilidad, quantum indemnizatorio, prescripción de acciones, ejecución de resoluciones judiciales y factores de responsabilidad.

En efecto, la extensión del ámbito de aplicación de la norma declarado en el artículo 1 es controvertida, y exige para su aplicación que tan solo uno de los dos países donde se produce la carga de la mercancía o la entrega o descarga al destinatario sea miembro del Convenio CMR. Esto abre un margen nada despreciable para que los tribunales de un tercer Estado entren a conocer de un incumplimiento en la ejecución de un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera que pueda finalmente conllevar responsabilidades tanto contractuales como extracontractuales, pues así lo permiten los foros objetivos establecidos en el CMR para los casos en los que no exista un pacto de elección jurisdiccional.

En todo caso, no debe olvidarse que un Estado que no es parte en el Convenio no tiene obligación de aplicarlo, y deberá tenerse en cuenta que el Juez o tribunal de ese Estado ajeno al CMR acudirá a su sistema de Derecho internacional privado, entrando a aplicar su normativa interna, o un Convenio especial en vigor y aplicable para los transportes internacionales de mercancías por carretera desde su particular perspectiva jurídica, que como el CMR tenga un ámbito de aplicación condicionado a que tan solo una de las partes forme parte del Convenio

internacional¹⁵. Así podrá aducirse por parte de los juzgados y tribunales de este tercer Estado que el Derecho ajeno es contrario a ciertas normas estatales imperativas o incluso la siempre recurrente contrariedad del orden público¹⁶ para no aplicar las disposiciones contenidas en el CMR, y esto haría necesario según los criterios hermenéuticos esgrimidos por el TJUE en su sentencia TNV vs AXA de 4 de mayo de 2010 activar la aplicación de las normas sobre de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones del RBI bis desplazando la aplicación del CMR. Cuestión a la que el TJUE no ha querido contestar en este asunto a pesar de competerle según el artículo 267 TFUE.

Respecto a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, el TJUE declara que el artículo 45, apartado 1, letras a) y e), inciso ii), del RBI bis, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro denegar el reconocimiento de una resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro basándose en que este último órgano jurisdiccional se ha declarado competente para pronunciarse sobre una acción ejercitada en virtud de un contrato de transporte internacional dejando sin aplicación un acuerdo atributivo de competencia, en el sentido del artículo 25 de dicho Reglamento, que forma parte de ese contrato. La argumentación del máximo Tribunal de la Unión en esta decisión nace en la cuestión de la competencia judicial internacional¹⁷ y se proyecta sobre el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones y, es acertada. Pero la duda que cabe plantearse es si el Tribunal sigue un criterio hermeneúutico claro al pronunciarse sobre esta cuestión o, si en cambio, en ocasiones se extralimita inmiscuyéndose en un terreno abonado por la política legislativa diluyendo el citado inspirador criterio hermeneúutico (revítese el posicionamiento del TJUE en su sentencia de 20 de junio de 2022, asunto C-700/20¹⁸ dónde se posicionada en un sentido divergente al actual al realizar una interpretación a sensu contrario¹⁹). Y a su vez, debemos valorar si esta intromisión aflora ante la patente inacción del legislador de la Unión en una materia nuclear como la del transporte internacional.

III. CONCLUSIONES

Sin duda, es necesario que el sistema competencial establecido en el CMR evolucione sin condicionantes hacia criterios de atribución determinados por la autonomía de la voluntad de las

15 El Acta Ohada, aplicable al transporte internacional de mercancías por carretera en vigor para ciertos países africanos es un régimen jurídico internacional también en materia de transporte, que aun habiéndose establecido con claras similitudes y gran influencia del CMR, es un cuerpo normativo independiente.

16 En tal sentido véase: LASA, B., “Competencia judicial internacional y regulación del arbitraje en el convenio CMR”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 287-308; PUTZEYS, J., *op. cit.*, nota 12, p. 88-89.

17 ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Los Foros de competencia Judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco, Bilbao, 1993, pp. 29 ss.

18 STJUE (Gran Sala) de 20 de junio de 2022 (Asunto C-700/20), ECLI:EU:C:2022:488.

19 BELINTXON MARTÍN, U., “El des-PRESTIGE de las instituciones y la ausencia de especialidad: ¿males del Siglo XXI? Reflexiones sobre el Asunto Prestige y la compleja relación del arbitraje con el sistema europeo”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 17, 2023.

partes, y evitar así que la regla de especialidad claudique en favor de instrumentos europeos como el RBI bis en aquellos casos en los que no se garantice un alto grado de previsibilidad, una buena administración de justicia, la reducción de procedimientos paralelos, unas condiciones igual de favorables que las previstas en la citada norma europea, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil, y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la UE.

Dicho esto, queremos volver a reiterar que es imprescindible la especialización para el sector del Derecho del transporte por carretera en nuestro siglo. Lo más recurrente para evitar cualquier clase de distorsión y resultados judiciales divergentes según el Estado miembro ante el cual se haya iniciado una acción judicial en materia de transporte internacional de mercancías por carretera es sin duda alguna dar cabida a la perentoria necesidad de aproximar las legislaciones nacionales y armonizar el derecho aplicable de los distintos Estados contratantes.

Eso sí, desde la óptica de la especialización y de los criterios hermenéuticos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 4 de mayo de 2010, asunto C-533/08, debemos mostrar ciertas reservas al posicionamiento esquivo, o tal vez poco valiente, del TJUE respecto a la primera cuestión prejudicial planteada y la aplicación de la regla de especialidad en esta reciente resolución.

COMPETENCIA Y LEY APLICABLE EN LOS LITIGIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL (STS CIV 1ª 24 JUNIO 2024)

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ*

I. HECHOS

El TS se ha pronunciado en su sentencia 3537/2024 de 24 de junio¹ sobre dos cuestiones relevantes para el DIPr, ante una eventual infracción transfronteriza de derechos de la personalidad por la publicación de varias fotografías en la red social Facebook. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la supuesta víctima contra la sentencia dictada en grado de apelación² que resolvía negativamente el recurso presentado frente a la resolución de instancia³.

Los antecedentes de hecho se concretan en los siguientes. La demandante, ciudadana española con domicilio en la provincia de Huesca (D^a Ariadna), y el demandado (Sr. Alejandro), ciudadano francés con domicilio en Francia, contrajeron matrimonio en mayo de 2021. Cuando se interpuso la demanda sobre protección de los derechos a la intimidad y a la propia imagen (29 de abril de 2022), las partes se encontraban en trámites de divorcio. Son varias las acciones que se ejercitan conjuntamente por la demandante ante los tribunales españoles: 1) acción indemnizatoria (10.000 euros) por los daños causados por la intromisión ilegítima de sus derechos⁴ por la publicación en Facebook de imágenes sin su consentimiento; 2) cesación de dichos comportamientos (así como la solicitud de abstenerse el demandado de realización de actos futuros semejantes); 3) eliminación de todas las imágenes difundidas en redes en las que aparezca la demandante.

Los dos tribunales de instancia declaran que no existía prueba de crisis matrimonial cuando se produjo la supuesta infracción de los derechos. Los días 31 de octubre, 13, 15 y 24 de noviembre de 2021 el demandado publicó en su muro de Facebook diversas fotografías con imágenes de la demandante, realizadas en fechas anteriores. La captación de las imágenes no es una cuestión controvertida, al ser tomadas con consentimiento de la actora. Las fotografías controvertidas son imágenes relativas a momentos agradables o lúdicos de la vida cotidiana

* Prof^a contratada Doctor de la Universidad Complutense de Madrid (Acr. Titular). Miembro del IDEIR.

1 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Secc. Primera, de 24 de junio de 2024, recurso n^o 7054/2023 (Ponente: Rafael Saraza Jimena). ECLI:ES:TS:2024:3537

2 Sentencia n^o 124/2023, de 7 de junio, dictada por la Secc. Primera de la AP de Huesca.

3 Sentencia n^o 48/2023, de 17 de marzo, del Juzgado de 1^a instancia n^o 4 de Huesca, sobre protección de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, que desestimó la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

4 Derecho a la intimidad y la propia imagen, al amparo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, y de conformidad con el art. 18.1 de la Constitución Española

de la familia, en muchas aparece también el propio demandado. No resultó probado que el muro de Facebook del demandado fuera público o que las imágenes hubieran sido publicadas en abierto.

Existe prueba de que con anterioridad a la publicación las partes mantenían una relación afectiva normal, no hay elementos de prueba que permitieran deducir una crisis o conflicto. Hay comportamientos de la demandante en la misma red social que permitían deducir objetivamente la buena relación entre las partes en el momento de la publicación de las fotos controvertidas; y que no manifestó disconformidad con estas imágenes y/u otras semejantes colgadas en esta misma plataforma por el demandado o por terceros. Respecto de las imágenes publicadas, cabe referir que la demandante había reaccionado con «jadore» a la publicación en fechas anteriores de algunas de las fotografías; había hecho el comentario «belle photo, très belle» a una fotografía publicada por el demandado el 14 de octubre de 2021, en el que aparece una imagen de la pareja en términos análogos a las imágenes controvertidas. Terceras personas publicaron con el consentimiento de la demandante imágenes de la boda de los litigantes, así como el demandado, respecto de las cuales la actora interactuó diciendo «jadore». La demandante manifiesta que la publicación de las fotografías se hizo sin su consentimiento, sin que el consentimiento para su realización implicara su publicación. Las sentencias de instancia consideraron que, en estas circunstancias, el demandado pudo razonablemente entender que estaba autorizado por su esposa para la publicación. La demandante en ningún momento anterior a la interposición de la demanda manifestó objeción alguna a la publicación de las fotografías controvertidas ni exigió su retirada.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CUESTIONES DE COMPETENCIA Y DE LEY APLICABLE

El asunto principal presenta varios elementos extranjeros para apreciar un litigio privado transfronterizo y, en consecuencia, la aplicación de las normas de DIPr. Los elementos de internacionalización se concretan, entre otros, en la nacionalidad de las partes (española y francesa), el domicilio del demandado (Francia), la nacionalidad y domicilio de la sociedad titular de la plataforma de la red social (Facebook) y de la filial que gestiona la publicidad para la versión francesa de la red social. La determinación de la competencia de los tribunales españoles y la aplicabilidad del Derecho español como ley rectora del fondo (en función de la cual se ha resuelto) deben ser conformes con el sistema de DIPr aplicable. El TS declara que tanto la competencia como la ley aplicable fueron correctamente apreciadas por los tribunales de instancia. La veracidad de esta afirmación depende de su conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

La competencia en este tipo de litigios en la UE se determina por el Reglamento Bruselas I *bis*⁵ (Capítulo II). La aplicabilidad de las reglas del Reglamento, en particular, del fuero del lugar del daño (art. 7.2), depende de que el litigio principal caiga dentro de sus ámbitos de aplicación. El

5 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. DO L 351 de 20.12.2012, p. 1–32.

requisito temporal resulta cubierto por la fecha de presentación de la demanda (29 de abril de 2022)⁶. Siendo que el demandado tiene su domicilio dentro de la UE (Francia) se cumple con la regla general de aplicación personal para su Capítulo II (art. 5.1). No existe debate sobre que las acciones de protección de los derechos de la personalidad están incluidas dentro de la materia extracontractual del instrumento –estatuto delictual o cuasi delictual⁷– y, por tanto, están cubiertas por la regla del art. 7.2⁸. En consecuencia, para el litigio principal resulta aplicable la doctrina del TJ en interpretación y alcance del criterio “lugar del daño” para localizar las jurisdicciones competentes en la UE para este tipo de supuestos⁹, en particular, cuando la infracción se verifica en el medio virtual¹⁰. De ello depende si España en este asunto puede calificarse como lugar del daño para fundamentar su competencia, sobre la base del art. 7.2.

En la Sentencia *eDate*¹¹ se adapta la doctrina *Shevill* a los supuestos de difamación en Internet (y otras vulneraciones de derechos de la personalidad en este medio). Se mantienen los dos criterios de conexión de *Shevill*, pero adaptándolos al medio y a los actores que operan en él, y se crea una nueva alternativa con alcance universal: el criterio del centro principal de intereses de la víctima. El lugar de origen del daño se localiza, en primer lugar, en el Estado miembro del lugar de establecimiento del editor o emisor del contenido lesivo¹² –que se

6 Siendo aplicable el Reglamento para las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 (de conformidad con su art. 66 apartado 1).

7 Delimitado a los efectos del instrumento de manera autónoma e independiente de cualquier calificación nacional. En este sentido, entre otras, STJUE 13 marzo 2014, as. C-548/12, *Marc Brogister v. Fabrication de Montres Normandes EURL*, DOUE C-101 (6.4.2013), que reafirma su posición doctrinal previa (véase jurisprudencia previa ahí citada).

8 *Vid.* FJ Segundo, número 3, STS de 24 de junio de 2024.

9 Siendo la conocida Sentencia *Shevill* la primera de ellas (STJCE, de 7 de marzo 1995, as. C-68/93. ECLI:EU:C:1995:61), asentando una doctrina que cada vez es más extensa y completada con otras resoluciones posteriores (*eDate Advertising*; *Bolagsupplysningen OÜ*, *Gtflitx Tv*, etc.), en esta particular materia, en la que el medio en el que el supuesto daño se infringe es determinante para concretar ese lugar o lugares del daño. Un análisis de esta sentencia y de la principal doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia en esta materia para la aplicación del fuero especial del lugar del daño a la luz de los instrumentos europeos puede verse en DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”. *Derecho Privado y Constitución*, 40, 2022, pp. 171-205. En general, sobre todas las cuestiones de DIPr en torno a los litigios internacionales sobre derechos de la personalidad, CORDERO ÁLVAREZ, C. I., *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015; en particular, sobre la competencia judicial internacional, Cap. II.

10 La doctrina *Shevill* no opera automáticamente para el medio virtual, ya que plantea ciertas peculiaridades respecto de otros medios de difusión –tradicionales–; lo que ha reclamado la intervención del TJ para adaptarla. En este sentido ya se manifestaron en su momento la principal doctrina en relación con el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, cuya argumentación es extrapolable al vigente art. 7.2 del Reglamento Bruselas I *bis*. Entre otros, MANKOWSKI, P.: “Sección 2, Special Jurisdictions: Article 5”, en MANKOWSKI, P.; MAGNUS, U. (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*. 2nd Revised Edition, Sellier (European law publishers), Munich, 2011, pp. 88– 284, en esp. pp. 261-265; CORDERO ÁLVAREZ, C. I., “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3º del Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, 2009, pp. 411-428.; PALAO MORENO, G. “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, *TICs*, Navarra, 2006, pp. 275-297.

11 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados *eDate Advertising* (C-509/09) y *Martinez y Martinez* (C-161/10), ECLI:EU:C:2011:685.

12 Resultante de conjugar *Shevill* y *eDate*.

identifica generalmente con su domicilio¹³, como en el asunto principal, que se concretaría en Francia–, con competencia para reparar la integridad de los daños. Pero es el criterio del centro de intereses de la víctima¹⁴, declarado como lugar donde se ha producido o pueda producirse el hecho dañoso (*locus delicti*)¹⁵, la opción para España para fundamentar su competencia; ya que éste coincide normalmente con su domicilio –aunque puede probarse que el centro de intereses principales se encontraba en otro Estado miembro¹⁶–. El lugar de materialización del daño en este tipo de litigios a distancia se concreta en el lugar de acceso al contenido lesivo, siempre que la víctima sea conocida allí para que concurra el bien jurídico protegido (confirmándose el criterio del mosaico¹⁷, aunque con competencia limitada). En el supuesto de referencia, con un personaje particular que no es conocido mundialmente, el espectro de potenciales Estados miembros como lugar de materialización se reduce significativamente. La demandante únicamente es conocida en España y en Francia –este último país por vinculación con su marido–, por lo que la concurrencia del bien jurídico sólo cabría afirmarse respecto de estos dos Estados. La jurisdicción francesa en el litigio principal es el foro natural del domicilio del demandado que, además de contar con competencia universal, como criterio general se aplica en lugar del fuero especial (como *locus delicti* o como *locus damni*). Respecto de la jurisdicción española, a los efectos del art. 7.2 en ella concurre tanto la condición de lugar de origen del daño (centro principal de intereses), como también lugar de materialización. Parece lógico que se opte por la primera para poder fundamentar la competencia universal de nuestros tribunales para conocer de la totalidad de daños y poder ejercitar todas las acciones vinculadas de naturaleza ilimitada (como son las medidas de cesación, rectificación o supresión de los contenidos en Internet¹⁸).

La jurisprudencia *e-Date* está referida adecuadamente por el TS para fundamentar la competencia correcta de los tribunales nacionales como lugar de origen del daño, como centro principal de intereses de la demandante, en aplicación del art. 7.2. No obstante, en el mismo

13 Alzándose el criterio general de competencia del art. 4 RBiBis en lugar del fuero especial.

14 Considerando que es el foro más próximo y, en consecuencia, mejor situado para conocer de la totalidad de los daños y al mismo tiempo es suficientemente previsible para el presunto responsable –el emisor de los contenidos– (apdos. 48-50, *eDate*).

15 Siguiendo expresamente el criterio propuesto por el Abogado General en el apartado 56 de sus conclusiones. Conclusiones AG, P. CRUZ VILLALÓN, presentadas el 29 de marzo de 2011 (ECLI:EU:C:2011:192).

16 “En la medida que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro” (apdo. 49, *e-Date*).

17 Esta doctrina se ve ratificada posteriormente por el TJUE en sus sentencias *Bolagsupplysningen* y *Gfflix Tv*, confirmando que de acuerdo con el art. 7.2 RBiBis los tribunales de un Estado miembro, como lugar del daño (de acceso), tienen competencia limitada a los daños o efectos lesivos manifestados en su territorio, por lo que las medidas que pueden instarse y adoptarse ante esa jurisdicción deben estar limitadas a ésta, es decir, aquellas fraccionables: típicamente las de naturaleza monetaria –reparadoras o indemnizatorias–; no así las acciones que pretendan la cesación o supresión de la información en un medio como Internet. STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, as. C-194/16 (EU:C:2017:766) y STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Gfflix Tv*, as. C-251/20 (EU:C:2021:1036).

18 Para aquellas acciones que persigan la rectificación de contenidos o la supresión de información publicada en el medio virtual el Tribunal de Justicia concluye que su carácter es único e indivisible, debido a la “naturaleza ubicua de los datos y los contenidos puestos en línea en un sitio de Internet” (apdo. 48, *Bolagsupplysningen*). La naturaleza de estas medidas condiciona los tribunales ante los que se pueden ejercitar: únicamente aquellos que tengan competencia universal o ilimitada.

contexto también refiere exclusivamente otra Sentencia (*Bolagsupplysningen*¹⁹) pero no otras resoluciones de las que pudiera extraerse doctrina aplicable al litigio principal; por lo que la referencia jurisprudencial resulta incompleta e inexacta. El contexto en el que refiere la sentencia *Bolagsupplysningen* resulta impostada y no se ajusta a la realidad de las circunstancias del litigio principal en el sentido que se alega (o pretende) por el TS en su *obiter dicta*. Si bien esta resolución confirma la doctrina *eDate*, su aportación adicional en este sentido no es aplicable al asunto de referencia: la operatividad del criterio del centro de intereses, delimitando y concretado su alcance, cuando la víctima sea persona jurídica. No se entiende que el TS haga referencia a esta resolución y no a otras. Entre las resoluciones en las que por el TJUE ha establecido importantes precisiones adicionales para el criterio “centro de intereses” destaca la sentencia *Mittelbayerischer Verlag*²⁰. En esta resolución se declara que este criterio opera sólo en el caso de que el contenido publicado contenga hechos objetivos y verificables, sobre la base de los cuales esta persona pueda ser identificada personalmente directa o indirectamente en dicho país²¹. En el asunto de referencia, al tratarse de la publicación de imágenes de la demandante, la identificación –directa– es más que evidente. También es llamativo que el TS no refiera la sentencia *Bolagsupplysningen*²² para fundamentar la competencia de los tribunales nacionales para conocer de todas las acciones que por la demandante se instaron para la tutela de sus derechos sobre la base del art. 7.2²³.

La terminología utilizada por el TS para concluir sobre la correcta aplicación del art. 7.2 por las instancias, no resulta tampoco del todo adecuada. Se declara por el TS que “*en el caso objeto de este recurso, la demandante ha optado por el fuero del Estado en el que se han producido los efectos del hecho dañoso, por cuanto que la presunta vulneración de sus derechos fundamentales consistiría principalmente en la difusión de su imagen entre los internautas residentes en España, que constituye su centro de intereses principales, a falta de la justificación de que este no coincida con el Estado de su domicilio, y donde más personas pueden reconocerla como la persona que aparece en esas fotografías*”²⁴. Esa identificación sin matices del lugar de origen como “lugar en el que se han producido los efectos del hecho dañoso”,

19 Un análisis de esta sentencia en MERCHÁN MURILLO, A. “El centro de intereses de la persona jurídica: comentario a la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen Oü, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel ab, c-194/16*”, *CDT*. Vol. 10, 2018(2), pp. 887-895; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. “¿En qué estado se ha producido el daño en el caso de publicación en internet de información inexacta? Comentario a la sentencia TJUE de 17 octubre de 2017, asunto C-194/16: *Bolagsupplysningen e Ilsjan (JUR 2017, 261903)*”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, N° 45, 2018.

20 STJUE de 17 de junio de 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, C-800/19, EU:C:2021:489.

21 Apdos 36, 42, 43, 46 y fallo, *Mittelbayerischer Verlag*.

22 En *Bolagsupplysningen* se matiza por el TJUE la doctrina previa establecida en *eDate* (apartados 51 y 52), para aquellas pretensiones de naturaleza ilimitada condicionadas por el medio virtual. Partiendo precisamente de la naturaleza ubicua de los datos y los contenidos puestos en línea en un sitio de Internet y de que el alcance de su difusión es, en principio, universal (apdo. 46, sentencia *eDate*) “una demanda que tenga por objeto la rectificación de los primeros y la supresión de los segundos es única e indivisible y, en consecuencia, sólo puede interponerse ante un tribunal competente para conocer íntegramente de una acción de indemnización del daño”, en virtud de la jurisprudencia resultante de las sentencias *Shevill* (apartado 32), y *eDate* (apartado 48).

23 *Vid. supra* notas n° 18 y n° 23.

24 FJ Segundo, punto 3°.

manifiesta una confusión en la necesaria distinción entre el lugar de origen (lugar del hecho dañoso) y el lugar o lugares de materialización del daño en los que se producen los efectos del hecho dañoso, con consecuencias importantes de alcance de competencia. Asimismo, parece que limita los daños al territorio español (*consistiría principalmente en la difusión de su imagen entre los internautas residentes en España*), por lo que su argumentación justificaría más que la condición de España como centro principal de intereses como lugar de materialización del daño, con la consecuente limitación de su competencia –que la inhabilitaría para conocer más allá de la acción indemnizatoria por esos daños sufridos en el territorio nacional–.

Respecto de la ley aplicable, se confirma la no aplicación del Reglamento Roma II²⁵, que excluyó de su ámbito de aplicación las obligaciones derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad (art. 2.1 letra g), y la aplicabilidad del art. 10.9 CC²⁶ a falta de otra regla más específica. La regla conflictual prevista “lugar del daño”, sin ninguna precisión adicional, requiere precisarse cuando se trate de ilícitos a distancia. El TS vincula esta interpretación al criterio lugar del daño del art. 7.2 del RBI *bis*²⁷ “entendido como el lugar donde se produce la difusión del contenido ofensivo”. Esa afirmación permite tanto el lugar de origen como el de acceso (*delicti y damni*). Esta aproximación evita la teoría el mosaico (aunque en este asunto sea muy limitada), determinando la aplicación de un único ordenamiento: el español como *lex fori*, al ser el centro principal de intereses con competencia universal.

III. CONCLUSIONES

La protección transfronteriza de los derechos de la personalidad por intromisión causada por un contenido publicado en Internet, dentro de la UE se articula a través del RBI I *bis*. El fuero especial en materia extracontractual del art. 7.2 (donde encaja este tipo de litigios), como alternativa al foro general del domicilio del demandado (Francia en el asunto principal), permite potencialmente a la víctima traer el litigio a la jurisdicción de su domicilio como típico centro principal de sus intereses, con una competencia ilimitada para conocer de todos los daños (efectos lesivos) y en relación con todas las acciones o medidas que el Derecho nacional articule para la tutela (incluida la supresión, el bloqueo o la rectificación) de conformidad con la asentada doctrina del TJUE. Cuestión distinta es la concreción de la ley aplicable, por cuanto que la materia está excluida de las normas uniformes del RRII; lo que supone para las autoridades españolas la aplicación de la solución general del art. 10.9 Cc, sin concreciones específicas para los ilícitos a distancia. Se constata que los jueces y tribunales españoles son cada vez más conscientes de la existencia y funcionamiento de los instrumentos y normas que configuran nuestro sistema de DIPr. No obstante, se aprecian ciertos errores en el alcance y aplicación de la referencia jurisprudencial del TJUE en la materia; así como, en la terminología utilizada.

25 Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

26 Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven

27 Desvinculándose de la aproximación mayoritaria de la doctrina nacional en este sentido, que aboga por su interpretación en paralelo al RRII. *Vid.* CORDERO ÁLVAREZ, C. I., *Litigios internacionales sobre difamación...*, *ob. cit.*, Cap. III.

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ADOPTAR MEDIDAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y ALIMENTOS EN RELACIÓN CON EL HIJO COMÚN RESIDENTE EN BIELORRUSIA, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO (TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, SENTENCIA 979/2024 DE 10 JUL. 2024)

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN*

I. INTRODUCCIÓN

Este comentario tiene por objeto la Sentencia del Tribunal Supremo 979/2024, de 10 de julio de 2024, dictada por la Sala Primera de lo Civil¹.

La sentencia versa sobre un caso de divorcio entre dos personas de distinta nacionalidad, española y bielorrusa, y la petición accesoria de adopción de medidas en materia de responsabilidad parental del hijo común, así como de la determinación de la obligación de alimentos.

La cuestión jurídica principal gira en torno a la justificación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer de las medidas en materia de responsabilidad parental del menor y de las obligaciones de alimentos, en el marco de un procedimiento de divorcio.

II. HECHOS

Los hechos los protagonizan un matrimonio entre D. Anibal, de nacionalidad española, y Dña. Diana, de nacionalidad bielorrusa, contraído en 2017 y con un hijo común nacido en 2018.

Las circunstancias del caso son las siguientes: en julio de 2020 D. Anibal firma una autorización de viaje fuera del territorio nacional hasta septiembre de 2020. En septiembre de 2020, Dña. Diana denuncia a D. Anibal por episodios de violencia de género. Sin embargo, el Juzgado de Violencia sobre la mujer no otorga la orden de protección solicitada; y finalmente, en abril de 2022 se ordena el archivo por prescripción por haberse suspendido el juicio al encon-

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado de la Universitat de València.

1 ECLI: ES:TS:2024:4133. En concreto, esta sentencia resuelve el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Anibal, contra la sentencia n.º 123/2023, de 13 de febrero, dictada por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 796/2022, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 636/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid.

trarse la denunciante en paradero desconocido. En octubre de 2020, a instancia del padre, un Juzgado dicta una prohibición de salida del territorio nacional de la Sra. Diana con su hijo. Ese mismo mes, el padre interpone una denuncia penal y solicita la búsqueda de su hijo. E igualmente, inicia el procedimiento de divorcio, objeto de estudio. Según el demandante, desde el 1 de octubre madre e hijo ya no se encuentran en el domicilio familiar de Madrid.

En primera instancia, D. Anibal presenta una demanda por la que se solicita que se decrete el divorcio con Dña. Diana. Además, solicita una serie de medidas derivadas del divorcio en relación con el hijo que tienen en común, relativas a la patria potestad –custodia en exclusiva para el padre y no establecimiento de un régimen de visitas y a la determinación de alimentos por parte de la madre–. Por su parte, la demandada, Dña. Diana, contesta a la demanda solicitando el divorcio, pero alegando que las medidas respecto del menor deben ser desestimadas porque ya ha conocido sobre las mismas un Tribunal bielorruso. En tal sentido, aporta dos sentencias del Tribunal bielorruso: i) la primera de abril de 2021 desestima la demanda del padre solicitando el retorno del menor del hijo en base al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores; ii) La segunda sentencia, de junio de 2021, declara, a solicitud de la madre, que la residencia del niño es el lugar de residencia de su madre y la prohibición de que el hijo salga del país con el padre sin la autorización de la madre. De forma subsidiaria, solicita la custodia en exclusiva en favor de la madre, el no establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre, y una pensión de alimentos de 150 euros al mes que sea abonada por el padre. La Sentencia de primera instancia, dictada el 23 de mayo de 2022, declara disuelto el divorcio pero se desestiman las restantes pretensiones formuladas en relación con la patria potestad y las obligaciones de alimentos, ya que se entiende que el hijo no tiene la residencia habitual en España y que, en consecuencia, se desconoce cuál es el régimen de custodia más beneficioso para él.

En segunda instancia se desestima el recurso presentado por D. Anibal, quien entiende que la aplicación del artículo 93 del CC es imperativa, mientras que Dña. Diana reitera que la cuestión ya ha sido resuelta en Bielorrusia. Finalmente, la Audiencia Provincial desestima el recurso señalando que no tiene conocimiento sobre las circunstancias del niño y que son las autoridades del lugar en el que reside las que están en posición de realizar un enjuiciamiento exhaustivo.

D. Anibal interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero se basa en un único motivo del artículo 469.4 de la LEC, la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en concreto, *“la tutela judicial efectiva prevenida en el artículo 24.1 al haber vulnerado la sentencia recurrida el artículo 39.2 y 3 de la Constitución Española”*, ya que *“se trata de un menor español que debe ser protegido conforme a los arts. 24 y 39 CE), que fue sacado ilegalmente de España y que los jueces españoles están obligados a su protección”*. El segundo se basa en el artículo 477.1 de la LEC, por vulneración del artículo 103.1.^a del Código Civil, por no aplicar el juez español las medidas oportunas sobre la guarda y custodia del niño.

El Ministerio Fiscal propone la estimación de los recursos basándose en la decisión unilateral de la madre de trasladar al menor. Se entiende que la sentencia genera indefensión ya que la sucinta motivación no da respuesta a la comunicación entre padre e hijo. Por tanto, entiende

que la protección jurídica del menor es un principio de orden público y que se debe establecer, de oficio, un sistema de comunicaciones y visitas entre padre e hijo, detallando, seguidamente, una propuesta de régimen de comunicación y visitas.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS

La primera cuestión jurídica de interés se centra en la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en las materias objeto de la demanda: divorcio, responsabilidad parental, y obligación de alimentos en favor del hijo. En relación con este punto, resulta sumamente preocupante que ni las partes, ni el Ministerio Fiscal, ni la primera y segunda instancia han hecho mención alguna a la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Por fortuna, la sentencia del TS, objeto de estudio, da respuesta magistral a esta cuestión justificando la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

1. El TS comienza recordando que la competencia judicial internacional es un presupuesto del proceso que debe ser examinada de oficio de conformidad con el artículo 38 de la LEC. El TS hace un adecuado planteamiento del sistema de fuentes en base al artículo 21 de la LOPJ, recordando la aplicación subsidiaria de los foros de la LOPJ.
2. En primer lugar, los tribunales españoles son competentes en materia de divorcio en virtud del amplio elenco de foros alternativos previstos en el artículo 3 del Reglamento 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 (en adelante Reglamento Bruselas II bis).
3. Ahora bien, como bien afirma el TS, el mandato de los artículos 93 y 94 del CC en virtud del cual el juez del divorcio debe establecer medidas sobre guarda y custodia y alimentos no es un fundamento para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en tales materias.

En efecto, tales materias presentan un sistema de fuentes propio en materia de DIPr. Así, como acertadamente señala el TS, un tribunal español puede ser competente en materia de divorcio y no serlo en materia de responsabilidad parental. A tal efecto, el TS cita el Auto del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2018, *PM*, C-604/17².

Por el contrario, se debe partir del sistema de fuentes de DIPr en materia de la responsabilidad parental, y cuál de los distintos instrumentos del modelo español es aplicable al caso: el Reglamento 2201/2003 –aún aplicable desde el punto de vista temporal ya que la demanda se interpuso con anterioridad al 1 de agosto de 2022–; el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños; o el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

2 ECLI:EU:C:2018:10.

En primer lugar, se debe verificar si es posible aplicar el Reglamento Bruselas II bis, en atención al artículo 61 del mismo, que se refiere a las relaciones del citado Reglamento con otros instrumentos. Como acertadamente detecta el TS, la particularidad de este caso estriba en que el menor se encuentra en Bielorrusia, Estado que ha ratificado el Convenio de La Haya de 1980, pero, por el contrario, no ha ratificado el Convenio de La Haya de 1996. En consecuencia, el supuesto trata de un traslado –falta por determinar si lícito o ilícito– de un niño de España (Estado miembro de la UE) a un Estado tercero no miembro del Convenio de La Haya de 1996.

Por tanto, como paso previo se debe determinar el lugar de la residencia habitual del niño. Y ello, en un sentido doble, tanto para determinar el instrumento aplicable y el foro en materia de responsabilidad parental, como para valorar si ha habido un traslado o retención ilícita del niño de España a Bielorrusia, como alega el padre. O bien, si, por el contrario, como alega la madre, el niño siempre ha tenido la residencia habitual en este Estado. Para ello, el Alto Tribunal reproduce la amplia jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del concepto de residencia habitual del menor en el Reglamento Bruselas II bis, en el que se fijan los criterios que deben tener en cuenta los tribunales nacionales para resolver los casos concretos³ (F. J. 7). Después de resumir dichos criterios, el TS los aplica al caso concreto, concluyendo que el niño tiene su residencia habitual en Bielorrusia (F. J. 8).

Algunas de las circunstancias del caso que toma en consideración el Alto Tribunal son las siguientes: el niño no habla español; además, desde su nacimiento ha pasado más tiempo en Bielorrusia que en España; la madre es la cuidadora principal del niño, y ésta cuenta con apoyo socio familiar en Bielorrusia, además de tener allí su trabajo–; a lo anterior debe añadirse que el niño vive en Bielorrusia con su hermana por parte de madre. Todos estos datos vienen a confirmar “*la integración en el entorno social y familiar de la madre en Bielorrusia, donde habría que situar, en la práctica, el centro de vida de Julio*”. Por el contrario, los siguientes datos alegados por el padre no se consideran decisivos: un tratamiento en un hospital de Madrid –frente a otra historia clínica también presente en Bielorrusia–; la asistencia a la escuela infantil durante el curso 2019-2020 y la matrícula en octubre de 2020 para el curso siguiente; o el alta del niño en el padrón en junio de 2018. En definitiva, el TS concluye que: “*en una ponderación de conjunto de las circunstancias de hecho que son particulares de este caso, si asumimos lo referido acerca de los conocimientos lingüísticos de Julio, los desplazamientos entre uno y otro país, así como las relaciones familiares y sociales de su madre, que es la que lo ha venido cuidando desde que nació, debemos concluir que cuando el Sr. Anibal interpuso la demanda, Julio no tenía su residencia habitual en España en el sentido del art. 8 del Reglamento 2201/2003*”.

Por tanto, se descarta no solo la aplicación del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis sino también la ilicitud del traslado del menor de España a Bielorrusia. Quedaría pues analizar

3 STJUE de 2.10.2009, en el asunto C-523/07, *A.*, ECLI:EU:C:2009:225; STJUE de 22.11.2010 en el asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829; STJUE de 9.10.2014, en el asunto C-376/14 PPU, *C.*, ECLI:EU:C:2014:2268; STJUE de 15.02.2017, en el asunto C-499/15, *W. y V.*, ECLI:EU:C:2017:118; STJUE de 8.06.2017 en el asunto C-111/17 PPU, *OL*, ECLI:EU:C:2017:436; STJUE de 28.06.2018, en el asunto C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513; STJUE de 17.10.2018, en el asunto C-393/18 PPU, *UD*, ECLI:EU:C:2018:835; STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, ECLI:EU:C:2022:619.

si los tribunales españoles pueden ser competentes en virtud del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis. El Alto Tribunal entiende que se cumplen los requisitos para aplicar el citado artículo. Destaca, en particular, como llega a la conclusión de que se da el requisito de que la competencia sea aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los titulares de la responsabilidad parental. *“En el caso que juzgamos la responsabilidad parental viene siendo ejercida por la madre demandada y esta, al contestar a la demanda interpuesta por el padre, no se opuso a la adopción de las medidas solicitadas por el demandante por entender que los tribunales españoles no tuvieran competencia, sino porque consideró que la denegación de restitución del niño equivalía a atribuirle la guarda y custodia y, de hecho, para el caso de que no se entendiera así, ella mismo propuso que se adoptaran medidas referidas a la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre, con obligación de pagar una pensión de alimentos a cargo del padre y sin derecho de visitas. De todo ello podemos deducir que, de forma inequívoca, las partes aceptaron con su comportamiento la competencia del tribunal que iba a conocer del divorcio”*. En la anterior ecuación también incluye al fiscal, el cual constituye una parte a efectos del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis tal y como estableció STJUE de 19.04.2018, en el asunto C-565/16, *Saponaro*⁴. En este sentido, el TS entiende que *“el Ministerio Fiscal, si bien considera que los recursos interpuestos son técnicamente defectuosos, no solo no se ha opuesto a la competencia de los tribunales españoles sino que, en interés del menor, solicita la adopción de un régimen de visitas, lo que forma parte de las medidas de protección del menor”*.

En relación con el requisito de que la competencia responda al interés superior del menor, el TS simplemente señala que *“ninguna razón por la que un pronunciamiento sobre las medidas solicitadas de manera principal por el padre y de manera subsidiaria por la madre en el proceso de divorcio podría resultar perjudicial para el menor”*. Quizá es uno de los pocos elementos de la argumentación que el TS podría haber elaborado más, justificando de forma más concreta por qué considera que el establecimiento de la competencia de los tribunales españoles en este caso redundaría en favor del interés superior del niño implicado.

De forma paralela a la determinación de la competencia en favor de los tribunales españoles, una de las cuestiones de mayor interés del caso es la referente a la distinción entre la decisión de fondo en materia de responsabilidad parental y la decisión de retorno o no retorno del menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Una vez más, la sentencia del TS explica la diferencia entre ambas cuestiones de forma magistral. Procedamos a desgranar la argumentación seguida por el Alto Tribunal (F. J. 5). El argumento principal de la madre para denegar la adopción de medidas en materia de responsabilidad parental por parte de los tribunales españoles es el hecho de ésta alega que los tribunales bielorrusos ya han decidido sobre dicha cuestión. No obstante, esta argumentación no es correcta, ya que la sentencia bielorrusa deniega la solicitud de retorno del hijo tras iniciar el padre un procedimiento de retorno en base al Convenio de La Haya de 1980.

En el marco del Convenio de La Haya de 1980 tan solo se puede decidir sobre el retorno o no retorno del menor, sin que en ningún caso esta decisión implique una decisión sobre el fondo,

4 ECLI:EU:C:2018:265.

esto es, una decisión exhaustiva sobre la responsabilidad parental de dicho menor. Es más, el propio artículo 16 del referido Convenio establece una competencia negativa, en el sentido de que las autoridades del Estado contratante en el que se encuentra el niño no serán competentes para decidir sobre el fondo de la cuestión en materia de responsabilidad parental. En este sentido, se cita la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-497/10 PPU), señalando que *“las resoluciones de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que desestiman en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores una demanda de restitución inmediata de un menor al territorio del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, y relativas a la responsabilidad parental respecto a ese menor; no afectan a las resoluciones que deban dictarse en ese otro Estado miembro sobre acciones relativas a la responsabilidad parental que se hayan ejercido anteriormente y estén aún pendientes”*.

4. Una vez establecida la competencia judicial internacional en favor de los tribunales españoles, el TS aborda el sector de la ley aplicable. En relación con la responsabilidad parental, la ley aplicable se determina por el Convenio de La Haya de 1996. En concreto, su artículo 15 establece que las autoridades de los Estados contratantes que se declaren competentes aplicarán su propia ley, esto es, la ley del foro. A partir de ahí, el Alto Tribunal entra a resolver sobre el fondo y otorga la custodia en exclusiva a la madre y establece un régimen de visitas en favor del padre, y ello, a pesar de que el padre no solicitó el establecimiento de las visitas. El TS se acoge al régimen propuesto por el Ministerio Fiscal al entender, acertadamente, que el establecimiento de un sistema de estancias, comunicaciones y visitas redundaría en interés del niño, tal y como se deriva de los distintos tratados en materia de derechos humanos ratificados por España (FJ 7).
5. Finalmente, en relación con las obligaciones de alimentos, para determinar la competencia judicial internacional es de aplicación el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. En concreto, la competencia de los tribunales españoles se basa tanto en el artículo 3.a) del Reglamento 4/2009, por ser los de residencia habitual del deudor, como en el artículo 3.d) del citado Reglamento, que establece la competencia en materia de alimentos a los órganos jurisdiccionales que sean competentes para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental en virtud del Reglamento Bruselas II bis. Por su parte, la ley aplicable se determina de conformidad con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en concreto, el TS aplica su artículo 4.3, que conduce a la aplicación de la ley del foro, esto es, la española, ya que *“la reclamación de los alimentos de la madre a favor del hijo se ha planteado ante los tribunales españoles en la contestación a la demanda, y el padre tiene su residencia habitual en España”*. A partir de ahí, el TS resuelve sobre el fondo entendiendo que, aunque las partes no han aportado información sobre su capacidad económica, ambas han solicitado 150 euros de alimentos al contrario. Por tanto, resuelve el pago por parte del padre de una prestación alimenticia de 150 euros en favor del niño.

IV. CONCLUSIÓN

Como conclusión, el caso que se nos presenta es un ejemplo típico de una disputa familiar con elemento transfronterizo, en la que, tras una crisis de pareja y su ruptura, se deben esclarecer las consecuencias jurídicas no solo, en el caso del divorcio, sino también, de las medidas sobre el hijo en común, tanto en lo relativo a la responsabilidad parental como en la prestación de alimentos.

Una característica común de estos supuestos, y como clave para resolverlos en un sentido u otro, es la complejidad para determinar la residencia habitual de menores, sobre todo, de corta edad no escolarizados. No solo para determinar los tribunales competentes para establecer la responsabilidad parental, sino también para delimitar si se ha producido un traslado o retención del menor a otro Estado, y en ese caso, se pueden activar los mecanismos de retorno del Convenio de La Haya de 1980.

Un rasgo particular de este caso, que lo hace si cabe más interesantes es, sin duda, el hecho de que refleja la puesta en funcionamiento del sistema de fuentes en materia Derecho Internacional privado de familia y, en concreto, de responsabilidad parental, cuando hay relaciones entre un Estado miembro de la UE y un Estado tercero que no es parte del Convenio de La Haya de 1996.

En definitiva, este caso pone de manifiesto la fragmentación del sistema de fuentes en materia de DIPr de familia. Lo cual redundará en una evidente complejidad para los operadores jurídicos, como alarmantemente refleja el hecho de que en el que las dos primeras instancias omitieron totalmente cualquier referencia a las normas de Derecho Internacional privado. Esta sensación de alarma se ve mitigada por la magistral resolución del caso por el TS, quien fundamenta y analiza el caso con un completo manejo del sistema de fuentes en la materia.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA ADOPCIÓN DE MENOR NACIDO POR GESTACIÓN SUBROGADA EN UCRANIA: STC 28/2024, DE 27 DE FEBRERO DE 2024 (Y SU VOTO PARTICULAR)

PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS*

I. HECHOS

En noviembre de 2016 nace en Kiev, Ucrania, un niño cuya gestación había sido encargada a una mujer local por un matrimonio español, supuestamente con aportación de gametos del marido. El certificado de nacimiento ucraniano se refiere a los cónyuges –los comitentes– como padre y madre, pero el Encargado del registro consular español inscribe al menor como hijo del hombre y de la gestante. Suficiente para expedir el correspondiente pasaporte español al niño, que es trasladado a España, ya que es aquí donde el matrimonio tiene su residencia habitual.

Poco tiempo después, la comitente solicita constituir la adopción del niño, en su condición de cónyuge del inscrito como padre (art. 176.2.2ª Cc), ante el órgano competente: un Juzgado de Primera Instancia (JPI) de Madrid. Turnado al número 28, éste admite la solicitud, por Auto de 15 de enero de 2018, a pesar de la firme oposición manifestada por el Ministerio Fiscal (MF). No extraña, pues, que este órgano apele la decisión.

La Sección 24ª de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid estima la apelación, declarando por Auto de 30 de mayo de 2019 no haber lugar a la constitución de la adopción. Mientras se sustanciaba este procedimiento recae en el mismo juzgado una segunda solicitud de adopción por parte de la recurrida, que había contratado, también en Ucrania y de nuevo con su cónyuge, la entrega de otro niño, nacido en agosto de 2017 por el mismo procedimiento. Es probable que en el marco de este otro expediente el MF no informara en contra, porque lo que se sabe es que el JPI núm. 28 de Madrid se pronunció en idéntico sentido favorable, pero en este caso su decisión (Auto núm. 256/2018 de 21 de junio) devino firme. La comitente formula frente al citado Auto de la AP el incidente de nulidad de actuaciones, que también es desestimado.

La recurrida acude en amparo al Tribunal Constitucional (TC), que admite el recurso por Sentencia 28/2024 de 27 de febrero de 2024, con voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón¹.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. porejudo@ucm.es.

¹ ECLI:ES:TC:2024:28. *BOE* núm. 82, de 3 de abril de 2024.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Son muchas las cuestiones de interés que suscita este recurso de amparo, y un comentario de este tipo presenta evidentes limitaciones espaciales. Por ello, aunque al menos sí enunciaré las que ha tratado la Sentencia (iré directamente a sus fundamentos jurídicos), pondré el foco en lo que considero de mayor relevancia desde el punto de vista del Derecho internacional privado (DIPr), a la luz de la función que tiene encomendada el TC, de máximo intérprete de la Constitución española (CE) y por ende de los valores y derechos protegidos por ella.

Tras precisar el objeto del recurso de amparo y las pretensiones de las partes (1), el TC aborda, como Cuestiones preliminares (2), (a) la protección de la identidad de los menores; (b) la inadmisión parcial del recurso en lo que respecta a la queja referida a la vulneración del derecho a la igualdad del cónyuge de la recurrente (art. 14 CE) por falta de alegación de esta supuesta vulneración en sede judicial, esto es, por invocación *per saltum* en esta; y (c) la legitimación activa de la recurrente para invocar derechos que no le son propios, esto es, derechos del adoptando y del otro niño respecto del cual se ha establecido la filiación, que el TC reconoce.

Al realizar, a continuación, la correspondiente delimitación de los derechos fundamentales cuya vulneración invoca la recurrente (3), el TC “depura” la queja sobre la vulneración del derecho a la integridad moral de la demandante (art. 15 CE) y del derecho a no quedar en indefensión (art. 24.1 CE) por falta de argumentación o motivación suficiente por parte de la recurrente. Entiende, además, en lo referente a la discriminación que esta invoca en el trato entre los menores (adoptando y ya adoptado) por razón del nacimiento (art. 14 CE), que no hay diferencias relevantes entre las circunstancias de ambos, ya que nacieron los dos a través de gestación subrogada en el mismo país. Y en lo que respecta al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), advierte que la intromisión se produciría por revelación o divulgación indebida de datos sobre la filiación –que no ha tenido lugar– y agrega que el hecho de que el TEDH haya integrado la identidad personal en el ámbito de protección del art. 8.1 CEDH no obliga a que este contenido se proyecte miméticamente sobre el art. 18.1 CE. Aun así, el TC advierte que la protección de este derecho, el relativo a la intimidad familiar, se garantizará igualmente.

El TC se centra en el derecho a la tutela judicial efectiva, particularmente en lo que respecta a la motivación reforzada que precisaba la resolución judicial, al afectar al menos a tres derechos: el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE); el mandato de protección a la familia (art. 39 CE) y el interés superior del menor. Y considera que el Auto de la AP sí vulneró ese derecho (art. 24.1 CE), por dos motivos fundamentalmente: por un lado, “*incurre en quiebras lógicas (...) y por otro lado, no justificó suficientemente la solución alcanzada a la luz de los intereses del menor concernido y de los valores constitucionales en liza*”.

La primera afirmación (que la decisión incurra en quiebras lógicas) es poco cuestionable. Primero, porque la AP de Madrid se pronuncia en contra de la constitución de la adopción, esgrimiendo que no está acreditada la filiación biológica con respecto al padre, para luego agregar que el interés del menor está garantizado, dado que vive con el *padre biológico* y su esposa. Pero, segundo y principalmente, es que no es la filiación paterna la que constituye el objeto del procedimiento, sino la de la madre adoptiva. Por más que la adopción se pretenda constituir

con base en la condición de cónyuge del *padre*, si el título de filiación paterna está establecido defectuosamente, tendrá que impugnarse en la sede adecuada, que no es el procedimiento de jurisdicción voluntaria que se está sustanciando. Como bien señala el TC, la inscripción registral acredita la filiación (art. 113 Cc), y los datos inscritos gozan de presunción de exactitud e integridad (arts. 16 y 19 LRC²).

Ciertamente, la filiación no se estableció con arreglo a Derecho, porque nunca hubo dudas sobre el hecho de que el niño fue fruto de un contrato de gestación subrogada en Ucrania. Cuando los cónyuges españoles acudieron a este país para realizar el encargo, quizás no existían las abundantes informaciones que se han publicado después sobre la falta de garantías que rodea al proceso precisamente allí, pero es inverosímil que ignorasen que, en España, Estado donde residen y del que ambos tienen la nacionalidad, la práctica no cabe³: no es por otra razón por la que eluden la prohibición española, acudiendo a un país extranjero. El fraude –de libro– sobrevuela la operación, como bien advierte el MF ya desde la primera instancia. Pero en este caso ni siquiera hace falta invocarlo a efectos de descartar la aplicación de la ley de cobertura para aplicar la defraudada. Puede que la normativa española fuese (y sea) defectuosa e insuficiente, y que la caótica actuación de los sucesivos gobiernos (a través de la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado, DGRN) embrollara la situación más allá de lo razonable⁴. Pero que la solicitud de inscripción del niño con indicación de la paterni-

2 En este punto cita el TC los arts. 16 y 19 de la Ley 20/2011, de 11 de julio, del Registro civil (LRC), *BOE* núm. 175, de 22 de julio de 2011, a pesar de que no estaba vigente ni cuando se insta la inscripción en el Registro consular, ni cuando la AP resuelve. Estos principios, no obstante, ya se entraban presentes en la norma entonces aplicable, la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, *id.* núm. 151, de 10 de junio de 1957 (arts. 2 y 3)

3 Empleo este término porque creo que puede suscitar consenso: lo que menos importa a este respecto (cuestión que sí puede ser relevante a otros) es si en aquel momento era ilegal o no. Para una síntesis de las discrepancias doctrinales a este respecto, *vid.* SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada”, *InDret*, 2020, 4, pp.116-146, nota 67. De lo que nadie duda es que el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, *BOE* núm. 126 27 de mayo de 2006 (LTRHA) ya por entonces, como hoy, declaraba nulo el contrato en su primer apartado, y madre a la gestante en el segundo. Como más adelante indico, en la actualidad la ley española sí apuesta por declarar su ilegalidad (*infra* nota 13).

4 En el momento en que el Consulado de Kiev tiene que pronunciarse sobre la solicitud de inscripción, cuenta con una Instrucción que no deja a dudas sobre la imposibilidad de admitirla: la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 (*BOE* núm. 243, de 7 de octubre de 2010) indicaba que, si la filiación no se hubiera establecido mediante una previa resolución judicial, no resultaba inscribible ni mediante certificación registral, ni (mucho menos, añadiría yo) mediante mera declaración. *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC*, t. LXVI, 2013, pp. 687-715, esp. p. 702. Sin embargo, este Consulado precisamente decide solucionar la situación de familias españolas que no podían obtener la documentación necesaria para viajar a España con los niños y niñas encargados, accediendo a determinar la filiación paterna con base en pruebas de ADN [*vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *REEI*, 2019, 4, pp. 24-31, esp. p. 25]. Quizás esta fue la solución aplicada en el asunto que llegó al TC, pero lo cierto es que se produjo en algún momento un cambio de criterio en el Consulado que dio lugar a que se dictaran otras dos instrucciones para los casos, como el de Ucrania, en el que no hay resolución judicial para establecer la filiación creada a través de esta práctica. La primera, de 14 de febrero de 2019, que trataba de facilitar la inscripción de estas filiaciones, estuvo vigente apenas cuatro días. La Instrucción DGRN de 19 de febrero

dad o maternidad de los comitentes, tal y como resulta del certificado ucraniano, no podía admitirse, no solo lo había indicado la DGRN⁵, sino que lo había dejado claro el Tribunal Supremo (TS) en un supuesto de gestación subrogada con similares características⁶, pero con una diferencia no menor: la práctica se había desarrollado en California, donde las garantías del proceso son bastante superiores a las ucranianas⁷. El reconocimiento de la filiación (paterna o materna) derivada de una gestación subrogada como la que aquí se enjuicia⁸, dice el TS, es contrario al orden público español⁹. Y, tal y como el TS indica en esta decisión, así como en el Auto posterior, en el que deniega el recurso de nulidad de actuaciones presentado a la luz de la jurisprudencia posterior del TEDH¹⁰, el interés del menor se ve salvaguardado en la ley española por “*la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*” (art. 10.3 LTRHA). Obviamente, al referirse esta norma especial (para supuestos de gestación subrogada) a “*la posible acción de reclamación*”, descarta una vía que en la actualidad es la más habitual en la determinación de la paternidad no matrimonial, que es el reconocimiento a través de la mera declaración del padre, y que es la empleada en el supuesto sobre el que se pronunciará años después el TC. En resumen: con arreglo a la ley española no cabía establecer la paternidad sin acudir a una actuación procesal que nunca tuvo lugar, y tampoco cabía determinarla estando a lo previsto en la ley ucraniana, reflejada en la correspondiente certificación registral extranjera –sin que a este respecto quepa

de 2019, *BOE* núm. 45, de 21 de febrero de 2019, recupera en lo fundamental la solución anterior, dejando varias cuestiones irresueltas (por todos, *ibidem*, pp. 29 y 30).

- 5 Recordemos que estaba plenamente vigente la Instrucción de 5 de octubre de 2010.
- 6 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014, ECLI: ES: TS:2014:247.
- 7 No me resulta nada convincente el argumento de la DGRN de no considerar que esta Sentencia invalida su Instrucción, porque la contrariedad con el orden público de español solo sería de filiaciones en las que no interviene autoridad judicial, ya que de los antecedentes de la STS no se derivaba que en California hubiera habido tal intervención; el hecho de que el orden público no se mencione ni una vez en la Instrucción evidencia que lo que se pretende es legislar *contra legem* para facilitar el reconocimiento de estas filiaciones, pasando de puntillas la posibilidad de aplicar este expediente, que también debe tenerse presente en el reconocimiento de sentencias judiciales (art. 46.1.a Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, LCJIMC) y en el de inscripción de hechos a partir de certificaciones registrales, tal y como ahora dispone el art. 98.1.c) LRC. En todo caso, en las gestaciones subrogadas ucranianas la filiación se establece *ex lege*, ergo no cabe duda alguna de que le es de aplicación la doctrina del TS.
- 8 Coincido en que quizás haya otros (muy excepcionales, a mi entender) en que no quepa afirmar lo mismo con igual rotundidad, con ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 77-90, esp. pp. 83-85.
- 9 Lo que confirmaría en otro supuesto posterior –en el que, cierto es, tampoco interviene autoridad judicial–: el de una mujer española que acude a la gestación subrogada en Tabasco, México. El TS reproduce el contrato en los fundamentos fácticos, seguramente para dejar patente la grosera vulneración que pretende de los derechos de una mujer, la gestante, en situación de necesidad. *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 277/2022, de 31 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:1153.
- 10 ATS (Sala de lo Civil) de 2 de febrero de 2015 ECLI: ES: TS:2015:335. Para una correcta valoración del alcance de la jurisprudencia del TEDH (al menos hasta esa fecha), *vid.* el comentario de DURÁN AYAGO, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Bitácora Millennium* 2015, 2, disponible en www.millenniumdipr.com.

diferenciar entre madre y padre intencionales— por resultar contraria (tanto la aplicación de la ley extranjera como el reconocimiento de sus efectos) al orden público español.

Las siguientes cuestiones que analiza el TC, es decir, qué *valores constitucionales* (están) *en liza* y (en qué se traduce) *el interés del menor*, devienen, así, centrales, no solo para determinar si estaba justificada la decisión adoptada por el Auto recurrido, sino para concretar con carácter general la configuración del orden público en esta materia¹¹. Por ello en este punto, como apunta la Magistrada Balaguer en su voto particular, se echa en falta una mirada más amplia (que trascienda el interés del menor en el caso en concreto) y a la vez más enfocada (en el género). El TC quizás haya pecado de lo mismo que acusa a la AP de Madrid, cuando tacha de *parca* la valoración que realizó el tribunal de apelación en relación con la adecuación de la decisión adoptada al interés superior del menor en particular, y se limita a apuntar a la inseguridad jurídica respecto a los lazos familiares creados con la recurrente (art. 39 CE) y a la construcción de la identidad del menor (art. 10.1 CE) como derechos en juego.

La perspectiva de derechos humanos invitaba, como advierte Balaguer, a abrir el foco. Una comprensión adecuada del orden público parte de proyectarlo en un principio sobre el menor en particular, para posteriormente tomar en consideración los derechos fundamentales de las niñas y los niños en su conjunto, y no dejar fuera los derechos y la dignidad de las mujeres. Tal y como desarrolla con detalle el voto particular, son diversos los organismos de defensa de esos derechos (Comités de Derechos del Niño y CEDAW, Relatoras/es especiales, etc.) que han revelado que la práctica compromete gravemente esos derechos; que han alertado ante posibles ventas de niños y adopciones ilegales en algunos países, como precisamente Ucrania, y que, con carácter general, en la medida en que comporta comercializar una gestación, constituye una lesión grave de la integridad moral de los niños y niñas.

La perspectiva de género obliga, en lo que respecta a la configuración del orden público, a tener también presente la situación de las mujeres que ponen su cuerpo al servicio de los comitentes, no solo arriesgando su salud y su vida, sino vulnerando gravemente derechos como el libre desarrollo de la personalidad (al no estar sometido todo el proceso a constante revisión del consentimiento), la libertad de movimiento, la libertad sexual o la protección de datos personales tan íntimos y reservados como el historial médico (así lo que evidencia el contrato reproducido en la STS 277/2022, según se indica en nota 9). Además, en la solución que se propone para la mayor parte de los supuestos, como para este en concreto, tal y como expone Balaguer, se evidencia la subordinación en que se coloca a la mujer comitente al tener que acudir al procedimiento de adopción (cabe agregar, siempre que el marido esté de acuerdo). Pero tampoco supera un análisis en clave de género el hecho de que el padre biológico tenga abierta la vía del art. 10.3 LTRHA, pero no ocurra lo mismo si es una mujer la que ha aportado material genético¹².

11 Sobre el orden público en esta materia resultan particularmente sugerentes las aportaciones de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil”, *Boletim da Faculdade de Direito* (Univ. de Coimbra), versión publicada en Academia, esp. pp. 5-11.

12 Cf. JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, p. 31.

Para verificar que se han dado todas las condiciones que garantizan el respeto de los derechos en juego, Balaguer propone introducir un control de fondo de las sentencias extranjeras (que hayan dispuesto la filiación por gestación subrogada). En la medida en que este control está proscrito por el artículo 48 LCJIMC, tendría que exceptuarse de expresamente para estos supuestos en la respuesta normativa clara y contundente que precisa esta cuestión. Pero hay mucho más que pensar. Al margen de lo ya indicado, por ejemplo, ¿en qué situación quedará el menor si se estima (y me temo que un análisis riguroso llevará a esta conclusión a menudo) que la práctica ha vulnerado derechos de la mujer gestante o que, al no existir ninguna vinculación genética entre comitentes y niña o niño, el proceso es poco menos que una compra del bebé? ¿Cómo introducir el control si no hay decisión judicial que reconocer, sino que, como ocurre en Ucrania, la filiación se establece *ex lege*?

III. CONCLUSIONES

Son ya años los que transcurren sin que el legislador español se decida a abordar la gestación subrogada, más allá de declarar que es una manifestación de violencia de contra las mujeres, recordar (o declarar) que es una práctica ilegal y prohibir las actividades de publicidad de las agencias de intermediación¹³. Es obligado dar una respuesta a la inseguridad jurídica generada por la diversidad de respuestas que se vienen dando a la cuestión de la eficacia en nuestro país de las filiaciones establecidas en el extranjero por medio de gestación subrogada. Los encargados de los registros reciben instrucciones contradictorias por parte de una Administración (la de Justicia, a través de la antigua DGRN) que se arroga competencias legislativas que no le corresponden. Las autoridades consulares inscriben filiaciones que vulneran la legalidad española y comprometen derechos humanos. El Ministerio Fiscal no actúa frente a esas inscripciones indebidas, salvo en los escasos asuntos judicializados, que (procedan o no de expedientes registrales) han concluido con dos decisiones del Alto Tribunal en las que considera que el orden público impide reconocer efectos a gestaciones subrogadas con determinadas características: precisamente, las de la inmensa mayoría de las que se producen, esto es, las de comitentes españoles residentes en España que, defraudando claramente la ley española, pagan a mujeres extranjeras para que lleven a cabo un embarazo, sin importar que el proceso implique *per se* una cosificación de los niños y una explotación del cuerpo de esa mujer. Y aunque, atendiendo a lo que se considera que es el interés del menor, el TS indique que, frente al problema que plantea que se haya llevado a cabo igualmente, la fórmula es la dispuesta en la ley española, esto es, la determinación de la filiación biológica del padre y la adopción por parte del cónyuge, el Ministerio Fiscal tampoco actúa con un criterio uniforme en el marco de los expedientes de jurisdicción voluntaria a través de los cuales se solicita adoptar al hijo o hija del cónyuge cuya filiación sí ha sido ya establecida.

Ahora, en la decisión aquí comentada, el TC afirma que “*la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato [el de gestación subrogada] para satisfacer*

13 Arts. 32 y 33 Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, BOE núm. 51 de 1 de marzo de 2023.

su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de los valores y derechos constitucionalmente protegidos” pero desaprovecha la oportunidad de desarrollar con más profundidad qué valores y derechos pueden ser vulnerados. Y es de lamentar, porque en el estado actual, ante la inacción del legislador, es cuestión central la lectura se haga del orden público en esta materia, pero también porque toda actuación legal deberá tener en cuenta esos valores y derechos.

LA LEY APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES SUFRIDOS POR VÍCTIMAS INDIRECTAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO: ¿SON LOS “CRITERIOS DE EQUIDAD” UNA “LEY DE POLICÍA” SEGÚN EL ART. 16 DEL REGLAMENTO ROMA II? (STJUE DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2024, AS. C-86/23, E.N.I, Y.K.I C. HUK-COBURG-ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG)

MÒNICA VINAIXA MIQUEL*

I. PRESENTACIÓN DE LOS HECHOS

La STJUE de 5 de septiembre de 2024, As. C-86/23, *E.N.I, Y.K.I c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*) (en adelante, *HUK-COBURG II*)¹ tiene su origen en un procedimiento judicial sustanciado en Bulgaria a raíz de un accidente de tráfico ocurrido en Emsdetten (Alemania), el 27 de julio de 2014, en el que A.B, de nacionalidad búlgara y con residencia habitual en Alemania, perdió la vida. El conductor causante del accidente (C.D), de nacionalidad búlgara y residente en Alemania, era el marido de la víctima y tenía suscrito un contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil con la compañía aseguradora HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG, establecida en Alemania.

El 25 de julio de 2017, los padres de A.B, E.N.I e Y.K.I, de nacionalidad búlgara y residentes en Bulgaria, demandaron a la compañía aseguradora ante el Sofiyski gradski sad (Tribunal de la ciudad de Sofía) para reclamarle una indemnización por importe de 250.000 levas búlgaras (aproximadamente, 125.000 €) para cada uno de ellos por el daño moral sufrido como consecuencia de la pérdida de su hija. El tribunal de instancia estimó parcialmente su pretensión y reconoció su derecho a percibir una indemnización por importe de 100.000 levas búlgaras (unos 50.000 €) para cada progenitor, del que dedujo las cantidades que previamente les había abonado la compañía aseguradora en concepto de daños morales. Según el tribunal de instancia, con arreglo al art. 4.1 en relación con el art. 15 c) del Reglamento CE nº864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante, Reglamento Roma II o RRII), la ley aplicable a la determinación del alcance de la indemnización era la ley alemana, cuyo régimen de responsabilidad civil extracontractual reconoce a las personas indirectamente afectadas el derecho a una indemnización cuando el dolor y el sufrimiento derivan en una lesión de su salud, es

* Profesora agregada de Derecho internacional privado de la Universitat Pompeu Fabra.

1 ECLI:EU:C:2024:689.

decir, en un daño patológico (art. 253.2 BGB en relación con el art. 115.1 Ley del Contrato de Seguro alemana).

Es de interés destacar que, con anterioridad al inicio de este procedimiento judicial, las dos hijas de A.B, representadas por su padre, ya habían demandado a la compañía aseguradora alemana ante los tribunales búlgaros con el propósito, también, de obtener una indemnización por los daños morales sufridos como consecuencia de la pérdida de su madre². En este caso, conforme a las citadas disposiciones del Reglamento Roma II, los tribunales búlgaros aplicaron las mismas disposiciones de la legislación alemana. Este procedimiento judicial dio lugar a la STJUE de 15 de diciembre de 2022, As. C-577/21, *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (en adelante, asunto *HUK-COBURG I*)³, en la que el TJUE, sobre la base de que los daños indemnizables, la determinación del alcance de la indemnización de tales daños y de las personas con derecho a obtener una reparación son cuestiones sujetas al derecho de cada EM, concluyó que la exigencia prevista por la legislación alemana de que las víctimas tengan que aportar una prueba de la existencia de un daño patológico para poder percibir una indemnización era compatible con 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 el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (en adelante, Directiva 2009/103/CE)⁴, que para la regulación de dichas cuestiones remite a la legislación estatal⁵.

En el asunto *HUK-COBURG II*, el tribunal búlgaro para calcular el importe de la indemnización se basó en el *principio de indemnización equitativa* del daño moral previsto en el derecho alemán (art. 253.2 BGB). Los demandantes en el litigio principal recurrieron en apelación ante el Apelativen sad de Sofía (Tribunal de Apelación), que anuló la sentencia de primera instancia y desestimó en su totalidad las pretensiones de los demandantes por cuanto no habían acreditado, tal como exigía la legislación alemana, que el dolor y el sufrimiento anímico padecido a raíz del fallecimiento de su hija hubiesen dado lugar a un daño patológico. En el recurso los demandantes alegaron, de conformidad con el art. 16 RRII, que la ley alemana, designada por el art. 4.1 RRII, debía quedar descartada en la medida que el art. 52 de la ZZD búlgara, que

2 En este asunto la sociedad demandada impugnó la pretensión de las demandantes alegando que éstas no tenían derecho a percibir una indemnización por cuanto, según la legislación alemana (art. 253.2 BGB en relación con el art. 115.1 Ley del Contrato de Seguro alemana), la indemnización del perjuicio inmaterial sufrido por terceros no es indemnizable a menos que consista en un perjuicio patológico.

3 ECLI:EU:C:2022:992.

4 *DOUE*, de 7.10.2009, L 263/11.

5 Según el TJUE, la normativa alemana es compatible con la Directiva 2009/103/CE siempre que establezca un *criterio de indemnización equitativa* del perjuicio inmaterial sufrido por los miembros de la familia de la víctima directa de un accidente de tráfico. Vid. ap. 67 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 14 de marzo de 2024, As. C-86/23, *E.N.I, Y.K.I c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (en adelante, Conclusiones del Abogado General), o, lo que es lo mismo, siempre que no limite o excluya el derecho de un miembro de la familia cercana de la víctima directa de un accidente de tráfico a obtener una indemnización del perjuicio inmaterial en virtud del seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles. Vid. ap. 50 de la STJUE de 15 de diciembre de 2022, As. C-577/21, *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (en adelante, de la STJUE).

exige que el órgano jurisdiccional competente atienda a “*criterios de equidad*” para determinar la indemnización del daño moral, era una norma internacionalmente imperativa. Por tanto, al ser los demandantes los progenitores de la víctima directa de los daños, éstos, al igual que sus nietas, tenían derecho a percibir una indemnización. El tribunal de apelación rechazó la aplicación de esta excepción y los demandantes, disconformes con la sentencia, la recurrieron en casación ante el Varhoven kasatsionen sad (Tribunal Supremo).

El alto órgano jurisdiccional búlgaro, ante las dudas en torno a la naturaleza imperativa del art. 52 de la ZZD búlgara, paralizó el procedimiento y, con arreglo al art. 267 TFUE, planteó al TJUE una única cuestión prejudicial que tiene por objeto determinar si una disposición nacional que establece que “*el órgano jurisdiccional competente determinará la indemnización del daño moral atendiendo a criterios de equidad*”, puede considerarse una “*ley de policía*” en el sentido del art. 16 RRII. Se trata de determinar si los “*criterios de equidad*” a los que se refiere el art. 52 de la ZZD búlgara constituyen un principio fundamental que forma parte del orden público búlgaro y, en definitiva, una ley de policía a efectos de determinar la cuantía o el alcance de la indemnización reclamada por las víctimas indirectas por los daños morales sufridos por la pérdida de un familiar cercano en un accidente de tráfico, puesto que, en caso afirmativo, la aplicación de la ley designada por el art. 4.1 RRII (ley alemana) debe excluirse a favor de la ley del foro (ley búlgara).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En la actualidad, los principales problemas que plantean los daños morales derivados del fallecimiento de un ser querido son, precisamente, su cuantificación y la determinación de los criterios a emplear a tal efecto. Y ello es debido, fundamentalmente, al subjetivismo de las autoridades competentes y a la dificultad que conlleva fijar un precio con respecto a daños que no tienen una materialización física⁶.

La Directiva 2009/103/CE tiene por finalidad la protección de las víctimas de accidente de tráfico y con este propósito establece un régimen armonizado de obligado aseguramiento. Sin embargo, no armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños derivados de accidentes de circulación de los EEMM, sino que, con respecto a esta materia hace remisión a la legislación estatal. Los EEMM de la UE, en principio, tienen libertad para definir dicho régimen, esto es, para concretar, entre otros aspectos, los daños indemnizables, la determinación de las personas que tienen derecho a obtener la reparación y el alcance de la indemnización y criterios para su cuantificación⁷. Estas cuestiones se encuentran reguladas de manera muy heterogénea

6 Vid. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, P., “Daño moral derivado de muerte y de lesiones corporales” en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I., *El daño moral y su cuantificación*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 2023, pp. 291-403, p. 295; RAMOS GONZÁLEZ, S., “Pautas de valoración del daño moral (Sistema legal de valoración de daños personales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida), en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I., *El daño moral y su cuantificación*, 3ª ed., Bosch”, Barcelona, 2023, pp. 119-179, pp. 122 y 123.

7 Vid. STJUE 10 de junio de 2021, As. C-923/19, *Van Ameyde España S.A c. Ges Seguros y Reaseguros S.A* (ECLI:EU:C:2021:475), STJUE de 23 de enero de 2014, As. C-371/12, *Enrique y Carlo Petillo c. Unipol*

por parte de las legislaciones estatales. En consecuencia, en cada caso la solución podrá variar en función de cuál sea la ley material aplicable⁸.

En los asuntos *HUK-COBURG I* y *HUK-COBURG II*, la *lex causae* (ley alemana) y la *lex fori* (ley búlgara) parten de concepciones distintas con respecto a los daños indemnizables y a la cuantificación de tales daños⁹. Así, en lo que se refiere a los daños indemnizables, con arreglo al derecho búlgaro, todo el dolor anímico y el sufrimiento padecido por los progenitores a raíz del fallecimiento de su hijo/a en un accidente de tráfico en el que existió una conducta ilícita y culpable puede ser objeto de indemnización, sin ser necesario que dicho perjuicio se haya traducido en un deterioro patológico de la salud de las personas indirectamente afectadas¹⁰; mientras que, según el derecho alemán, la indemnización de los daños queda supeditada a que la víctima sea miembro de la familia cercana de la víctima directa, a que exista una relación causal entre la infracción cometida por el responsable del accidente y el daño causado y a que la víctima indirecta haya visto menoscabada su propia salud, es decir, haya sufrido un daño patológico¹¹. En lo que respecta a la cuantía de la indemnización por el daño sufrido por las víctimas, con arreglo al derecho búlgaro vigente en el momento en el que tuvo lugar el accidente (2014), ésta podía ascender a unos 61.000 €; mientras que, con arreglo al derecho alemán, el importe de la indemnización como máximo podía alcanzar los 5.000 €. Ahora bien, para proceder a la determinación de la cuantía o el alcance de la indemnización, que es precisamente el aspecto debatido en el caso objeto de estudio, se constata que ambas legislaciones, aunque con redacciones distintas, coinciden al disponer que el tribunal que conoce del asunto para determinar el alcance de la indemnización por daños morales debe respetar los “*criterios de equidad*”¹², sin que ello signifique que ambas utilicen el mismo sistema, de baremación o no, para calcular su importe¹³.

Assicurazioni SpA (ECLI:EU:C:2014:26) y la STJUE de 23 de octubre de 2012, As. C-300/10, *Almeida c. Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial S.A y otros* (ECLI:EU:C:2012:656).

- 8 Vid. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, P., “El requisito de la patología del daño inmaterial no contraría el efecto útil o la realización del objetivo de protección de las víctimas de accidentes de tráfico consagrado en la normativa europea”, *La Ley UE*, nº113, abril, 2023, pp. 1-23, p. 12.
- 9 Vid. ap. 51 y 52 de la STJUE.
- 10 El Derecho español tampoco exige la concurrencia de este requisito y se basa en un sistema de cláusula general. En el derecho español puede ser indemnizado cualquier tipo de daño si concurren los requisitos legales para imponer la compensación a su causante. En otros ordenamientos jurídicos, en cambio, sólo se indemnizan algunos tipos de daños o sólo en situaciones expresamente previstas por el propio ordenamiento. Así, por ejemplo, en el Derecho italiano, el daño moral podrá ser indemnizado cuando así lo haya previsto la ley (art. 2059 Codice civile italiano); y en el Derecho alemán, además de la previsión legal, también se exige que la víctima del daño moral haya sufrido tal daño como consecuencia de los daños personales, muerte o lesiones corporales sufridos por la víctima del daño (art. 253.2 BGB). Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Concepto de daño moral”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I., *El daño moral y su cuantificación*, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2023, pp. 29-81, pp. 30 y 31.
- 11 Vid. ap. 21 de las Conclusiones del Abogado General; DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, P., “El requisito de la patología del daño inmaterial ...”, *loc. cit.*, pp. 11 y 12.
- 12 El Derecho búlgaro establece que “*el órgano jurisdiccional competente determinará la indemnización del daño moral atendiendo a criterios de equidad*” (art. 52 de la ZZD búlgara); mientras que la legislación alemana dispone que, “*cuando deba abonarse una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una lesión física o del menoscabo de la salud, la libertad o la autodeterminación sexual, podrá exigirse asimismo una indemnización dineraria equitativa del daño no patrimonial*” (art. 253.2 BGB alemán).
- 13 En Derecho español y en Derecho italiano se sigue un sistema legal de valoración de los daños basado en el establecimiento de unos baremos. El sistema español fue declarado válido en la STC (Pleno) 181/2000, de 29 de junio (*BOE*, núm. 180, Suplemento, 28 de julio de 2000).

En ambos casos, para determinar la ley reguladora de la evaluación de los daños y de la indemnización solicitada, los tribunales búlgaros aplicaron el Reglamento Roma II. Por un lado, porque concurrían las condiciones de aplicabilidad del Reglamento; y, por otro lado, porque de conformidad con sus reglas de compatibilidad no eran aplicables ni la Directiva 2009/103/CE, al no incorporar normas de conflicto de leyes sobre la materia¹⁴, ni el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, al no ser Bulgaria un Estado parte del Convenio¹⁵.

Con arreglo al art. 4.1 RRII¹⁶, la ley aplicable era la alemana al ser Alemania el lugar donde la víctima directa (A.B) sufrió el daño directo e inmediato (*lex loci damni*), sin perjuicio de que las consecuencias indirectas del accidente se materializaran en Bulgaria, que era el lugar donde residían las hijas y los padres de A.B¹⁷. Esta ley, entre otros aspectos, regía la evaluación o determinación del alcance de la indemnización reclamada por los demandantes, con arreglo a lo dispuesto en el art. 15 c) RRII¹⁸. Sin embargo, en el asunto que nos ocupa, con independencia de que la ley alemana fuera la aplicable, los demandantes invocaron la excepción del art. 16 RRII que, con carácter excepcional, permite que la ley del foro (ley búlgara) sea aplicada si ésta contiene disposiciones que tienen carácter imperativo con arreglo a la citada disposición.

Para que prospere la aplicación del art. 16 RRII es necesario que el tribunal que conoce del asunto, previamente, verifique que la situación jurídica de que se trate presente vínculos suficientemente estrechos con el foro¹⁹. En el caso *HUK-COBURG II* la situación presentaba algunos vínculos con Bulgaria, aunque éstos (nacionalidad y residencia habitual de las víctimas

14 Según el TJUE, los arts. 14 b) y 28 de la Directiva 2009/103/CE no constituyen una disposición que regule los conflictos de leyes en el sentido del art. 27 del RRII. Vid. la STJUE de 21 de enero de 2016, C-359/14 y C-375/14, *ERGO Insurance y Gjensidige Baltic* (ECLI:EU:C:2016:40) y la STJUE de 31 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho da Silva Martins y Dekra Claims Services Portugal S.A* (ECLI:EU:C:2019:84).

15 Según el art. 28.1 RRII, este Reglamento cede ante la existencia de Convenios internacionales sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales adoptados con anterioridad a su adopción (regla de la prioridad temporal). Ahora bien, si las demandas se hubieran interpuesto ante los órganos jurisdiccionales alemanes, éstos, de conformidad con dicho precepto, tendrían que haber aplicado las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 1971, al ser Alemania un Estado parte del convenio.

16 Esta disposición, aunque es la regla general, en la práctica juega un papel muy marginal puesto que únicamente resulta aplicable si no se aplica: i) alguna norma UE o alguno de los Convenios internacionales sobre ley aplicable adoptados con anterioridad a la adopción del RRII (arts. 27 y 28.1 RRII); ii) los arts. 5 a 9 RRII; iii) el art. 14 RRII; iv) el art. 4.2 RRII; y, por último, v) el art. 4.3 RRII.

17 Vid. STJUE de 10 de diciembre de 2015, C-350/14, *Florin Lazar y Allianz SpA* (ECLI:EU:C:2015:802) en la que el TJUE concluyó que el art. 4.1 RRII, a efectos de determinar la ley aplicable, opta por la ley del país en el que se produce el daño directo, que en el marco de una demanda de responsabilidad extracontractual derivada de un accidente de tráfico era el lugar en el que la víctima directa falleció. Por tanto, no debe tenerse en cuenta el lugar donde se producen los perjuicios sufridos por los familiares próximos de la persona fallecida en dicho accidente, los cuales deben calificarse como “consecuencias indirectas” de ese accidente, en el sentido de dicha disposición.

18 Vid. PALAO MORENO, G., “Chapter V. Common Rules. Article 15: Scope of the law applicable”, MAGNUS, U. & MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law, ECPII Commentary*, v. III *Rome II Regulation*, 2019, pp. 535-549, pp. 545 y 546.

19 Vid. ap. 36 de la STJUE; ap. 50 y 52 de las Conclusiones del Abogado General; WAUTELET, P., “Article 16: Overriding mandatory provisions”, MAGNUS, U. & MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law, ECPII Commentary*, v. III *Rome II Regulation*, 2019, pp. 549-566, p. 564.

indirectas) no eran lo suficientemente estrechos como para descartar la aplicación de la ley alemana. En Alemania se encontraba la residencia habitual de la víctima directa de los daños, el establecimiento de la compañía aseguradora demandada y, además, en ese país se había producido el daño. Por tanto, la aplicación del art. 16 RRII, en este caso, no estaba justificada. Aún así, el TJUE en la sentencia se carga de razones para descartar su operatividad.

Los tribunales que conocen de la controversia son los que deben valorar y decidir si la disposición de la ley del foro es o no una ley de policía, así como también si ésta tiene o no incidencia sobre las normas de conflicto aplicadas²⁰. Por tanto, en el caso que nos concierne, los tribunales búlgaros eran los que tenían que determinar si el art. 52 de la ZZD búlgara era o no una “ley de policía” en el sentido del art. 16 RRII y conocer cuál era su ámbito de aplicación. La noción “leyes de policía” del art. 16 RRII responde a la definición que de ésta ofrece el art. 9.1 del Reglamento CE nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Reglamento Roma I o RRI), según el cual, es ley de policía “aquella disposición cuya observancia considera esencial un Estado para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato según el citado Reglamento”. Asimismo, la interpretación que el TJUE ha realizado del art. 9.1 RRI por coherencia también debe hacerse extensiva para interpretar y aplicar el art. 16 RRII²¹, aunque con ciertas cautelas debido a que en el ámbito de las obligaciones contractuales la ley aplicable al fondo de la demanda con frecuencia es la elegida por las partes²².

La primera sentencia en la que el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse en torno a la articulación de los arts. 4 y 16 RRII, y en la que concretó las circunstancias que deben concurrir para que la aplicación de la ley designada por el art. 4 RRII pueda quedar descartada por la presencia de disposiciones de la ley del foro que tengan carácter imperativo con arreglo al art. 16 RRII, fue la STJUE de 21 de enero de 2019, As. C-148/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*²³. Y, estas mismas cuestiones son las que ha tenido que analizar el TJUE a raíz de la cuestión prejudicial presentada por el tribunal búlgaro en el asunto *HUK-COBURG II*. El caso *Da Silva* fue también fruto de una demanda de responsabilidad civil extracontractual

Aunque el art. 16 RRII no exige expresamente la necesidad de que exista un vínculo estrecho con el foro para poder ser aplicado.

- 20 Vid. TORRALBA MENDIOLA, E., “La aplicación de las leyes de policía contenidas en Directivas de la Unión Europea: El ejemplo de la regulación de la cadena alimentaria”, *REDI*, 2023, v. 75, núm. 1, pp. 138-160, pp. 144 y 146; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation On the way towards a European Private International Law Code, *The European Legal Forum. Forum Iuris Communis Europae*, 3-2007, pp. 77-91, p. 90; FONT I SEGURA, A., “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar GB Ltd. C. Eaton Leonard Technologies Inc.*)”, *RDCE*, 2001, núm. 9, pp. 259-280, p. 262.
- 21 Vid. ap. 43 de la STJUE de 21 de enero de 2016, C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance y Gjensidige Baltic*; ap. 28 de la STJUE de 21 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*; TORRALBA MENDIOLA, E., “La aplicación de las leyes de policía ...”, *loc. cit.*, p. 144.
- 22 Vid. WAUTELET, P., “Article 16: Overriding mandatory provisions”, *loc. cit.*, p. 553.
- 23 ECLI:EU:C:2019:84.

ejercitada por los familiares cercanos de la víctima fallecida en un accidente de tráfico, aunque en aquél asunto el objeto de la controversia no era la concreción de la ley aplicable a la determinación del alcance de la indemnización del daño moral sufrido por las víctimas indirectas, sino al plazo de prescripción de la acción de reparación.

Es importante poner de relieve que, en el asunto *HUK-COBURG II*, la disposición búlgara controvertida (art. 52 de la ZZD búlgara) se encuentra contenida en una ley (Ley de Obligaciones y Contratos) cuya finalidad no es adaptar la legislación búlgara a la Directiva 2009/103/CE, ni a otra norma UE de derecho derivado. La Directiva 2009/103/CE, como hemos apuntado con anterioridad, no incorpora un régimen armonizado de responsabilidad civil extracontractual por daños derivados de accidentes de tráfico, sino que, en lo que se refiere a esta materia hace remisión a la legislación estatal. Por tanto, en el asunto *HUK-COBURG II* la determinación del carácter de ley de policía no surge con respecto a una disposición nacional que transpone una Directiva comunitaria, como ocurrió en los casos *Ingmar* y *Unamar*²⁴, sino en relación con una norma relativa a un ámbito material no armonizado por el legislador UE.

El TJUE, en la sentencia, se alinea con la postura del Abogado General expuesta en sus Conclusiones²⁵, que coincide con la interpretación restrictiva y estricta de la noción “*leyes de policía*” de los arts. 9.1 RRI y 16 RRII defendida por el TJUE en sus pronunciamientos anteriores²⁶. El TJUE justifica su decisión sobre la base de que se trata de disposiciones que constituyen una excepción a la ley designada por las normas de conflicto de los Reglamentos Roma I y Roma II, respectivamente, y una interpretación amplia y flexible de las mismas obstaculizaría la consecución de los objetivos que estos instrumentos pretenden alcanzar, que en el caso del Reglamento Roma II son, la seguridad jurídica, la previsibilidad de las resoluciones judiciales y el equilibrio entre los intereses de la víctima de los daños y de la persona de la que se invoca la responsabilidad²⁷. En definitiva, el TJUE se opone a que pueda considerarse una “*ley de policía*”, en el sentido del art. 16 RRII, una disposición nacional como el art. 52 de la

24 En los que las disposiciones controvertidas estaban contenidas en la Directiva 856/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (*DOCE* de 31.12.1986, L 382/17). Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar G.B Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc.* (ECLI:EU:C:2000:605) y la STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *Unamar NV c. Navigation Maritime Bulgare* (ECLI:EU:C2013:663). Vid. FONT I SEGURA, A., “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial ...”, *loc. cit.*, pp. 259-280 y CEBRIÁN SALVAT, M^a.A., “Agencia comercial, leyes de policía ...”, *loc. cit.*, pp. 357-366.

25 Vid. ap. 47 de las Conclusiones del Abogado General.

26 Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar G.B Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc.* y STJUE de 21 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*. En el caso *Da Silva* el TJUE concluyó que las disposiciones nacionales que regulan el plazo de prescripción de la acción de reparación no pueden considerarse una ley de policía en el sentido del art. 16 RRII, a menos que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto compruebe que dicha disposición, a la luz del análisis detallado de sus términos, reviste tal importancia en el ordenamiento jurídico nacional que justifica apartarse de la ley aplicable, designada conforme al art. 4 RRII. Una circunstancia que justificaría la aplicación del plazo de prescripción de la *lex fori* sería que el plazo previsto por la *lex causae* provocase una vulneración manifiesta del derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial efectiva (ap. 34 de la STJUE de 21 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*).

27 Vid. ap. 31 de la STJUE.

ZZD búlgara, que establece que la indemnización del daño moral sufrido por las víctimas de la familia cercana de una persona fallecida en accidente de tráfico debe ser determinada por el juez con arreglo a “*criterios de equidad*”, a menos que, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto compruebe que su observancia es considerada esencial en el ordenamiento jurídico de ese EM, debido a que persigue un objetivo de protección de un interés público esencial que no puede alcanzarse mediante la aplicación de la ley designada por el art. 4 RRII²⁸.

Para apreciar la naturaleza de “*ley de policía*” de las disposiciones de la ley del foro, según el TJUE, el órgano jurisdiccional competente debe realizar una serie de comprobaciones. En primer lugar, debe verificar que la disposición en cuestión haya sido adoptada por el legislador estatal con la finalidad de proteger uno o varios intereses públicos particularmente importantes. A tal efecto, el tribunal debe analizar el tenor, la estructura general, los objetivos y las circunstancias o el contexto en el que se adoptó dicha disposición²⁹. Uno de los aspectos más relevantes a destacar es que en el asunto *HUK-COBURG II* la disposición búlgara controvertida no protege, propiamente, intereses públicos, sino los intereses privados o individuales de las víctimas de accidentes de tráfico o su derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos –sin que ello suponga que éstas tengan que obtener la máxima indemnización–. En consecuencia, en este caso se plantea la cuestión, muy debatida a nivel doctrinal, relativa a si cabe la extensión del art. 16 RRII a las disposiciones que protegen intereses y libertades individuales³⁰. Tanto el Abogado General como el TJUE son partidarios de realizar una interpretación extensiva del art. 16 RRII, aunque únicamente con respecto a aquellas disposiciones que protegen intereses individuales que presentan “*una conexión suficiente con intereses públicos considerados esenciales en el ordenamiento jurídico del Estado de que se trate*”³¹. En segundo lugar, debe comprobar que la disposición de la ley del foro constituya la expresión de principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico estatal³². Por tanto, en el caso que nos ocupa, el tribunal búlgaro debía determinar si los “*criterios de equidad*” exigidos por el art. 52 de la ZZD, podían considerarse un principio fundamental de la ley búlgara. Esta cuestión en Bulgaria es objeto de un amplio debate doctrinal y jurisprudencial y esta contraposición de opiniones es la que lleva al Abogado General a decantarse por una respuesta negativa³³. Por último, el tribunal debe constatar que la aplicación de esta disposición es absolutamente necesaria para proteger el interés esencial de que se trate en el caso concreto³⁴. Según se desprende de la información proporcionada por el TJUE en la sentencia, tanto ley

28 Vid. ap. 57 y fallo de la STJUE.

29 Vid. ap. 30 de la STJUE de 21 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*.

30 Vid. ap. 58 de las Conclusiones del Abogado General.

31 Vid. *Ibid.*, ap. 60 a 62 y ap. 46 y 47 de la STJUE; Considerando 32 RRII; TORRALBA MENDIOLA, E., “La aplicación de las leyes de policía ...”, *loc. cit.*, pp. 142 y 143; CEBRIÁN SALVAT, M^a A., “Agencia, Leyes de policía ...”, *loc. cit.*, pp. 363-366; WAUTELET, P., “Article 16: Overriding mandatory provisions”, *loc. cit.*, pp. 554-557.

32 Según el Gobierno checo, una norma no puede calificarse de “*ley de policía*” por la sola razón de que se basa en principios fundamentales del Derecho del foro, puesto que rompe el carácter excepcional con la que debe aplicarse el art. 16 RRII. En caso contrario, sería una forma fácil de eludir la aplicación de la *lex causae*. Vid. ap. 36 de las Conclusiones del Abogado General.

33 Vid. *Ibid.*, ap. 65.

34 Vid. ap. 42 de la STJUE.

alemana como la ley búlgara disponen que, los jueces, para determinar el alcance de la indemnización de los daños deben tener en cuenta “*criterios de equidad*”. Por consiguiente, en este caso el tribunal búlgaro no podía aplicar el art. 52 de la ZZD búlgara, por cuanto a través de la aplicación del art. 253.2 BGB alemán la protección del interés de las víctimas indirectas de los daños también se podía alcanzar³⁵. El TJUE, en la sentencia, destaca que la excepción del art. 16 RRII no puede invocarse por la simple razón de que la *lex fori* contemple una regulación en materia de responsabilidad extracontractual distinta (y, en este caso, mas favorable para las víctimas) a la prevista por la *lex causae*. En consecuencia, la disparidad entre la ley búlgara y la ley alemana con respecto a la determinación de los daños indemnizables y de la cuantía de la indemnización no podía justificar la aplicación del art. 16 RRII. En caso contrario, se desvirtuaría el mandato de las normas de conflicto del RRII y se quebrantarían los principios de previsibilidad y de seguridad jurídica en los que se inspira el RRII. Por tanto, en el asunto *HUK-COBURG II* no puede hacerse extensiva la jurisprudencia *Unamar*, cuya aplicación únicamente encuentra justificación en un ámbito material armonizado³⁶.

III. REFLEXIÓN FINAL

El interés de esta sentencia es que ofrece al TJUE la oportunidad de precisar, una vez más, los límites de la noción “*leyes de policía*” en el sentido del art. 16 RRII; así como de precisar las pautas que los tribunales de los EEMM deben seguir para calificar como “*leyes de policía*” las disposiciones de la ley del foro. La particularidad, en este caso, es que dicho análisis debe realizarse con respecto a una disposición que protege los derechos y libertades individuales de las víctimas indirectas de los daños derivados de los accidentes de tráfico, no intereses públicos. La disposición nacional controvertida, además, no se encuentra recogida en una ley de transposición de una Directiva UE, como la Directiva 2009/103/CE, que obliga a los EEMM a garantizar que la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles esté cubierta por un seguro, sino en una ley estatal reguladora de un ámbito material, como es la responsabilidad civil extracontractual por daños derivados de este tipo de ilícitos, que no ha sido armonizado por el legislador de la UE. El TJUE, fiel a su postura defendida en pronunciamientos anteriores se postula a favor de una interpretación restrictiva y estricta de la noción “*leyes de policía*” del art. 16 RRII con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y la previsibilidad en las que se inspira el RRII. En aplicación del Reglamento, las disposiciones de la *lex fori* no pueden ser invocadas por las víctimas indirectas de los accidentes de tráfico con la finalidad de obtener un resultado más favorable que el resultante de aplicar la *lex causae* y, menos aún, si a través de dicha ley la protección de los intereses de las víctimas y su equilibrio con los de la persona de la que se invoca la responsabilidad ya queda garantizada.

35 Vid. *Ibid.*, ap. 49 y 53.

36 Vid. ap. 54 y 56 de la STJUE. En la STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *Unamar NV c. Navigation Maritime Bulgare*, el TJUE admitió que la ley elegida por las partes para regir el contrato de agencia comercial pueda dejar de ser aplicada cuando el tribunal que conoce del asunto aprecie que las disposiciones de la ley del foro, de naturaleza imperativa, contemplan una protección más amplia para el agente comercial que la prevista en la Directiva 86/653/CEE sobre contratos de agencia, que al ser de mínimos deja al Estado un margen amplio de regulación.

