

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por **B. CAMPUZANO DÍAZ, M. HERRANZ
BALLESTEROS, J.I. PAREDES PÉREZ Y P. QUINZÁ
REDONDO**

Coordinada por **B. AÑOVEROS TERRADAS***

Sumario:

CRISIS MATRIMONIALES DE CIUDADANOS EUROPEOS DE
DIFERENTE NACIONALIDAD RESIDENTES EN TERCEROS
ESTADOS. NOTA A LA STJUE DE 1 DE AGOSTO DE 2022, C-501/20,
MPA

POR B. CAMPUZANO DÍAZpp. 2-8

APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LUGANO II A LA VALIDEZ
FORMAL DE UN ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO INCLUIDO EN
LAS CONDICIONES GENERALES DE COMPRA ACCESIBLES EN UN
ENTORNO DIGITAL: LA STJUE DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2022 EN EL
ASUNTO C-358/21

POR M. HERRAZ BALLESTEROS.....pp. 9-16

LA STJUE DE 12 DE ENERO DE 2023, AS. C-396/21 FTI TOURISTIK
GMBH: EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DEL PRECIO DEL VIAJE
COMBINADO EN CASO DE FALTA DE CONFORMIDAD POR LAS
RESTRICCIONES SANITARIAS EN EL PAÍS DE DESTINO

POR J. I. PAREDES PÉREZ.pp. 17-22

DIVORCIO NO JUDICIAL CON INTERVENCIÓN DE AUTORIDAD
PÚBLICA-ESTATAL EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS
(SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2022, C-646/20,
SENATSVERWALTUNG FÜR INNERES UND SPORT,
STANDESAMTSAUFSICHT v. TB)

POR P. QUINZÁ REDONDOpp. 23-29

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

CRISIS MATRIMONIALES DE CIUDADANOS EUROPEOS DE DIFERENTE NACIONALIDAD RESIDENTES EN TERCEROS ESTADOS. NOTA A LA STJUE DE 1 DE AGOSTO DE 2022, C-501/20, MPA

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ*

I. PRESENTACIÓN DE LOS HECHOS

La STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, MPA¹, resuelve una cuestión prejudicial planteada por la AP Barcelona, mediante Auto de 15 de septiembre de 2020², relativa a la interpretación de los arts. 3 y 8 y, en su caso, 6, 7 y 14 R 2201/2003, así como del art. 3, y en su caso, 7 R 4/2009. La complejidad inicial venía planteada por la posible relevancia que pudiera tener la ocupación profesional de los litigantes, que una vez descartada, nos enfrenta a un problema de mayor interés, como es la resolución de las crisis matrimoniales de ciudadanos de la UE residentes en terceros Estados. Vamos a hacer a continuación una breve presentación de los hechos a los que se refiere la Sentencia objeto de análisis.

MPA, de nacionalidad española, y LCDNMT, de nacionalidad portuguesa, contrajeron matrimonio en la Embajada de España en Guinea-Bisáu, el 25 de agosto de 2010. Residieron en este país hasta febrero de 2015, cuando se trasladaron a Togo, donde se produjo la separación de hecho en 2018. Desde entonces, la madre y los hijos de la pareja, nacidos en España en 2007 y 2012, siguen residiendo en el domicilio conyugal de Togo, y el padre en un hotel, también en este Estado. Ambos cónyuges trabajan para la Comisión Europea con la categoría profesional de agentes contractuales, estando destinados en la delegación de Togo.

El 6 de marzo de 2019 la madre presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º2 de Manresa (Barcelona) una demanda de divorcio, incluyendo pretensiones sobre la determinación del régimen y forma de ejercicio de la custodia y de las responsabilidades parentales sobre los hijos menores de la pareja, la pensión de alimentos para estos y el uso de la vivienda familiar situada en Togo. El padre alegó que este Juzgado carecía de competencia judicial internacional debido a que las partes no tenían residencia habitual en España, lo cual llevó a que el órgano jurisdiccional se declarase incompetente.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Sevilla. Este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

¹ ECLI:EU:C:2022:619.

² ECLI:ES:APB:2020:6151A.

La madre interpuso recurso de apelación ante la AP Barcelona, señalando que ella y su cónyuge gozan de estatus diplomático como agentes de la Unión acreditados en el Estado de destino, concedido por el Estado de acogida y extensivo a los hijos menores; que tienen inmunidad diplomática en Togo, conforme al art. 31 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961; y que conforme a los R 2201/2003 y R 4/2009 la competencia judicial internacional se determina por la residencia habitual, estando fijada (art. 40 CC), en el lugar donde se residía antes de adquirir dicho estatus, que era España. En relación con el R 4/2009 invoca asimismo la operatividad del *forum necessitatis*, aportando información sobre la situación de la justicia en Togo.

El padre, por su parte, afirma que ninguno de los cónyuges ejerce funciones diplomáticas para su respectivo Estado miembro, sino que son trabajadores de la delegación de la UE en Togo, como agentes contractuales. A su juicio, no es aplicable el Convenio de Viena, sino el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la UE, que sólo cubre los actos realizados por los funcionarios y agentes de las instituciones de la UE con carácter oficial, de modo que el caso de autos no obsta a la competencia de los órganos jurisdiccionales de Togo, ni hace necesaria la aplicación del *forum necessitatis*.

En esta coyuntura, la AP de Barcelona decide plantear una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE, que pasamos a analizar.

II. EL TJUE DE NUEVO CON LA RESIDENCIA HABITUAL

En la STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, MPA, se plantea cómo debe interpretarse el concepto de residencia habitual a propósito del art. 3 R 2201/2003 y del art. 3 R 4/2009, en relación con unos cónyuges, nacionales de diferentes Estados Miembros, que permanecen en un tercer Estado por razón de su actividad como agentes contractuales de la UE, así como si ello afectara también a la determinación de la residencia habitual de los hijos, conforme al art. 8 R 2201/2003. La actividad profesional de los cónyuges, con la posible inmunidad jurisdiccional derivada de la misma, es lo que da singularidad al caso y lleva a plantear la cuestión prejudicial.

La respuesta del TJUE comienza con una afirmación que se ha reiterado de forma constante en su jurisprudencia: los R 2201/2003 y R 4/2009 no contienen ninguna definición del concepto de residencia habitual, ni hacen una remisión expresa al ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar el sentido y el alcance de este concepto, por lo que ha de realizarse una interpretación autónoma y uniforme, que tenga en cuenta el contexto de las disposiciones que lo mencionan y los objetivos que se persiguen (p. 43 y p. 47). Después se acude a los antecedentes jurisprudenciales en la materia.

Si hacemos una breve cronología de los pronunciamientos del TJUE relativos a la residencia habitual en el marco del R 2201/2003, hemos de señalar que en un principio han estado referidos al concepto de residencia habitual a propósito de los menores, tanto en relación con el foro general de competencia judicial internacional del art. 8, como con la sustracción internacional de menores y los arts. 2.11 y 11. En la STJCE de 2 de abril de

2009, C-523/07, A³, se sentaron las notas configuradoras del concepto de residencia habitual, en el sentido de que debía atenderse a la presencia física del menor en un Estado miembro, acompañada de una serie de factores que indicasen una cierta integración en un entorno familiar y social, entre los que podía considerarse la intención de los progenitores, que después se ha ido manteniendo en la jurisprudencia posterior, sin perjuicio de atender a las circunstancias del caso concreto⁴. Una gran novedad estuvo representada por la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, IB⁵, dado que fue la primera referida al concepto de residencia habitual a propósito de los adultos, en relación con la aplicación del art. 3 R 2201/2003. Se planteó en este caso si un adulto, que desarrollaba su vida entre dos Estados Miembros, podía tener más de una residencia habitual, lo cual se descartó indicando los criterios conforme a los cuales debía determinarse su única residencia habitual: la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado, junto con una presencia que revistiera un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro en cuestión (p. 57). Con carácter más reciente, la STJUE 12 de mayo de 2022, C-644/20, W.J.⁶, en un asunto en el que se cuestionó si el concepto de residencia habitual en el marco del Protocolo de La Haya de 2007 podía verse influido por la regla especial de competencia del art. 10 del R 2001/2003 para los supuestos de traslado o retención ilícito de un menor, ha vuelto a insistir en la presencia en un Estado miembro y en el entorno familiar y social a efectos de su determinación (p. 77), junto con referencias a la función específica que desarrolla la residencia habitual en el marco del mencionado Protocolo (pp. 64-65) .

Con estos precedentes, la Sentencia objeto de análisis se refiere, en primer lugar, a la residencia habitual de los cónyuges en relación con la aplicación del art. 3 R 2201/2003, recordando los criterios de determinación ya señalados (p. 44). Después menciona la estrecha relación existente entre el R 4/2009 y el Protocolo de la Haya de 2007, a efectos de concretar el concepto de residencia habitual en el marco Reglamento a la luz de las consideraciones realizadas en la Sentencia anteriormente mencionada (p. 53). Y concluye señalando que estos criterios deben aplicarse por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, independientemente de si los cónyuges o sus hijos gozasen en el tercer Estado de inmunidad de jurisdicción (pp. 62-63), lo cual, por otra parte, se discute.

³ ECLI:EU:C:2009:225.

⁴ Vid. STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU, Mercredi, ECLI:EU:C:2010:829; STJUE de 9 de octubre de 2014, C-376/14 PPU, C y M, ECLI:EU:C:2014:2268; STJUE de 15 de febrero de 2017, C-499/15, W, V y X, ECLI:EU:C:2017:118; Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017, C-111/17 PPU, OL y PQ, ECLI:EU:C:2017:436; STJUE de 28 de junio de 2018, C-512/17, HR, ECLI:EU:C:2018:513; STJUE de 17 de octubre de 2018, C-393/18 PPU, UD y XB, ECLI:EU:C:2018:835. Para un análisis de conjunto de esta jurisprudencia, vid CAMPUZANO DÍAZ, B., “Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, As. 393/18 PPU”, *CDT*, Vol. 11, Nº 2, 2019, pp. 451 y ss.

⁵ ECLI:EU:C:2021:955, vid. PÉREZ MARTÍN, L.A., “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, sólo hay una residencia habitual”, *CDT*, 2022, Vol. 14, Nº 1, pp. 422 y ss.

⁶ ECLI:EU:C:2022:371, vid. DURÁN AYAGO, A., “Concreción de la conexión residencia habitual en el Protocolo de La Haya sobre alimentos ante un traslado o retención ilícitos según el Reglamento (CE) 2201/2003. Aclaración propuesta por la STJUE de 12 de mayo de 2022, asunto C-644/20, W.J.”, *CDT*, 2023, Vol. 15, Nº 1, pp. 948 y ss.

En definitiva, en la casuística existente en torno a la determinación de la residencia habitual en los Reglamentos UE, lo que aporta la Sentencia objeto de análisis, como precisión adicional, es que la condición de agentes contractuales de la UE, destinados en una delegación en un tercer Estado, respecto del que se aduce que se goza de estatus diplomático, no es un elemento determinante (p. 66). Se refuerza con esta Sentencia la interpretación autónoma y uniforme del concepto de residencia habitual, basada en la presencia física y en una cierta estabilidad o integración en un determinado Estado miembro, conforme a la jurisprudencia hasta ahora desarrollada por el TJUE⁷.

III. LAS NORMAS INTERNAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y EL FORUM NECESSITATIS: TRES MODELOS PARA UN MISMO CASO

La conclusión a la que llega la STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, MPA, de que la residencia habitual no se encuentra en un Estado miembro, plantea a continuación una cuestión que consideramos de mayor interés, como es la relativa a la resolución de las crisis matrimoniales de cónyuges, nacionales de diferentes Estados miembros y residentes en un tercer Estado. En estos casos es muy probable que tengan interés en plantearla en un Estado miembro, previsiblemente el de la nacionalidad de uno de ellos, lo cual plantea una gran complejidad de soluciones, que quedan evidenciadas en la Sentencia objeto de análisis. Y la cuestión es que esta situación criticable, que se plantea en relación con las disposiciones del ya derogado R. 2201/2003, va a permanecer con el R 2019/1111.

En primer lugar, y por lo que se refiere al divorcio, ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente con el arreglo al art. 3 R 2201/2003 en el caso a que se refiere la Sentencia que analizamos. Se impone acudir por ello al art. 7, relativo a la *competencia residual*, cuya aplicación se encuentra condicionada por el art. 6, relativo al *carácter exclusivo de las competencias definidas* en el Reglamento, con una formulación que ha suscitado muchas dificultades interpretativas⁸. Por una parte, el art. 6 R 2201/2003 dispone que un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro o sea nacional de un Estado miembro, sólo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las disposiciones del Reglamento. Y por otra, el art. 7 R 2201/2003 prevé que, si de las disposiciones del Reglamento no se

⁷ Debe tenerse presente que en la formulación de la cuestión prejudicial subyace la posible relevancia del art. 40.II de nuestro CC, conforme al cual: *el domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español*. Y tal como ha señalado el Auto de la AP Barcelona de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:1774A), dictado tras la Sentencia del TJUE, la aplicación de este precepto debe descartarse, considerando, entre otros aspectos, el carácter autónomo del concepto de residencia habitual.

⁸ Vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A., “Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. La oscura redacción de sus artículos 7 y 8”, CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ E. (dirs.), *El derecho de familia ante el Siglo XXI. Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 741 y ss. Con carácter más reciente, esta misma autora ha analizado la refundición que se hace de estos preceptos en el art. 6 del Reglamento 2019/1111, “Alcance de la operatividad de los foros de competencia de las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/1111”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado*, N^o 12, 2020, pp. 17 y ss.

deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. Sobre la interpretación de estos preceptos ya se planteó una cuestión prejudicial, resuelta por la STJCE de 29 de noviembre de 2007, C-68/07, Sundelind López⁹, que no se refirió sin embargo a cómo debían articularse dichas disposiciones cuando el demandado fuese nacional de un Estado Miembro y residente en un tercer Estado. La aclaración que ahora realiza la STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, MPA, conforme a una interpretación del tenor literal del art. 6, es que cuando este precepto se refiere a que el demandado sólo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de *otro* Estado miembro en virtud de las disposiciones del Reglamento, no impide que el nacional de un Estado miembro pueda sea requerido ante los órganos jurisdiccionales del Estado de su nacionalidad, con arreglo a las normas internas de aplicación residual (p. 87)¹⁰. Por tanto, en nuestro caso, el cónyuge de nacionalidad portuguesa sólo podía ser demandado en Portugal, de ser posible con arreglo a las normas internas de este país.

Dicha interpretación supone, más allá del caso concreto al que se refiere la Sentencia objeto de análisis, que los cónyuges nacionales de un Estado miembro y residentes en un tercer Estado, pueden ser demandados en el Estado miembro de su nacionalidad, independientemente de quien sea el demandante y a pesar de que pudiera no interesar al demandado, si así lo permiten las normas nacionales. El objetivo del R 2201/2003, consistente en proteger a los nacionales de los Estados miembros con normas de competencia judicial internacional que respondan al criterio de una cierta proximidad, que se mantiene en el R 2019/1111, dependerá ahora de lo que dispongan las normas del Estado miembro de su nacionalidad, donde sí pueden ser demandados.

La situación tampoco resulta satisfactoria en relación con los menores y las cuestiones de responsabilidad parental. Conforme al art. 14 R 2201/2003, que se mantiene también como art. 14 R 2019/1111, si de los arts. 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. Pero curiosamente, y a pesar de que tanto se alude al criterio de proximidad para fundamentar el foro general de la residencia habitual del menor (art. 8 R 2201/2003 / art. 7 R. 2019/1111) o a la necesidad de vínculos estrechos para modular la prórroga de la competencia o la transferencia del conocimiento del asunto (arts. 22 y 15 R 2201/2003 / arts. 10, 12 y 13 R 2019/1111), la aplicación residual de las normas internas de competencia judicial internacional no se supedita a criterio de proximidad alguno, tal como expresamente se reconoce en la Sentencia que analizamos (p. 90). Ello permitiría que los órganos jurisdiccionales españoles conocieran de la cuestión de responsabilidad parental con respecto a los menores residentes en Togo, en base a la nacionalidad española de la demandante, conforme al art. 22 quater d) LOPJ¹¹.

⁹ ECLI:EU:C:2007:740.

¹⁰ El TJUE sigue las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 24 de febrero de 2022, C- 501/20, MPA (ECLI:EU:C:2022:138), en el sentido de que debe rechazarse una interpretación restrictiva del art. 6 Reglamento 2201/2003 (p. 83).

¹¹ Como muy acertadamente señala DURÁN AYAGO, A., haber dejado en materia de responsabilidad parental el foro de competencia residual proveniente del R 2201/2003, sin haber seguido la estela de otros

La reclamación en materia de alimentos nos exige acudir a un tercer modelo de solución. El R 4/2009 opta por prescindir del recurso subsidiario a las normas nacionales de competencia judicial internacional, mediante la incorporación de un foro uniforme de aplicación subsidiaria en su art. 6, acompañado de un *forum necessitatis* en su art. 7 si con arreglo al primero tampoco resultaran competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. En la STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, MPA, se acude al *forum necessitatis*, realizándose interesantes precisiones sobre cómo deben interpretarse los términos algo imprecisos de esta norma. Destacamos la referencia que se hace a que para considerar, en casos excepcionales, que un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo en un tercer Estado, es preciso que, tras un análisis pormenorizado de los elementos aportados en cada asunto concreto, el acceso a la justicia en ese tercer Estado esté, de hecho o de derecho, obstaculizado, en particular debido a la aplicación de condiciones procesales discriminatorias o contrarias a las garantías fundamentales de un proceso justo, sin que sea preciso que la parte que invoca el art. 7 acredite haber introducido o intentado introducir dicho procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de ese tercer Estado con resultado negativo (p. 113)¹².

En definitiva, que la deseable idea de un sistema normativo, que funcione con arreglo a unos principios comunes y previsibles en una materia de tanta trascendencia práctica, está lejos, de momento, de ser una realidad. El recurso a tres soluciones distintas para resolver un mismo caso, que llevan además a resultados dispares¹³, introduce un exceso de complejidad, que merece la crítica.

IV. ¿LA “CONVENIENCIA” DE LA FRAGMENTACION DEL PLEITO?

La STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, MPA, reconoce que la disparidad de las soluciones analizadas en el epígrafe anterior puede llevar a que órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros sean competentes (p. 92), añadiendo que no es necesariamente incompatible con el interés superior del menor y sugiriendo incluso que puede ser algo deseado por los progenitores en aras de ese interés (p. 94).

El TJUE cita en apoyo de esas consideraciones la STJUE de 5 de septiembre de 2019, C-468/18, R y P, donde también se produjo una fragmentación del pleito, argumentándose que podía responder al interés superior del menor. En un comentario que realicé de esa

reglamentos que han incorporado un foro subsidiario, resulta sorprendente, en cuanto permite el recurso a un foro exorbitante como éste, basado en la nacionalidad del demandante, “Capítulo 5: La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (artículos 11, 12, 13 y 14”, CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), *Estudio del reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 115-116.

¹² En relación ello debemos mencionar el detallado análisis de la situación de Togo que se hace en el Auto de la AP Barcelona de 21 de octubre de 2022 (vid. supra nota 7), para descartar la necesidad de recurrir en este caso al *forum necessitatis*.

¹³ A ello también se ha referido CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes”, *CDT*, 2023, Vol. 15, Nº 1, pp. 263-264.

Sentencia para esta misma revista cuestioné no obstante que la fragmentación pudiera haberse producido de forma consciente, señalando que más bien podía obedecer a un limitado conocimiento de los Reglamentos aplicables y de su articulación¹⁴. En relación con la Sentencia que ahora analizamos es la AP de Barcelona, en su Auto de 21 de octubre de 2022, quien no se deja convencer por los argumentos del TJUE, señalando que el resultado es insatisfactorio.

¹⁴ CAMPUZANO DÍAZ, B., “Problemas de articulación del Reglamento 4/2009 con el Reglamento 2201/2003. Nota a la Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2019, C-468/18, R y O”, *REEI*, Nº 38, 2019, p. 25.

APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LUGANO II A LA VALIDEZ FORMAL DE UN ACUERDO DE ELECCIÓN DE FORO INCLUIDO EN LAS CONDICIONES GENERALES DE COMPRA ACCESIBLES EN UN ENTORNO DIGITAL: LA STJUE DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2022 EN EL ASUNTO C-358/21

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS*

I. HECHOS

Las empresas Tilman S.A. (con domicilio social en Bélgica) y Uniliver Supply Chain Company AG (con domicilio social en Suiza), finalizan un contrato por el que la primera se compromete a empaquetar y embalar, por cuenta de la segunda, cajas de bolsitas de té a un precio fijado entre las partes. Posteriormente, el 6 de enero de 2011, concluyen un segundo contrato en el que modifican el precio que las partes habían acordado.

Además, en este segundo contrato se precisó que, a falta de otras estipulaciones negociadas individualmente, el contrato se regiría por las condiciones generales de compra de productos de Uniliver. El contenido de las condiciones generales estaba en un sitio web al que se llegaba a través de un hipertexto incluido en el contrato que se había celebrado fuera de la red -entendemos que en formato papel-. Por tanto, accediendo a través del hipertexto, las condiciones generales se podían consultar y descargar desde la web en las que estaban alojadas.

Entre las condiciones generales se encontraba inserta una cláusula de elección de foro en la que se establecía “(...) que cada parte contratante se sometía irrevocablemente a la exclusiva competencia de los tribunales ingleses para la resolución de cualquier litigio que se derivase directa o indirectamente del contrato”.

Ante el desacuerdo de las partes en relación con el modo de facturación debido al incremento del precio, Tilman presenta una demanda ante los Tribunales belgas, quienes en primera instancia se declaran competentes a pesar de la oposición de Uniliver. El derecho rector del contrato es el ordenamiento inglés.

Tilman recurre en apelación la decisión argumentando la aplicación del ordenamiento belga a la interpretación el contrato. Uniliver se adhiere, pero para impugnar la competencia de los Tribunales belgas y afirmar la competencia de los Tribunales ingleses como jurisdicción elegida en la cláusula. La Cour d'appel de Liège estima la declinatoria y declara la falta de competencia del Tribunal belga.

Tilman vuelve a recurrir ahora en casación y la Cour de cassation remite la siguiente cuestión prejudicial al TJUE:

“¿Es conforme al artículo 23, apartados 1, letra a) y 2 del Convenio [de Lugano II] una cláusula atributiva de competencia recogida en unas condiciones generales a las que el contrato celebrado por escrito remite a través de un hipervínculo a un sitio web en el que se pueden consultar y descargar e imprimir tales condiciones generales, sin que se haya instado a la parte a la que se opone tal cláusula a aceptar las condiciones generales seleccionando una casilla en el sitio web en cuestión”¹.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los aspectos sobre los que desarrollamos este comentario son tres: primero, en torno a la identificación del instrumento jurídico aplicable; segundo, la interpretación del TJUE en relación a las condiciones de aplicación de la norma elegida; tercero, la decisión sobre la validez de la cláusula de sumisión incorporada en las condiciones generales.

La primera cuestión de la que se ocupa el TJUE es de establecer el instrumento jurídico que resulta aplicable y conforme al cual se valorará la validez o no del acuerdo de elección de foro.

Teniendo en cuenta que la cláusula de jurisdicción se realiza en favor del Tribunal inglés, y ante la situación creada por el *Brexit*, resulta necesario saber qué momento temporal se habrá que tener en cuenta para determinar el instrumento aplicable: si es en el momento de perfeccionamiento del acuerdo o el momento de presentación de la demanda.

Pues bien, conforme a la jurisprudencia del TJUE, que mantiene su posición de pronunciamientos anteriores, los efectos jurídicos de la cláusula de elección de foro no se producen hasta que no se inicia el procedimiento². Por tanto, la fecha a tener en cuenta es

*Profesora Titular de Derecho internacional privado de la UNED. Trabajo realizado en el marco del Proyecto PID2020- 114611RB-I00, “Protección del menor en las crisis familiares internacionales . Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea”, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ STJUE de 24.11.2022, as. C-358/21, Tilman SA/ Uniliver Supply Chain Company AG. ECLI:EU:C:2022:923.

Sobre la misma ASENSIO P.M., “Cláusulas de jurisdicción en condiciones generales accesibles mediante menciones de enlaces: la sentencia Tilman”, puede consultarse en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2022/12/clausulas-de-jurisdiccion-en.html>;

SÁNCHEZ LORENZO, S., “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21: Tilman S.A./Uniliver Supply Chain Company AG”, *Diario La Ley*, Nº 110, enero 2023; KRZYSZTOF, P., “CJUE on Lugano II Convention and choice of court through a simple reference to a website, case Tilman C-358/21”, *Conflicts of Laws.net*, 24.11.2022, pp. 1-7; HODAC, M., “CJUE Rules on Formal Validity of Online Jurisdictional Clauses”, puede consultarse en <https://eapil.org/2022/12/13/cjeu-rules-on-formal-validity-of-online-jurisdictional-clauses/>

² STJUE de 13.11.1979 as. C-27/95 *Sancicentral GMBH v. René Collin*. ECLI:EU:C:1979:255, el TJUE sostiene: “La cláusula escrita atributiva de competencia que figura en un contrato de trabajo es, por su

el momento en el que se incoa el procedimiento judicial. En este caso el primer contrato se firma el 22 de noviembre del 2010, el segundo contrato se firma el 6 de enero del 2011, y es el 12 de agosto de 2015 cuando el Tribunal belga dicta la primera decisión, por tanto, el litigio ha tenido que ser iniciado antes de esa fecha.

Conforme al *Acuerdo de retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica* firmado en Bruselas y Londres el 24 de enero del 2020³ (en adelante *Acuerdo de retirada*), el periodo transitorio finalizó el 31 de diciembre del 2020⁴. Por consiguiente, hasta esa fecha tanto el *Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)*⁵ [en adelante Bruselas I (refundido)], como el Derecho de la Unión, -entre el que se encuentra el *Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil*⁶ (en adelante Convenio de Lugano II)- era aplicable al territorio del Reino Unido, como también a los Estados miembros en situaciones en las que interviene Reino Unido. A partir del 31 de diciembre del 2020 los referidos instrumentos dejan de ser aplicables⁷.

En consecuencia, teniendo en cuenta los datos del asunto y la jurisprudencia citada del TJUE al respecto, no hay duda de que el Convenio de Lugano II es aplicable dado que es al incoar el procedimiento -en este caso ante los Tribunales belgas- cuando la cláusula despliega sus efectos y, por tanto, cuando hay que establecer el instrumento conforme al que se interpretará su validez, aunque en este momento el periodo transitorio fijado por el *Acuerdo de retirada* haya finalizado⁸.

El segundo aspecto objeto de análisis del comentario está referido a la interpretación de las previsiones del Convenio de Lugano II conforme a la jurisprudencia existente del TJUE en relación: al Convenio de Bruselas de 1968⁹, así como al Reglamento Bruselas I

naturaleza, una opción de competencia que no produce efectos jurídicos hasta que se inicie un proceso judicial y que sólo produce consecuencias a partir de la fecha en que se ejercita la acción judicial”.

³ DO 2020, L 29, p. 7.

⁴ Artículo 126 del Acuerdo de retirada.

⁵ DO 20.12.2012 Serie L 351/1.

⁶ DO 21.12.2007 L339/3.

⁷ Véase algunas decisiones de la jurisprudencia española en la que se muestra el desconocimiento de este aspecto *vid.*, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “Las dificultades para identificar el instrumento aplicable a los acuerdos de elección de Tribunales del Reino Unido tras el Brexit (A propósito del Auto de la AP de Valencia de 10 de mayo del 2022)”, [44] REEI, (2022), pp. 2-8.

⁸ Ahora bien, si el Tribunal belga declara la validez de la cláusula de jurisdicción y remite el asunto a los Tribunales ingleses la fecha a tener en cuenta sería la de incoación del procedimiento ante la jurisdicción británica y no ante las autoridades belgas; por tanto, no aplicarán las previsiones del Convenio de Lugano II porque ya no estarían vinculados por dicho instrumento, véase KRZYSZTOF, P., “CJUE on Lugano II Convention...”, *op. cit.*, p. 5.

⁹ *Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada)*. DO 26.01.1998 C27/1.

bis¹⁰, incluso en la actualidad conforme al Reglamento Bruselas I (refundido). Pues bien, su extensión se desprende del Protocolo n.º 2 relativo a la interpretación judicial del citado Convenio¹¹.

Alguna de las condiciones de aplicación del Convenio de Lugano II difieren respecto de las previstas en el actual sistema de Bruselas I (refundido). Así, la obligatoriedad de que una de las partes tenga su domicilio en un Estado parte del Convenio ha desaparecido como condición personal de aplicación para el Reglamento Bruselas I (refundido), cuando existe una cláusula de jurisdicción en favor de un tribunal de un Estado miembro. De manera que, el Reglamento se aplicará con independencia del domicilio intra o extra UE de las partes, permitiendo con ello la atracción a las jurisdicciones de los Estados miembros de procesos cuya vinculación con el territorio de la UE sea únicamente el tribunal elegido en la cláusula de elección de foro.

En el caso del Convenio de Lugano II, y aunque el asunto C-358/21 no plantea problema sobre esta cuestión -Unilever está domiciliada en Suiza-, el posible cambio del elemento personal de aplicación puede plantear problemas debido al carácter mutable de la conexión. Para estos casos habría que fijar el momento en el que hay que tener en cuenta el criterio personal escogido -domicilio de una de las partes en un Estado vinculado por el Convenio-.

Existen dos opciones en torno a cuando habría que establecer el domicilio de cualquiera de las partes en un Estado vinculado por el Convenio: bien en el momento de finalización del contrato, bien en el momento de inicio del litigio. No se discute la extensión en la aplicación del Convenio de Lugano II a los supuestos en los que al suscribir la cláusula de jurisdicción una de las partes tenía su domicilio en un Estado contratante. A diferencia de la anterior postura, existen más discrepancias en los casos de extensión de la aplicación del texto cuando el domicilio de una de las partes en un Estado miembro del Convenio se tenga en el momento de inicio de la litis¹², y no cuando se concluyó el acuerdo de elección.

Pues bien, creemos que en este momento, teniendo en cuenta el cambio que ha tenido el Reglamento Bruselas I (refundido) al prescindir de este criterio de aplicación, la

¹⁰ *Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil* DO 16.01.2001 L12/1.

¹¹ Véase tanto el Preámbulo del Protocolo n.º 2 como el artículo 1. En el Protocolo se expresa de forma clara la intención de “impedir interpretaciones divergentes y conseguir una interpretación lo más uniforme posible” del Convenio de Lugano y del Reglamento Bruselas.

¹² De conformidad con el Informe Explicativo al Convenio de Lugano II, el profesor F. POCAR apuntaba: “Se decidió que el momento pertinente debía ser el momento de la celebración del contrato, por motivos de seguridad jurídica y de la confianza de las partes que habían acordado la cláusula: si la fecha de referencia fuese la fecha de interposición de la demanda, cabría la posibilidad de una parte trasladarse su domicilio a un Estado vinculado por el Convenio después de haber firmado el contrato y antes de que se hubiera entablado la acción, lo que haría aplicable el artículo 23, apartado 1, y cambiaría el contexto en que el tribunal designado en la cláusula tendría que determinar su propia competencia”. Apartado 105, DO 23.12.2009, C-319/1.

Con relación a este aspecto y en referencia al Reglamento Bruselas I bis, véase MAGNUS, U., “Prorogation of Jurisdiction”, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, (MAGNUS, U/MANKOWSKI, P. ed.,) Sellier European Law Publishers, 2007, pp. 393-394.

interpretación ha de ser mucho más flexible e ir encaminada, en su caso, a que las previsiones del Convenio de Lugano II se apliquen cuando concurra el domicilio de una de las partes en un Estado parte ya sea en el momento de finalización de la cláusula, ya sea en el momento de inicio del litigio.

El tercer y último aspecto de la decisión, una vez establecidas las condiciones de aplicación del Convenio de Lugano II, es el análisis de los requisitos de validez *formal* de la cláusula recogidos en el artículo 23 del Convenio de Lugano II, precepto que reproduce las formas de validez de los acuerdos de elección de foro del artículo 23 del Reglamento Bruselas I, ahora artículo 25 de Bruselas I (refundido). Si bien, hay condiciones de validez de la cláusula de elección de foro, por ejemplo, su validez material o sustantiva incluida en el marco del Reglamento de Bruselas I (refundido)¹³, a la que no se refiere el artículo 23 del Convenio de Lugano II.

Las distintas formas mediante las que se puede concluir un acuerdo de elección de foro están principalmente destinadas a asegurar que el acuerdo sea conocido y, por tanto, consentido por ambas partes. Es la voluntad las partes la que en definitiva excluye del conocimiento del asunto a los demás tribunales que serían normalmente competentes en ausencia de dicho acuerdo¹⁴.

Por tanto, la idea clave reside en verificar que existe consentimiento de las partes para concluir el acuerdo. Consentimiento que se ha de producir de forma clara y precisa y cumplir con alguna de las formas previstas en el artículo 23 del Convenio de Lugano II. Formas a través de las cuales se persigue verificar la realidad del acuerdo¹⁵, aspecto sobre el que además tiene que quedar constancia.

Con relación al asunto C-358/21 la cláusula de jurisdicción se encuentra recogida en las condiciones generales de compra de Uniliver. El TJUE se ha pronunciado en numerosas

¹³ Tampoco se encuentra incluida la referencia a la validez sustantiva de la cláusula de jurisdicción en el artículo 23 del Reglamento Bruselas Ibis. La incorporación de la validez material de los acuerdos de elección de foro no fue una cuestión pacífica en la negociación de la refundición de Bruselas I, al respecto *vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., “The Regime of Party Autonomy in Brussels I (Recast): The Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, Nº. 2, 2014, pp. 291-308. El profesor SÁNCHEZ LORENZO en aras a continuar la relación trasversal entre: primero, el Convenio de Bruselas de 1968 y su homólogo el Convenio de Lugano I; segundo, el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Lugano II, aboga por un Lugano III con el fin de acomodar las respuestas del Convenio a los avances de los Reglamentos, y esta tendría que ser una de ellas *vid.*, SÁNCHEZ LORENZO, S., “El principio de coherencia en el Derecho Internacional Privado Europeo”, *REDI.*, Vol. 70/2, 2018, pp. 17-47, en esp., pp. 24-25 y nota al pie núm., 15.

Sobre el paralelismo entre la consideración de la validez material del acuerdo en el Reglamento Bruselas I (refundido) y el Convenio de La Haya de elección de foro de 2005, *vid.*, CAMPUZANO B., *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Ed., Comares, Granada, 2018, pp. 150-152.

¹⁴ Interpretación estricta sobre la que incide el TJUE en su jurisprudencia a la hora de aplicar las condiciones o requisitos del precepto relativo a la autonomía de la voluntad. Apartados 36 y 37 del as. C-358/21 y la jurisprudencia allí citada.

¹⁵ *Vid.*, *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, (ed. MANKOWSKI, P., ULRICH, M.), ottschmidt, 2015, p. 628.

ocasiones en relación con las condiciones requeridas para que la forma escrita, prevista en los Reglamentos y en el 23.1 del Convenio de Lugano II, se cumpla cuando la cláusula de elección de foro se encuentra inserta en las condiciones generales del contrato. El equilibrio buscado entre la fluidez del comercio y la seguridad de que la aceptación de la cláusula se produce con el conocimiento por las partes a pesar de estar incluida en las condiciones generales, ha llevado al TJUE a considerar cumplido el requisito de la forma escrita cuando: el contrato firmado por las partes contuviera una llamada expresa a las condiciones generales que están impresas en el dorso del documento o también cuando la referencia expresa se hace a un documento independiente donde se encuentran consignadas las condiciones generales¹⁶. En sentido contrario, no se estima cumplido el requisito, entre otros supuestos, cuando las remisiones son indirectas o no expresas¹⁷.

Pues bien, en el marco del asunto C-358/21 y conforme a los datos, el contrato suscrito por las partes hace una remisión expresa a las condiciones generales de Unilever, entre las que se encuentra inserta la cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales ingleses¹⁸. Por lo tanto, en principio, los requisitos del artículo 23 del Convenio de Lugano II, siguiendo la jurisprudencia citada del TJUE, estarían cumplidos.

Junto a lo anterior se precisa que las condiciones generales se hubieran comunicado a Tilman para que esta parte las haya podido controlar poniendo la diligencia normal, en la medida que esta acción condiciona el conocimiento de la cláusula de elección de foro y está en relación directa con el consentimiento que se requiere de ambas partes para que el acuerdo sea válido. La comunicación de las condiciones generales es un aspecto sobre el que TJUE ha insistido¹⁹. Ahora bien, no se trata solo de asegurar la transmisión sino también el modo en el que la otra parte, en este caso Tilman, puede acceder al contenido de las condiciones generales y sobre todo, cuando su acceso tiene que ser a través de medios electrónicos. El TJUE deja claro que el modo de acceder a las condiciones generales ha de ser fácil y posible poniendo la diligencia bastante por la parte.

El TJUE, como viene recogiendo en su jurisprudencia, advierte que el acceso a las condiciones generales a través de la pantalla supone que efectivamente se produce la transmisión de la información²⁰. Ahora bien, en este caso se trata de acceder a las condiciones generales alojadas en un sitio web a través de un hipertexto, donde están

¹⁶ STJUE de 14.12.1976, Estasis Saloti di Colzani, as. C-24/76 ECLI:EU:C:1976:177. STJUE de 06.03.1999, Castelletti, as. C-159/97, ECLI:EU:C:1999:142, apartado 13. STJUE de 20.04.2016, Profit Investment SIM, as. C-366/13, ECLI: EU:C:2016:282, apartado 26.

¹⁷ Por ejemplo, el TJ en Sentencia de 8.03.2018, en el as. C-64/17 establece: “En el presente caso, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que el contrato de concesión mercantil objeto del litigio principal se celebró verbalmente, sin posterior confirmación escrita, y que las condiciones generales que contienen la cláusula atributiva de competencia solo se mencionaban en facturas emitidas por la parte demandada en el litigio principal”, apartado 28, ECLI:EU:C:2018:17.

¹⁸ Apartados 46 y 47 de la STJUE en el as. C-358/21.

¹⁹ El TJUE en su Sentencia de 7.07.2016, as. C- 222/15 determinó: “En el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende que la cláusula atributiva de competencia se estipuló en las condiciones generales de contratación de Technos, mencionadas en los instrumentos en los que constan los contratos entre las partes y *transmitidas* cuando se concluyeron”. Apartado 41, ECLI: EU:C:2016:525.

²⁰ Apartado 36 de la STJUE de 21.05.2015, El Majdoud en el as. C-322/14. ECLI:EU:C:2015:334.

recogidas dichas condiciones. El TJUE entiende que este modo de acceder siempre que sea posible antes de la firma del contrato no desvirtúa la transmisión que se requiere de la información²¹.

Se refiere el TJUE a la posibilidad de descargar e imprimir las condiciones generales. Lo anterior tiene que ser posible para que se cumpla la validez formal de la cláusula, principalmente a efectos de prueba²². Que tenga que ser posible la descarga y la impresión no quiere decir que efectivamente se haya hecho; en caso de que no se haya producido no supone que la cláusula no sea válida, sino que lo importante es la posibilidad de acceso y descarga a las condiciones generales antes de la firma del contrato²³.

Por último, hay que señalar que cuando el TJUE se ha pronunciado sobre si tales formas electrónicas cumplían la exigencia de forma escrita requerida por el Reglamento Bruselas I bis ha diferenciado entre un contrato en el que una de las partes es un consumidor y cuando se trata de otro tipo de contratos. El objetivo de protección de las normas en este segundo caso conlleva que las exigencias en los acuerdos de naturaleza comercial varíen de aquellas exigibles en los acuerdos de naturaleza de consumo²⁴.

En estos últimos supuestos la aplicación, en su caso, de la ley del Estado del tribunal elegido en la cláusula puede suponer que aunque una cláusula de elección de foro sea formalmente válida, conforme a los criterios del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido), la validez de la misma esté en cuestión debido a su consideración como cláusula abusiva conforme al ordenamiento del tribunal elegido en el acuerdo y, por tanto, aun siendo formalmente válida pueda ser considerada sustancialmente nula²⁵.

²¹ Y ello a pesar de que no sea necesario pulsar ninguna casilla para aceptar dichas condiciones o que la página no se abra automáticamente cada vez que se accede (apartado 52). Recogiendo la jurisprudencia del as. C-322/14, El Majdoud, apartado 39.

²² Identificado este requisito con la condición del artículo 25.2 del Reglamento 1215/2012: “Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

²³ En el Informe Explicativo al Convenio de Lugano el profesor F. POCAR indicaba: “El artículo 23, apartado 2, se limita a indicar que la comunicación electrónica se considera hecha por escrito si proporciona «un registro duradero», aunque ese registro duradero no se haya creado de hecho, lo que significa que el registro no se exigirá como condición necesaria para la validez formal o la existencia de la cláusula, salvo en el caso de que sea preciso probar su existencia, lo que sería por supuesto difícil de hacer por cualquier otro medio”. Así, se reitera en la STJUE en el as. C-322/14, El Majdoud (apartado 33).

²⁴ Véase por ejemplo como en Sentencia de 21.05.2015 el TJUE en el as. C-49/11, determina que: “el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7 debe interpretarse en el sentido de que una práctica comercial que consiste en dar acceso a la información prevista en esta disposición sólo mediante un hipervínculo a un sitio de Internet de la empresa en cuestión no cumple lo exigido por dicha disposición, ya que tal información no es ni «facilitada» por esa empresa ni «recibida» por el consumidor, en el sentido de esta misma disposición, y un sitio de Internet como del que se trata en el litigio principal no puede considerarse un «soporte duradero» a efectos de dicho artículo 5, apartado 1”. ECLI: EU:C:2012:419.

²⁵ De conformidad con la STJUE de 18.11.2020 en el as. C-519/19, el TJUE establece: “Así pues, incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio como el principal, con arreglo a la legislación del Estado cuyos tribunales se designan en una cláusula atributiva de competencia, e interpretando esa legislación conforme a las exigencias de la Directiva 93/13, extraer las consecuencias jurídicas del eventual carácter abusivo de tal cláusula, dado que del tenor del artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva se

Habrà que seguir la posible proyección de las condiciones del ordenamiento del tribunal elegido en el acuerdo en relación a la validez material de la cláusula de sumisión incluida en contratos finalizados en entornos digitales y en los que no estén implicados consumidores²⁶. Si bien, en caso de que los requisitos establecidos por el ordenamiento del tribunal elegido en el acuerdo queden considerados como cuestión relativa a la forma estarán regulados por las previsiones del Reglamento Bruselas I (refundido) y la jurisprudencia que al respecto haya del TJUE.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Las nuevas formas de contratación a través de medios electrónicos son imparables. El TJUE consciente de ello trata de guardar un equilibrio entre fluidez del tráfico y la seguridad. En base a estos dos parámetros ha respondido a la cuestión de la validez de las cláusulas de elección de foro contenidas en las condiciones generales de contratación cuyo acceso se produce a través de un hipervínculo. Afirmando que la misma, en las circunstancias que presenta el supuesto, cumple con el requisito de forma escrita prevista en el Convenio de Lugano II.

Sin embargo, la cuestión de la validez del acuerdo, por las peculiaridades del acceso online va más allá y habrá que analizar las condiciones que de carácter sustancial puede exigir la validez material de cláusula resultando aplicable para ello el derecho del tribunal elegido en el acuerdo. La diversidad de fórmulas existentes aboca a un análisis de los supuestos *in casu* sin que resulte posible proyectar soluciones de carácter general.

desprende que los jueces nacionales están obligados a excluir la aplicación de una cláusula contractual abusiva para que esta no produzca efectos vinculantes”. ECLI:EU:C:2020:933.

²⁶ Véase sobre este aspecto PETRONIO, F., COZZI, F., “The European Court of Justice Rules on the Validity of Choice of Jurisdiction Clauses Accepted by “Click-Wrapping” in Business-to-Business On-Line Transactions”, que puede consultarse en <https://webstorage.paulhastings.com/Documents/PDFs/stay-current-the-european-court-of-justice-rules-on-the-validity-of-choice-of-jurisdiction-clauses.pdf>

LA STJUE DE 12 DE ENERO DE 2023, AS. C-396/21 FTI TOURISTIK GMBH: EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DEL PRECIO DEL VIAJE COMBINADO EN CASO DE FALTA DE CONFORMIDAD POR LAS RESTRICCIONES SANITARIAS EN EL PAÍS DE DESTINO

JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ*

I. HECHOS

En su reciente Sentencia de 12 de enero de 2023, *Touristik GmbH*¹, el TJUE ha tenido la oportunidad de interpretar el art. 14.1 de la Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viajes vinculados², en relación con el derecho del viajero a una reducción del precio de su viaje combinado por parte del organizador por la no ejecución o la ejecución incorrecta de los servicios de viaje incluido en el viaje combinado, cuando la falta de conformidad se debe a las restricciones impuestas en el lugar de destino de dicho viajero para contener la propagación de una enfermedad infecciosa y tales restricciones también se han impuesto en el lugar de residencia de este y en otros países debido a la propagación mundial de esta enfermedad. Los hechos del litigio principal se suscitaron como consecuencia de la contratación por los demandantes de un viaje combinado que incluía, por un lado, un vuelo de ida y vuelta entre Alemania y Gran Canaria (España) y, por otro lado, una estancia en dicha isla durante el período comprendido entre el 13 y el 27 de marzo de 2020. Los demandantes en el litigio principal pudieron salir de su lugar de destino como estaba previsto. Sin embargo, el 15 de marzo de 2020, las autoridades españolas adoptaron medidas en todo el territorio español con el fin de contener la propagación de la pandemia de COVID-19, lo que supuso, en particular, el cierre de las playas de Gran Canaria y la aplicación de un confinamiento en dicha isla. En el hotel en el que se alojaban los demandantes en el litigio principal, los clientes solo podían abandonar sus habitaciones para alimentarse, se prohibió el acceso a las piscinas y las tumbonas y se canceló el programa de actividades de animación. El 18 de marzo de 2020, se informó a los demandantes en el litigio principal de que debían estar preparados para abandonar la isla en cualquier momento y, dos días después, tuvieron que regresar a Alemania. A su vuelta, ante la negativa del organizador, FTI Touristik, los demandantes presentaron una demanda de reclamación basada en las letras i) y m) del art. 651 BGB con el fin de obtener una reducción de precio del 70 % de su viaje combinado, que el

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid (acreditado a Profesor Titular de Universidad). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 10 de noviembre de 2022. Esta publicación es parte del proyecto TED2021-129307A-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea “NextGenerationEU”/PRTR.

¹ STJUE de 12 de enero de 2023, FTI Touristik GmbH, As. C-396/21, ECLI:EU:C:2023:10.

² DO L 326, 11 de diciembre de 2015.

Amtsgericht München (Tribunal de lo Civil y Penal de Múnich) desestimó por considerar que las medidas adoptadas por las autoridades españolas para contener la propagación de la pandemia de COVID-19 eran medidas de protección de la salud de los demandantes en el litigio principal y que tal protección no podía dar lugar a una «falta de conformidad» de su viaje combinado, en el sentido de la disposición nacional citada. Los demandantes en el litigio principal interpusieron un recurso de apelación contra esta resolución ante el *Landgericht München I* (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Múnich I, Alemania), el órgano jurisdiccional remitente. Dicho órgano jurisdiccional estima que, ciertamente, el organizador de un viaje combinado puede ser considerado responsable en caso de falta de conformidad de los servicios de viaje en cuestión derivada de la aplicación de las medidas de protección de la salud, habida cuenta de la responsabilidad objetiva del organizador prevista en el art. 651i BGB. Sin embargo, durante el viaje de los demandantes en el litigio principal, también se habían adoptado en Alemania medidas similares a las adoptadas por las autoridades españolas para contener la propagación de la pandemia de COVID-19, de modo que las medidas impuestas en su lugar de destino podían considerarse «circunstancias comunes» impuestas en toda Europa debido a esta pandemia y no circunstancias extraordinarias propias de dicho lugar de destino. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si podía considerarse que las restricciones así impuestas formaban parte del «riesgo general de la vida» que excluía la responsabilidad del organizador del viaje combinado en cuestión. A este respecto, invoca una sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), en la que se declaró que la garantía prevista en los contratos de viaje puede limitarse en caso de circunstancias que se refieran exclusivamente a la esfera personal del viajero o en las que se materialicen riesgos que el viajero debe soportar también en la vida cotidiana. Por lo tanto, en los casos en que no exista ningún incumplimiento de obligaciones ni ningún otro hecho causante de responsabilidad imputables al organizador de viajes, el viajero debería asumir los riesgos de una actividad comprendidos en el «riesgo general de la vida». Así sucede cuando, con independencia de los servicios de viaje previstos en el viaje combinado, el viajero tiene un accidente en el lugar de vacaciones, enferma o es víctima de un delito, o por cualquier otra causa personal ya no puede disfrutar de los demás servicios de viaje. El órgano jurisdiccional remitente señala además que, si, como pone de manifiesto el considerando 31 de la Directiva 2015/2302, los autores de esta Directiva han incluido entre las «circunstancias inevitables y extraordinarias», en el sentido del art. 12.2 de esta, el «brote de una enfermedad grave en el lugar de destino», puede suponerse que los autores no contemplaron el caso de una pandemia. En estas circunstancias, el *Landgericht München I* decidió suspender el procedimiento y preguntar al TJUE si el art. 14.1 Directiva 2015/2302 debe interpretarse en el sentido de que un viajero tiene derecho a una reducción del precio de su viaje combinado cuando la falta de conformidad de los servicios de viaje incluidos en su viaje combinado se debe a las restricciones impuestas en el lugar de destino de dicho viajero para contener la propagación de una enfermedad infecciosa y tales restricciones también se han impuesto en el lugar de residencia de este y en otros países debido a la propagación mundial de esta enfermedad.

II. LA INTERNACIONALIDAD DEL SUPUESTO LITIGIOSO Y SUS CONSECUENCIAS

Como punto de partida, la primera cuestión que plantea el análisis de la presente sentencia tiene que ver con la justificación de su comentario en una revista que se ocupa, en esencia, de temas internacionales, cuando los problemas de interpretación que resuelve en ella el TJUE se refieren a cuestiones estrictamente civilistas. Apuntada esta consideración, se ha de reseñar que la justificación se encuentra en el carácter internacional de la relación jurídica litigiosa, al plantearse la cuestión prejudicial en el contexto de un litigio suscitado por la reclamación de dos turistas alemanes por el cumplimiento defectuoso de los servicios turísticos de un contrato de viaje combinado a raíz de las restricciones impuestas en un Estado miembro, distinto del Estado miembro en que tienen su domicilio tanto los consumidores (turistas) como la otra parte contratante (organizadora de viajes). Así pues, en el caso de autos, el carácter internacional de la relación jurídica litigiosa debería haber activado la aplicación de la normativa europea de Derecho internacional privado, a los efectos de la competencia judicial internacional y la ley aplicable, es decir, el Reglamento de Bruselas I bis (RBI bis) y el Reglamento de Roma I (RRI). Sin embargo, los jueces alemanes lo trataron como un «supuesto interno impropio», obviando que, al hilo de la exigencia de un elemento de extranjería en relación litigiosa para la aplicación de las reglas uniformes del RBI bis, el TJUE ha declarado que el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate no tiene que derivar necesariamente de que, debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes del litigio, estén implicados varios Estados miembros³. Además, refiriéndose a los foros de protección de los arts. 17 a 19 RBI bis, el TJUE ha considerado que dichas disposiciones son aplicables a pesar de que, en la fecha de celebración del contrato, el consumidor y el profesional tuvieran su domicilio en el mismo Estado, y que no exigen la existencia de una actividad transfronteriza por parte del profesional⁴. La aplicabilidad de las citadas disposiciones solo está sujeta al requisito expreso de que el cocontratante profesional ejerza su actividad en el Estado miembro del domicilio del consumidor en la fecha de la celebración del contrato, sin que el posterior traslado del domicilio del consumidor a otro Estado miembro pueda impedir la aplicación de tales disposiciones.

Por lo tanto, una situación como la que dio lugar al litigio principal constituye una situación de carácter internacional a los efectos de la aplicación del RBI bis. Cuestión no baladí, en la medida en que impide la aplicación directa de las reglas de competencia territorial del Derecho del Estado miembro en el que tienen su domicilio el organizador del viaje y los consumidores. En efecto, en la medida en que el foro de protección del art. 18.1 RBI bis atribuye directamente tanto la competencia internacional como la competencia territorial al órgano jurisdiccional del domicilio del consumidor demandante⁵, éste no tiene porqué coincidir con el juez territorialmente competente de

³ STJUE de 14 de noviembre de 2013, Maletic, As. C-478/12, ECLI:EU:C:2013:735.

⁴ STJUE de 30 de septiembre de 2021, Commerzbank AG, As. C-296/20, ECLI:EU:C:2021:784.

⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2021, p. 131.

tratarse como una situación meramente interna⁶. Por otro lado, el carácter internacional de la relación jurídica permite a las partes la elección de ley aplicable al contrato a condición de que la ley escogida no prive al consumidor de la protección que le proporcionan las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual, y, con arreglo al art. 9.3 RRI, la posibilidad de que el tribunal competente pueda dar efecto a las leyes de policía de otro país, distinto del foro y del que rige el contrato, a condición de que pertenezcan al Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse⁷. A diferencia de que sucede en el caso de autos, donde, al calificar la relación contractual litigiosa de meramente interna, la norma de policía del país de ejecución es tomada en consideración como un dato fáctico a los efectos de considerar si constituye un caso de fuerza mayor susceptible de exonerar la responsabilidad del organizador del viaje. Dicho lo cual, de haberse calificado la situación litigiosa como internacional, el Derecho alemán estaría llamado también a regir el fondo (art. 6.2 RRI) y la forma del contrato (art. 11.4 RRI). Además, en cuanto leyes de policía del país donde se prestan los servicios, el carácter internacional de la relación litigiosa permite dar efecto a las restricciones adoptadas por las autoridades españolas con el fin de contener la propagación de la pandemia de la COVID-19⁸, en la medida en que la relación contractual queda comprendida en su esfera de aplicación, y de que tales leyes de policía conllevan la ilegalidad del cumplimiento del contrato, teniendo en cuenta para ello su naturaleza y su objeto, y las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación (art. 9.3 RRI). Si bien, al no prever la normativa de intervención española nada al respecto⁹,

⁶ Se encuentra pendiente, a este respecto, la petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Nürnberg (Alemania) el 21 de diciembre de 2022 – JX/FTINTouristik GmbH (As. C-774/22, FTI Touristik), DO C 112, 27 de marzo de 2023.

⁷ STJUE de 18 de octubre de 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774. Véase, a este respecto, CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 174-193.

⁸ Véase, a este respecto, RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Leyes de policía: el impacto de la pandemia en el Derecho internacional privado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (número extraordinario. Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones)*, t. II, 2021, pp. 253-268; IRIARTE ÁNGEL, J. L., y CASADO ABARQUERO, M., “Incidencia del COVID-19 sobre los contratos internacionales y fuerza mayor”, en LUQUÍN BERGARECHE, R. (dir.), *Covid-19: conflictos jurídicos actuales y desafíos*, Madrid, Bosch Wolters Kluwer, 2020, pp. 346-362.

⁹ El art. 36.4 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE n.º 91, de 1 de abril de 2020), afectó al derecho de resolución contemplado en el art. 12.1 Directiva 2015/2302, que permite al consumidor poner fin al contrato de viaje combinado antes del inicio del viaje sin pagar ninguna penalización de concurrir circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino. Hay que tener en cuenta que la citada disposición fue objeto de modificación por la disposición final quinta del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE n.º 163, de 10 de junio de 2020), para adaptarla al contenido de la Recomendación (UE) 2020/648, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19 (DO L 151/10, de 14 de mayo de 2020), habida cuenta de que un reembolso por medio de un bono obligatorio no era compatible con el art. 12 Directiva 2015/2302 y para establecer el plazo automático de 14 días para el reembolso del importe del bono a la finalización de su periodo de validez, si este no ha sido canjeado.

las consecuencias contractuales de las restricciones impuestas en el lugar de ejecución serían las previstas en la *lex contractus* (ley alemana)¹⁰.

III. MEDIDAS CORRECTORAS POR FALTA DE CONFORMIDAD Y CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ORGANIZADOR

Con todo lo anterior, el tribunal remitente eleva al TJUE las dudas de interpretación de las letras i) y m) art. 651 BGB, que se encargan de la transposición del art. 14 Directiva 2015/2302. En este contexto, el art. 13 Directiva 2015/2302 establece un régimen de responsabilidad contractual de los organizadores de viajes combinados frente a los consumidores que hayan celebrado con estos un contrato relativo a tales viajes, que, siguiendo al Abogado General¹¹, se caracteriza por dos rasgos importantes. Por un lado, la responsabilidad contractual es objetiva y las causas de exoneración están previstas de manera exhaustiva. Por otro lado, concentra la responsabilidad por cualquier falta de conformidad en el organizador. En particular, el art. 13 Directiva 2015/2302 establece que los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado sea el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje. Si cualquiera de los servicios del viaje no se ejecuta de conformidad con el contrato de viaje combinado, el organizador deberá subsanar la falta de conformidad, salvo si resulta imposible, o si ello entraña un coste desproporcionado, teniendo en cuenta la gravedad de la falta de conformidad y el valor de los servicios del viaje afectados. En situaciones en las que el organizador no subsane la falta de conformidad se aplicará el art. 14 Directiva 2015/2302, que establece, a su vez, dos derechos diferentes en caso de falta de conformidad: el derecho a una reducción del precio y el derecho a recibir una indemnización adecuada. Estos derechos están sujetos a diferentes condiciones. Por una parte, el derecho a una reducción del precio nace en caso de falta de conformidad y solo se excluye si el organizador demuestra que la falta de conformidad es imputable al viajero. Por otra parte, el derecho a recibir una indemnización nace cuando se experimenta un daño como consecuencia de cualquier falta de conformidad, y solo se podrán aplicar las excepciones enunciadas de manera taxativa en el apdo. 3 de la citada disposición. Concretamente, el organizador ha de demostrar que la falta de conformidad es imputable al viajero o a un tercero ajeno a la prestación de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado, o que se debe a «circunstancias inevitables y extraordinarias»¹². Dicho lo cual, el tribunal remitente consulta al TJUE la posibilidad de extender esta última causa de exención en

Véase, a este respecto, las Conclusiones de la Abogada General Sra. Laila Medina presentadas el 15 de septiembre de 2022, As. C-407/21 UFC – *Que choisir* y CLV ECLI:EU:C:2022:690.

¹⁰ Véase, a este respecto, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, t. III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882.

¹¹ Conclusiones de Abogada General Sra. Laila Medina presentadas el 15 de septiembre de 2022, As. C-396/21, KT, NS contra FTI Touristik GmbH ECLI:EU:C:2022:688.

¹² El art. 3 Directiva 2015/2302 define las «circunstancias inevitables y extraordinarias» como una situación fuera del control de la parte que la alega y cuyas consecuencias no habrían podido evitarse incluso si se hubieran adoptado todas las medidas razonables.

relación con el derecho del viajero a una reducción del precio y de las circunstancias que han de tenerse en cuenta a los efectos de determinar el importe de la reducción adecuada del precio.

En lo que respecta a la primera cuestión, con base en una interpretación literal, histórica, sistemática y teleológica del art. 14 Directiva 2015/2302, el TJUE llega a la conclusión de que las causas de exención del derecho de indemnización son específicas de este derecho y no pueden aplicarse en lo que respecta al derecho a una reducción del precio, de modo que el consumidor tiene derecho a una reducción del precio en caso de falta de conformidad aun cuando el organizador no haya incurrido en culpa y la falta de conformidad se deba a circunstancias inevitables y extraordinarias. La citada disposición sólo prevé una excepción a este derecho del viajero, a saber, cuando la falta de conformidad sea imputable a este último, lo que ha de demostrar el organizador. Así pues, el TJUE niega la posibilidad de que el organizador del viaje se pueda acoger al concepto de fuerza mayor, que se encuentra comprendido en el concepto de «circunstancias inevitables y extraordinarias»¹³, para eximirle de su obligación de conceder al consumidor una reducción del precio, aun incluso en situaciones, como la del litigio principal, en que la falta de conformidad se debe a restricciones que escapan del control del organizador, imposibilitando cualquiera doctrina que ponga en entredicho el derecho del consumidor a una reducción del precio del art. 14 Directiva 2015/2302¹⁴. Por último, el TJUE declara que la obligación del organizador de conceder la reducción del precio se ha de apreciar en relación con los servicios incluidos en el contrato de viaje combinado, que son objeto de la falta de conformidad, comprendiendo no solo las obligaciones explícitamente estipuladas en el contrato, sino también las vinculadas al mismo derivadas de la finalidad del contrato; que la reducción del precio del viaje combinado ha de apreciarse teniendo en cuenta la duración de la falta de conformidad y el valor del viaje combinado; y que el incumplimiento de la obligación del viajero de informar al organizador sin demora indebidas de cualquier falta de conformidad, puede ser tenido en cuenta al determinar la reducción del precio del viaje combinado cuando dicha notificación hubiera tenido por efecto limitar la duración de la falta de conformidad advertida, lo que no era necesario en el caso de autos, tratándose de medidas restrictivas adoptadas por las autoridades del país de ejecución de los servicios turísticos.

¹³ Véase el comentario de MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Derecho de reducción del precio de un viaje combinado afectado por las medidas restrictivas del Covid 19. Sentencia del Tribunal de Justicia 12 de enero 2023, asunto C-396/21: FTI Touristik”, *La Ley Unión Europea*, n.º 11, febrero de 2023.

¹⁴ P. ej., la doctrina del *fait du prince* o la teoría del riesgo general de la vida, que, en cambio, pueden exonerar al organizador de la obligación del pago de una indemnización al consumidor en situaciones, como en el caso de autos, en que la falta de conformidad se debe a «circunstancias inevitables y extraordinarias» que escapan del control del organizador en cuestión, o por considerar que estas medidas y sus consecuencias forman parte del riesgo de la vida que debe soportar el viajero.

**DIVORCIO NO JUDICIAL CON INTERVENCIÓN DE
AUTORIDAD PÚBLICA-ESTATAL EN EL
REGLAMENTO BRUSELAS II BIS (SENTENCIA DE 15
DE NOVIEMBRE DE 2022, C-646/20,
SENATSV ERWALTUNG FÜR INNERES UND
SPORT, STANDESAMTSAUFSICHT v. TB)**

PABLO QUINZÁ REDONDO*

I. HECHOS

La STJUE de 15 de noviembre de 2022 del asunto *Senatsverwaltung*¹ resuelve una cuestión prejudicial planteada en torno al reconocimiento, en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis², de un divorcio no judicial con intervención de autoridad pública-estatal.

Los hechos del caso son los que se resumen a continuación. TB, de doble nacionalidad alemana e italiana, se casó con RD, de nacionalidad italiana, el 20 de septiembre de 2013 en una ceremonia civil en Berlín, cuyo matrimonio fue inscrito en el registro de matrimonios de dicha ciudad. El 30 de marzo de 2017 ambos cónyuges iniciaron un procedimiento de divorcio extrajudicial en Italia ante el funcionario del registro civil (art. 12 Decreto Ley n° 132/2014), quien se encargó de recoger las declaraciones de los cónyuges respecto de su deseo de divorciarse. El matrimonio no tenía hijos menores o mayores de edad dependientes, ni había concluido ningún pacto patrimonial en el marco de la disolución de su matrimonio. Posteriormente, como exige la legislación italiana, ambos cónyuges ratificaron sus respectivas declaraciones. El 2 de julio de 2018 el funcionario del registro civil expidió el certificado previsto en el art. 39 del Reglamento Bruselas II bis.

Mas adelante, TB solicitó la inscripción del divorcio en el registro de matrimonios de Berlín. Al dudarse en dicho registro si tal divorcio podía inscribirse directamente o si se exigía un reconocimiento con arreglo a la normativa procesal interna alemana (art. 107, apartado 1, FamFG), se inició una consulta ante el Tribunal de lo Civil y Penal de Berlín, quien confirmó la necesidad de someterse a tal procedimiento de reconocimiento. Disconforme con dicha decisión, TB presentó recurso ante el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín, que ordenó a la oficina berlinesa la inscripción del divorcio automáticamente. A su vez, esta última resolución fue recurrida por la Consejería de Interior y Deporte de Berlín, autoridad competente para la supervisión de oficinas del

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia.

¹ Caso C-646/20 *Senatsverwaltung für Inneres und Sport v TB*, ECLI:EU:C:2022:879.

² Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27-11-2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DO L 338*, de 23-12-2003).

registro civil, ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán. Este último es, precisamente, el órgano remitente de las cuestiones prejudiciales planteadas.

Se pregunta al TJUE, en esencia, si el acta de divorcio expedida por el funcionario del registro civil italiano podía ser reconocida en Alemania en virtud del Reglamento Bruselas II bis -lo que conllevaría la inscripción del divorcio sin ningún procedimiento especial en el registro civil del Estado miembro de destino- y de ser así, si debía ser tratada como una resolución judicial (art. 21) o, en su defecto, como un documento público o acuerdo con fuerza ejecutiva (art. 46).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Presentados los hechos del caso, es turno ahora de analizar los problemas jurídicos más relevantes, que serán presentados en formato de preguntas y respuestas.

1ª ¿Qué es un divorcio no judicial? La terminología y clasificación de los divorcios no judiciales no resulta una tarea sencilla³. Tanto la doctrina como los legisladores y la jurisprudencia a nivel mundial emplean conceptos muy diversos y, además, lo hacen con notables divergencias en cuanto a sus regulaciones materiales. Sin embargo, a grandes rasgos, los divorcios no judiciales pueden ser puramente privados, sin participación de ninguna autoridad pública-estatal, o bien contar con la intervención de alguna autoridad de tal tipo, con un rol ciertamente heterogéneo.

En el primer grupo podrían incluirse, por un lado, a los simples acuerdos (privados) de los propios cónyuges y, por otro, a los procedimientos estrictamente religiosos, es decir, a los divorcios pronunciados por autoridades religiosas no autorizadas/reconocidas por el Estado y de conformidad únicamente con la normativa propia de la organización religiosa en cuestión⁴.

En el segundo grupo se encontrarían aquellos divorcios que tampoco han sido pronunciados por un juez/tribunal (en sentido estricto), pero en los que, en cambio, sí interviene una autoridad pública-estatal. En líneas generales, se incluirían en este grupo los diferentes modelos previstos en las legislaciones estatales donde, por ejemplo, un notario, el encargado del registro civil o el Ministerio Fiscal -entre otros- participa, de algún modo, en la disolución del matrimonio. Siendo este el elemento concordante entre todos ellos, lo cierto es que el nivel de intervención y el tipo de pronunciamiento que emite tal autoridad no judicial difiere en buena medida. Pueden citarse, a modo de ejemplo, en el territorio de la Unión Europea, los casos España -con su divorcio notarial-

³ MARCHAL ESCALONA, N., *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 21-40, donde los divorcios no judiciales son clasificados desde un punto de vista geográfico (Iberoamérica, Norte de Europa, Europa Oriental-Central, Europea Occidental, Asia y África).

⁴ BERNASCONI, S., "The application of Brussels IIa to the circulation of out-of-court and private divorces within the European Area of Justice: current difficulties and future perspectives", en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (eds.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 342.

, Francia -con su divorcio “por abogados”-, o Italia -al que nos referiremos en la siguiente cuestión- aunque hay muchos más⁵.

2ª *¿Cuáles son los caracteres básicos del divorcio no judicial italiano de los hechos del caso?* En Italia, dos nuevos tipos de divorcio no judicial con intervención de autoridad pública-estatal fueron introducidos en 2014 en virtud del Decreto Ley nº 132/2014. Uno de ellos, el previsto en el art. 12 de la mencionada normativa italiana, es por el que optan los cónyuges de conformidad con los hechos del caso. Consiste, de manera sumaria, en divorciarse ante el funcionario del registro civil, quien se encarga de recoger las declaraciones de los cónyuges respecto de su deseo de divorciarse, con la asistencia opcional de un abogado. El acuerdo no podrá contener disposiciones relativas a transmisiones de patrimonio. No podrá optarse por esta modalidad de divorcio cuando haya hijos menores o mayores de edad dependientes. Ambos cónyuges deberán ratificar sus declaraciones. Posteriormente, el acuerdo se plasmará en un acta administrativa.

3ª *¿Qué indica el Reglamento Bruselas II bis sobre los divorcios no judiciales con intervención de autoridad pública-estatal?* Para responder a esta cuestión es necesario partir de ciertos antecedentes. En este sentido, tanto el Informe Borrás del Convenio de Bruselas II⁶, como el Informe Explicativo del Reglamento Bruselas II⁷ y, finalmente, el propio Reglamento Bruselas II⁸, abordaron esta cuestión expresamente, indicando, en líneas generales, que los procedimientos no judiciales permitidos en determinados Estados miembro, siempre que sean reconocidos oficialmente, podían equipararse a las acciones judiciales civiles a efectos de aplicar el instrumento en cuestión⁹. En contraste con ello, el Reglamento Bruselas II bis omitió el tratamiento de esta problemática. Es cierto, no obstante, que este último reglamento europeo parece seguir una línea continuista respecto del ámbito de aplicación y las definiciones incluidas, por lo que podría sostenerse que (como sus predecesores) incluiría tanto los divorcios pronunciados por un juez/tribunal, como los obtenidos a través de otros procedimientos con efectos equivalentes.

⁵ D’ALESSANDRO, E., “The impact of private divorces on EU private international law, en SCHERPE, J. y BARGELLI, E. (eds.), *The interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Intersentia, Cambridge, 2021, p. 59.

⁶ Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona (*DO C 221*, de 16-07-1998).

⁷ Informe explicativo de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión Europea relativa a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (COM 1999 220 final, 4-05-1999).

⁸ Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (*DO L 160*, de 30-06-2000).

⁹ Véase particularmente el análisis del art. 1 del Convenio de Bruselas II facilitado en el Informe Borrás, así como el art. 1.2 del Reglamento Bruselas II.

4ª *¿Puede extraerse alguna conclusión de la sentencia del asunto Sahyouni II*¹⁰? Depende, porque ciertamente los hechos del caso -el tipo de divorcio en cuestión- son diferentes. La sentencia del asunto *Sahyouni II* versaba sobre un divorcio resultante de una declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges ante un tribunal religioso de la sharía en Siria y su posible reconocimiento en Alemania. Se trata, por tanto, de un divorcio privado. En cambio, la sentencia del asunto *Senatsverwaltung*, gira en torno a un divorcio no judicial con intervención de autoridad pública-estatal. Partiendo de dicha diferenciación, no obstante, en la sentencia del asunto *Sahyouni II*, en cierto modo, el TJUE justificó la exclusión de tales divorcios religiosos a través de la (exclusivamente) inclusión de “los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de esta” en el Reglamento Roma III¹¹ y en el Reglamento Bruselas II bis, aspecto este último que sí resulta relevante para los hechos del caso que estamos comentando, al menos como punto de partida. Lo que el TJUE no abordó en *Sahyouni II*, por exceder de lo estrictamente preguntado, es el nivel de intervención de la autoridad pública-estatal ni tampoco el tipo de control que esta debe llevar a cabo y de ahí que no quedará claro qué divorcios no judiciales de tal tipo se incluyan en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis.

5ª *¿Cuál es la argumentación principal del TJUE?* Valga por adelantado que la sentencia se centra en justificar que el acta de divorcio del funcionario del registro civil se trata de una resolución judicial a efectos de aplicar el Reglamento Bruselas II bis, por lo que deja sin sentido responder a la segunda cuestión, esto es, descarta que se trate de un documento público o un acuerdo. A partir de ahí, resaltaremos dos aspectos.

El primero, que el TJUE se vale de una concatenación de ideas/conceptos definidos en el propio Reglamento Bruselas II bis, acompañados de una pequeña “clarificación” del abogado general del asunto para responder a lo preguntado¹². La idea es la siguiente. Si una resolución judicial es una resolución de divorcio dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro (art. 2.4); un órgano jurisdiccional es una autoridad con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del reglamento (art. 2.1) y este último concepto se interpreta, siguiendo al abogado general del asunto, como toda “autoridad a la que la *legislación de un Estado miembro* atribuye competencia...en asuntos de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial” (párr. 34 de las conclusiones), pues entonces parece evidente que el concepto de resolución incluye a “los divorcios pronunciados por un funcionario al que un Estado miembro haya atribuido competencias en materia civiles relativas al divorcio” (párr. 36 de las conclusiones). Lo verdaderamente relevante, por tanto, es que la legislación interna del Estado miembro en el que se lleva a cabo el divorcio permita/prevea que tales autoridades puedan llevarlo a cabo/intervenir en el mismo. Desde este punto de vista, lo cierto es que el encargado del registro civil es una autoridad legalmente instituida en Italia para declarar el divorcio en los supuestos previstos en la propia legislación italiana (párr. 63 de la sentencia).

¹⁰ Caso C-372/16, *Soha Sahyouni v Raja Mamisch*, ECLI:EU:C:2017:988.

¹¹ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20-12-2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DO L* 343 de 29 de diciembre de 2010).

¹² ECLI:EU:C:2022:357.

En segundo lugar, la sentencia aborda, con más sombras que luces, la cuestión del control que debe ejercer la autoridad competente en materia de divorcio. “Conservar el control de la declaración” es, para el TJUE, lo verdaderamente relevante (párr. 54 de la sentencia). Dicha expresión, se infiere, supone el cumplimiento de dos requisitos. Por un lado, que el divorcio se haya obtenido de conformidad con las condiciones o requisitos exigidos por la ley del Estado miembro de origen, que en este caso no parecen plantear problema alguno (párr. 65). Por otro lado, el aseguramiento de que el consentimiento de los cónyuges de divorciarse es válido, libre e informado. Es aquí donde el TJUE hace una asimilación ciertamente reduccionista de lo que conlleva el control del consentimiento, pues considera superado dicho requisito siempre y cuando el funcionario del registro civil italiano haya recabado personalmente, y con el plazo de ratificación que establece la ley, las declaraciones de los cónyuges (párr. 64 de la sentencia). Consideramos que esto no debe asimilarse a un verdadero control de fondo¹³, aunque ciertamente la sentencia omite tal expresión al referirse al funcionario del registro civil italiano¹⁴. Se “atreve”, a lo sumo, a indicar, como hemos dicho, que tal autoridad debe “conservar el control de la declaración” y que, si no fuera así, no estaría facultado para declarar el divorcio (párr. 66 de la sentencia). Demasiada nebulosa.

6ª ¿Qué papel juega aquí el Reglamento Bruselas II ter¹⁵? El Reglamento Bruselas II ter no resulta aplicable a los hechos del caso *ratione temporae*. En esto, la sentencia no erra: aplica el instrumento correcto, que es el Reglamento Bruselas II bis y no el Reglamento Bruselas II ter. De repente, no obstante, el Tribunal de Luxemburgo “invita a la fiesta” a este último bajo el argumento de “el propósito del legislador de la Unión no fue innovar e introducir normas nuevas, sino únicamente aclarar” (párr. 61 de la sentencia), por lo que, aparentemente, podría explicarse el Reglamento Bruselas II bis a través del Reglamento Bruselas II ter. No termina de convencernos dicho argumento. Por un lado, porque no se pueden interpretar las disposiciones del Derecho de la Unión Europa a la luz de las modificaciones introducidas por normas adoptadas en un momento posterior¹⁶. Por otro, porque tal “paralelismo” entre el Reglamento Bruselas II bis y el Reglamento Bruselas II ter es, cuando menos, impreciso. Basta con comparar la escueta regulación de los documentos públicos y los acuerdos en el primero de ellos con el carácter más extenso en el segundo (incluyendo sus definiciones); y basta también con detenerse en el considerando 14 del “nuevo” Bruselas.

¹³ Como acertadamente ponen de manifiesto JIMÉNEZ BLANCO, P., “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 2, 2022, p. 562 y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A., “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario del registro civil de un Estado miembro como “resolución judicial” sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido (STJ GS 15 de noviembre de 2022, Asunto C-646/20: Senatsverwaltung für Inneres und Sport)”, *Diario LA Ley Unión Europea*, nº 111, febrero 2023, pp. 1-18 (especialmente pp. 7 y 13).

¹⁴ Sí que menciona el control de fondo cuando aborda el “paralelismo” entre el Reglamento Bruselas II bis y el Reglamento Bruselas II ter. Pero lo hace, sin referirse específicamente al funcionario del registro civil italiano. De todos modos, en la pregunta 6 criticamos tal “paralelismo”.

¹⁵ Reglamento (UE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DO L 178, de 2-07-2019).

¹⁶ Caso C-224/16, *Aebtri v Nachalnik na Mitnitsa Burgas*, ECLI:EU:C:2017:880.

Pero junto con dicha diferenciación esencialmente estética, vayamos al resultado. Planteémonos qué ocurriría si, hipotéticamente, tuviéramos que resolver un caso como el enjuiciado con el Reglamento Bruselas II ter; hagámoslo, a ser posible, abstrayéndonos de lo que ha fallado el TJUE en *Senatsverwaltung*. En nuestro caso, habríamos partido de las soluciones previstas para los documentos públicos y acuerdos, en lugar de las de resoluciones judiciales del Reglamento Bruselas II ter; al fin y al cabo, las primeras fueron introducidas, en buena medida, para atender las peticiones de Estados miembro como Francia o Italia durante el proceso de negociación del texto. No obstante, bien es cierto que, si asumimos dicha hipótesis, la entrada en aplicación del Reglamento Bruselas II ter llevaría aparejada un *downgrade* de algunos divorcios no judiciales, que pasarían de ser considerados como resoluciones judiciales en el marco del Reglamento Bruselas II bis - de conformidad con la sentencia del asunto *Senatsverwaltung*-, a documentos públicos y/o acuerdos en el contexto del Reglamento Bruselas II ter. Lo contrario -partir de que el divorcio italiano también sería una resolución judicial a la luz del Reglamento Bruselas II ter-, en cambio, podría poner en entredicho la “utilidad” de las disposiciones referentes a documentos públicos y acuerdos del Reglamento Bruselas II ter¹⁷. En definitiva, por un lado u otro, la opción escogida puede “hacer aguas”.

III. CONCLUSIONES

El TJUE considera que el acta de divorcio extendida por un funcionario del registro civil en un Estado miembro pueda circular en el resto de Estados miembro como resolución judicial y no como documento público o acuerdo en el marco del Reglamento Bruselas II bis.

Esta sentencia debería marcar la hoja de ruta de futuras cuestiones prejudiciales sobre esta temática pues, en principio, el TJUE no debería “contradecirse” sobre lo concluido en *Senatsverwaltung*. Por tanto, puede entenderse que, si el divorcio concluido ante el funcionario del registro civil italiano pasa el “filtro” del Reglamento Bruselas II bis, e incluso es considerada el acta expedida como resolución judicial, todos aquellos en los que la autoridad pública estatal realice un control mayor o, como mínimo, similar, deberían recibir idéntica respuesta. Así de claro parece haberlo visto el *Kammergericht* de Berlín, que ha decidido retirar la cuestión prejudicial planteada en torno al divorcio notarial español una vez dictada la sentencia del asunto *Senatsverwaltung*¹⁸. Esto no es lo deseable, pues verdaderamente hubiera sido muy interesante haber podido contar con dicha sentencia. No obstante, y aunque esto ya sea entrar en el terreno de las hipótesis, pensamos que el TJUE hubiera respondido únicamente a la primera cuestión prejudicial y lo habría hecho de manera afirmativa, esto es, habría calificado a la escritura pública del divorcio notarial como una resolución judicial a efectos de su circulación en el resto de Estados miembro en el contexto del Reglamento Bruselas II bis. Estaremos pendientes por si algún otro Estado miembro se “anima” a plantear una cuestión prejudicial sobre

¹⁷ Sin perder de vista que con el Reglamento Bruselas II ter tal distinción es esencialmente terminológica, pues los documentos públicos y los acuerdos se asimilan a las resoluciones a efectos de aplicar el Reglamento Bruselas II ter (cdo. 70), salvo disposición en contrario prevista en la regulación específica que, sobre los mismos, se contenga en dicho instrumento institucional (art. 65.1).

¹⁸ ECLI:EU:C:2022:1043.

algún otro divorcio no judicial con intervención de autoridad pública-estatal y ver si, efectivamente, se mantiene la línea concluida en *Senatsverwaltung*.