

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por M^a V. Cuartero Rubio,
C. González Beilfuss, S. A. Sánchez Lorenzo y
M^a E. Zabalo Escudero

Coordinada por B. Añoveros Terradas*

Sumario:

SOBRE LA INTERNACIONALIDAD SOBREVENIDA DEL CONTRATO DE CONSUMO Y LAS NORMAS EUROPEAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL (STJUE DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2021, COMMERZBANK, C-296/20)

POR M^a V. CUARTERO RUBIO..... pp. 2-7

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y HOMOPARENTALIDAD: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) DE 14 DE DICIEMBRE DE 2021, ASUNTO C-490/20, PANCHAREVO

POR C. GONZÁLEZ BEILFUSS..... pp. 8-13

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO O LA UTOPIA DE LAS NOCIONES AUTÓNOMAS: SENTENCIA DEL TJUE (SALA CUARTA) DE 9 DE DICIEMBRE DE 2021 (AS. C-242/20: “HRVATSKE ŠUME D.O.O., ZAGREB/BP EUROPA SE”)

POR S. A. SÁNCHEZ LORENZO..... pp. 14-24

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PARA CONOCER DE UNA ACCION DE DIVISION DE COPROPIEDAD SOBRE BIENES SITUADOS EN EL EXTRANJERO, EJERCITADA EN UN PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA de 9 DE NOVIEMBRE DE 2021.

POR M^a E. ZABALO ESCUDERO..... pp. 25-31

* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona.

SOBRE LA INTERNACIONALIDAD SOBREVENIDA DEL CONTRATO DE CONSUMO Y LAS NORMAS EUROPEAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL (STJUE DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2021, COMMERZBANK, C-296/20)

M^a VICTORIA CUARTERO RUBIO*

I. INTRODUCCIÓN

Consumidor con domicilio en Alemania contrata con profesional con domicilio en Alemania. Consumidor es demandado en Alemania, pero al momento del litigio ya no vive en Alemania sino en Suiza. El caso, un clásico supuesto de internacionalidad sobrevenida, ha sido resuelto por la STJUE (Sala Sexta) de 30 de septiembre de 2021¹. El Tribunal establece que las normas de competencia judicial internacional de protección de consumidores son aplicables en estas circunstancias. La Sentencia resulta muy interesante por su fundamentación jurídica. Aparentemente sistemática, es acaso confusa y sobrevuela el problema de fondo que subyace en el caso: la previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional², así como su equilibrio con el objetivo de protección de parte débil. También es interesante por la línea de interrogantes interpretativos que abre el fallo. Además, la cuestión de la internacionalidad siempre *vaut le voyage*.

II. HECHOS, CUESTIÓN Y SENTENCIA

La Sentencia que comentamos trae causa en los siguientes hechos. Commerzbank es una sociedad con domicilio social en Alemania. En 2009 un particular con domicilio en Alemania abrió una cuenta corriente en una filial de Commerzbank en Alemania. Ante el descubierto de la cuenta, el banco requirió infructuosamente al deudor hasta que procedió a resolver la relación y, en 2016, presentó demanda ante los tribunales alemanes. El hecho particular es que, entre la celebración del contrato y la presentación de la demanda, el consumidor demandado cambió de domicilio, trasladándose de Alemania a Suiza. Los tribunales alemanes de instancia y apelación inadmitieron la demanda al considerarse

* M^a Victoria Cuartero Rubio, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Castilla-La Mancha. Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

¹ Commerzbank, C-296/20, EU:C:2021:784.

² Cf. JIMÉNEZ BLANCO, P., “Los riesgos procesales del cambio del domicilio del consumidor: ¿necesitan una reforma el reglamento Bruselas I bis y el Convenio de Lugano?: Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2021, asunto C-296/20”, *La Ley Unión Europea*, núm. 97, 2021, apdo. 23.

incompetentes. El Bundesgerichtshof planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre el Convenio de Lugano II³, art. 15.1 c)⁴, en relación con el art. 16.2. Hay que reseñar que, inicialmente, incluía dos preguntas. La primera, en síntesis, planteaba si la aplicación del art. 15.1 c) presupone la existencia de actividad transfronteriza por el cocontratante del consumidor al momento de la preparación y celebración del contrato. La segunda si, además, para la aplicación del art. 15.1 c) en relación con el art. 16.2 era preciso que concurriera actividad dirigida por el cocontratante al Estado del nuevo domicilio. Tras la resolución por el Tribunal del asunto mBank, la cuestión quedó limitada a la primera pregunta⁵.

El asunto ha sido resuelto por la STJUE (Sala Sexta) de 30 de septiembre de 2021, que dispone la aplicación del art. 15.1 c) en un caso como el de autos. Así, el fallo establece que el art. 15.1 c) del Convenio, “determina la competencia en el supuesto de que el profesional y el consumidor, partes en un contrato de consumo, estuvieran domiciliados, en la fecha de la celebración de ese contrato, en el mismo Estado vinculado por dicho Convenio y de que un elemento de extranjería de la relación jurídica no surgiera hasta después de la referida celebración, debido al traslado ulterior del domicilio del consumidor a otro Estado vinculado por el mencionado Convenio”. El Tribunal sustenta esta interpretación en la siguiente fundamentación jurídica. Tras afirmar que el caso entra en el ámbito de aplicación temporal del Convenio⁶ y la comunidad de interpretación con el Reglamento Bruselas I bis⁷, recuerda las condiciones de aplicación del régimen de protección, el Auto mBank, que entiende la referencia al domicilio del consumidor en el art. 18 del Reglamento como “en la fecha en que se interpuso la demanda” y el art. 16.2 del Convenio, que establece el foro del domicilio del demandado-consumidor. A partir de estas consideraciones, el Tribunal resuelve el caso. Así, conforme a una interpretación literal del art. 15, indica que sólo exige que el profesional ejerza su actividad en el domicilio del consumidor (apdo. 43), con cita de jurisprudencia en interpretación del Reglamento Bruselas I bis⁸. A la misma conclusión llega con una interpretación

³ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 de octubre de 2007, DO L 147, de 10.6.2009. Respecto a las relaciones del Convenio con el Reglamento Bruselas I bis, recuérdese art. 73.1 del Reglamento y art. 64 del Convenio.

⁴ Art. 15.1 c) del Convenio: “En materia de contrato celebrado por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4 y en el art. 5, punto 5:... c) cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado vinculado por el presente Convenio del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado o a varios Estados, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades”.

⁵ Auto TJUE de 3 de septiembre de 2020, mBank, C-98/20, EU:C:2020:672, también de la Sala Sexta.

⁶ De forma un tanto imprecisa, pues el apdo. 32 refiere, no solo el dato relevante de acción judicial con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Convenio, sino igualmente la resolución del contrato, y sin invocación del art. 63.1.

⁷ Conviene recordar que los Convenios de Lugano aseguraron la interpretación uniforme, aunque mediante un sistema más débil del propio de la Unión, recogido en el Protocolo nº 2 al Convenio. El Protocolo expresa de forma nítida la voluntad de “impedir interpretaciones divergentes y conseguir una interpretación lo más uniforme posible” del Convenio de Lugano y del Reglamento Bruselas (Exposición de Motivos *in fine*).

⁸ En su apoyo, STJUE de 17 de noviembre de 2011, Hypoteční banka, C-327/10, EU:C:2011:745, STJUE de 14 de noviembre de 2013, Maletic, C-478/12, EU:C:2013:735 y Auto mBank precitado. Y, descartando

contextual y sistemática, en particular, por conexión con el art. 17.3. Asimismo, la declara acorde con el objetivo de previsibilidad de las normas de competencia (interpretación teleológica), dado que “las reglas de ese Convenio no tienen por objeto regular el sistema del contrato, sino crear reglas uniformes de competencia judicial internacional... y que estas no se determinan con anterioridad a la interposición de la demanda”, y que “la regla de la competencia del órgano jurisdiccional del domicilio del consumidor, pese a un eventual cambio de domicilio, no solo es el resultado del proceso de integración normativa... sino que corresponde también a la regla habitual de la competencia en función del domicilio del demandado” (apdos. 53 y 54). La fundamentación se completa con la referencia al Informe Schlosser, donde se resuelve la cuestión controvertida en términos distintos, relativizando el valor del Informe para impedir la conclusión alcanzada. Habida cuenta de lo anterior, el Tribunal concluye que la única condición de aplicabilidad del art. 15 es el “requisito expreso de que el cocontratante profesional ejerza su actividad en el Estado del domicilio del consumidor en la fecha de la celebración del contrato, sin que el posterior traslado del domicilio del consumidor a otro Estado contratante pueda impedir la aplicabilidad de la misma disposición” (apdo. 59).

III. DIVERSAS APROXIMACIONES

El asunto *Commerzbank* nos devuelve al debate clásico sobre la internacionalidad, un material frágil, susceptible de inestabilidad y marcado por la relatividad⁹; también inmerso en un proceso de especialización creciente (heterogeneidades global, europea e interregional) hacia auténticos subsistemas dentro del sistema de *Dipr*, que cumplen la función del Derecho en razón de este dato. Esto en un plano dogmático, donde el “dato internacional” es presupuesto de aplicación de toda norma de *Dipr*. En un plano normativo, la internacionalidad conforma la concreta ordenación de conductas y relaciones, y cumple una función normativa¹⁰. Cuestiones tales como el cuándo o el cómo de la internacionalidad se mueven en el ámbito de esta función normativa; en el caso de autos, el cuándo (¿al momento de celebración del contrato o basta que concurra al momento de la interposición de la demanda?) y el cómo (¿cómo debe manifestarse para

incompatibilidad, STJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08 y C-144/09, EU:C:2010:740.

⁹ Una situación es internacional o no “según el punto de vista en que cada uno se coloque” (JITTA, J., *Método de Derecho internacional privado*, trad. por PRIDA, J.F., La España Moderna, Madrid, 1905, p. 53). *Vid.* una síntesis del tópico en LALIVE, P., “Tendances et méthodes en droit international privé”, *R. des C.*, t. 155, 1977, pp. 16-25. La nota de relatividad resulta más acentuada en el seno de las teorías que intervienen la delimitación del objeto del *Dipr* con el requisito de la relevancia del elemento extranjero (v. gr. PÉREZ VERA, E., *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional privado*, Granada, 1973, pp. 13-15).

¹⁰ Función normativa de la heterogeneidad que sintetiza ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa”, *ADC*, t. XLVI, fasc. III, julio-septiembre 1993, pp. 1109-1151, en particular, pp. 1121-1122: las normas de *Dipr* y su interpretación se ajustan al grado de heterogeneidad (o son lineales por preferir conscientemente especializarse por problema o grupo de problemas, p. 1134). En la misma clave *vid.* STOFFEL, W.A., “Le rapport juridique international”, *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, pp. 421-451. O funciones, según nos aproximemos a los grupos normativos que integra (cf. GUZMÁN ZAPATER, M., “Sobre la función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación”, AA.VV., *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, UAM/Eurolex, Madrid, 2005, p. 1622).

dar entrada al régimen de protección?) de la internacionalidad en las condiciones de aplicación del régimen de protección de consumidores en un supuesto de “heterogeneidad europea sobrevenida”.

Frente a la Sentencia, la aproximación a la internacionalidad es abiertamente distinta en las Conclusiones del Abogado General, y el fallo propuesto, el contrario¹¹. En efecto, el Abogado General respondía en negativo a la primera cuestión, sosteniendo que el régimen de protección no sería de aplicación cuando las partes tienen domicilio en el mismo Estado y la internacionalidad surge por el traslado del domicilio del consumidor. A mayor abundamiento, con carácter subsidiario, proponía que, de considerarse aplicable, se exigiera que el cocontratante ejerciera sus actividades en el Estado del nuevo domicilio del consumidor en los términos del art. 15.1 c). La fundamentación jurídica de las Conclusiones es de una sistematicidad y exhaustividad extraordinaria, y se centra en los efectos que una u otra interpretación producen en términos de previsibilidad. En este sentido observa que, de aceptarse la aplicación del régimen de protección en supuestos de internacionalidad sobrevenida por acción del consumidor, se comprometería el objetivo de previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional, que quedarían en poder del consumidor con solo trasladar su domicilio, lo que sería imprevisible para el cocontratante. Además, este poder del consumidor alteraría el equilibrio contractual conseguido merced al régimen de protección diseñado para compensar una asimetría de las partes, que ya no sería igual.

Cuando se plantea la cuestión prejudicial Commerzbank pende ante el Tribunal otro asunto, mBank, que también indaga sobre la internacionalidad (con base jurídica en el Reglamento Bruselas I bis). De hecho, el procedimiento se suspendió hasta la resolución del asunto mBank y, ya se ha dicho, condujo a la eliminación de la segunda pregunta. Pues bien, la fundamentación jurídica de la Sentencia Commerzbank descansa en buena medida sobre lo resuelto en mBank¹². Pero no son sustancialmente análogos. En mBank, un banco domiciliado en Polonia, que realiza actividades en línea en la República Checa mediante una sucursal, contrata con un consumidor domiciliado en la República Checa al momento de la celebración, que, al momento de interposición de la demanda, ha trasladado su domicilio a Eslovaquia. Es decir, en mBank concurre un dato transfronterizo ya en la celebración del contrato¹³. Además, el Auto mBank interpreta el concepto de domicilio del art. 18.2 del Reglamento, esto es, el foro de competencia (art. 18 del Reglamento Bruselas I bis-art. 16 del Convenio de Lugano II), no la condición de aplicación del régimen de protección (art. 17.1 c) del Reglamento Bruselas I bis-art. 15.1 c) del Convenio de Lugano II)¹⁴.

¹¹ Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 9 de septiembre de 2021, EU:C:2021:733.

¹² Cf. apdo. 38, en relación con apdos. 36-37; y apdos. 46 y 53 de la Sentencia.

¹³ La internacionalidad originaria y actividad internacional del operador en el domicilio originario del consumidor concurre de forma más evidente en las demás Sentencias invocadas. El Abogado General contrasta minuciosamente la jurisprudencia citada (cf. Conclusiones del Abogado General, apdos. 36-42).

¹⁴ De hecho, trata el foro y no la condición de aplicación intencionadamente, pues la cuestión prejudicial sí versaba sobre el art. 17.1 c) del Reglamento.

IV. ALGUNOS INTERROGANTES

La Sentencia podía haber hecho suyas las Conclusiones del Abogado General, sistemáticas y puro Derecho internacional privado: la propuesta principal o la subsidiaria. Sin embargo, opta por otra línea argumental y por un fallo diametralmente contrario. La formulación de la cuestión por el tribunal alemán era precisa: entendiendo implícito en el art. 15.1 c) el presupuesto de la internacionalidad, primera pregunta, si la internacionalidad es sobrevenida surge la duda sobre su aplicación y, segunda pregunta, si se acepta la internacionalidad sobrevenida, surge la duda sobre el requisito de actividad en el Estado del nuevo domicilio. La primera pregunta plantea el cuándo de la internacionalidad como condición de aplicación del régimen de protección ex apdo. c) (a la celebración del contrato, a la interposición de la demanda), y la segunda, el cómo de la internacionalidad (si precisa concretarse en una actividad ejercida o dirigida al Estado del nuevo domicilio). Pero la fundamentación de la Sentencia, por un lado, sobrevuela el problema de fondo (equilibrio previsibilidad-protección en las normas de competencia judicial internacional) y, por otro, a cuenta de la internacionalidad, razonando sobre el cuándo responde al cómo, sin que sea inmediato si discurre siempre en el plano normativo de la internacionalidad.

Esto acaso pueda explicar que la Sentencia pegue el salto lógico de no requerir internacionalidad originaria (el cuándo) a difuminar la exigencia de actividad dirigida en el Estado del nuevo domicilio (el cómo). En este sentido, el fallo de la Sentencia literalmente afirma la aplicación del régimen de protección ante la sola aparición de un “elemento de extranjería”¹⁵. La Sentencia alega que el art. 15.1 c) solo exige la actividad del profesional en el domicilio del consumidor. Y tiene todo el sentido en el supuesto estándar: cuando el contrato de consumo es internacional en origen. Así, la jurisprudencia invocada, que resuelve supuestos internacionales en origen y con actividad internacional del profesional ejercida o dirigida en origen. ¿Cabe extender aquella lógica a un supuesto puramente interno en origen, con actividad puramente interna del profesional en origen? Si esta es la comprensión que debe hacerse de la Sentencia, sean cuales sean los razonamientos que han abocado aquí, se abren algunos interrogantes. La solución del Tribunal tiene un efecto promocional sobre la libre circulación del consumidor pasivo, que ve asegurada su protección en el conjunto de la Unión aunque traslade su domicilio¹⁶. Pero, entonces, cabría colegir que el eventual carácter transfronterizo sobrevenido debe darse por supuesto y el canon de previsibilidad de las normas de competencia debe acomodarse a esta realidad. ¿Sugiere la Sentencia “un parámetro europeo de previsibilidad”, propio de la particular heterogeneidad de un entorno de integración? ¿Ha de prever el profesional que el régimen de protección está activado por defecto pues la situación es siempre potencialmente transfronteriza? Pese a los interrogantes y críticas

¹⁵ Criticado por DE MIGUEL ASENSIO, P., “Contratos de consumo y litigación internacional: alcance del régimen de protección”, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2021/09/contratos-de-consumo-y-litigacion.html>.

¹⁶ En el caso objeto de este comentario, el consumidor es demandado. Mucho más complejo si se proyecta en el caso de intervención como demandante (abordado por JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*). Acaso el Tribunal no contempla esta hipótesis (la *ratio* del apdo. 54 sólo sirve para el consumidor demandado), pero lo cierto es que las condiciones de aplicación del art. 15 son comunes.

que esta hipótesis pueda suscitar, hay que reconocer que es objetivo jurídico de integración en estado puro. Ahora bien, ¿una solución de integración de este calado es exportable al entorno del Convenio de Lugano? ¿Estaríamos ante un límite de la comunidad interpretativa Bruselas-Lugano?

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y HOMOPARENTALIDAD: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) DE 14 DE DICIEMBRE DE 2021, ASUNTO C-490/20, *PANCHAREVO*

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Pancharevo*¹ impone el reconocimiento de una doble maternidad que consta en un certificado de nacimiento emitido en otro Estado miembro únicamente a los efectos de la libre circulación de personas. Lo hace sin alharacas, reduciendo el razonamiento al mínimo y sin llegar más allá de lo estrictamente necesario para resolver el caso concreto. Por consiguiente, subsiste la incertidumbre y la necesidad de buscar cauces que favorezcan la continuidad del estado civil en el espacio, haciéndolo compatible con la defensa de los derechos fundamentales de todos los implicados y, en particular, de los niños.

II. LOS HECHOS

V.M.A, de nacionalidad búlgara y K.D.K, nacional del Reino Unido contrajeron matrimonio en Gibraltar en 2018. En diciembre de 2019 nació en España una niña en cuyo certificado de nacimiento español constan las dos mujeres como madres. En enero de 2020 V.M.A solicitó al municipio de Sofía la expedición de un certificado de nacimiento búlgaro por ser, según el Derecho búlgaro, necesario para la expedición de un documento de identidad o pasaporte. A tal efecto presentó un extracto del asiento del Registro civil de Barcelona. El municipio la requirió para que presentara pruebas acerca de la identidad de la madre biológica.² Al no proporcionarse la información solicitada se denegó la expedición del certificado en virtud de dos argumentos, de una parte, por la mentada falta de información y, de otra, por ser la doble maternidad y el matrimonio de personas del mismo sexo contrarios al orden público.

La decisión administrativa se recurrió frente al Tribunal contencioso-administrativo de Sofía que es quien planteó el recurso prejudicial. En el mismo se plantean 4 cuestiones relativas a la incidencia de los arts. 20 y 21 de TFUE y 4.2 TUE, así como de varios

* Catedrática de Derecho internacional Privado de la Universidad de Barcelona, miembro del Grupo de expertos de la Conferencia De la Haya en materia de filiación, así como del Grupo de expertos sobre filiación de la UE. Mi (Grupo europeo de Derecho internacional Privado).

¹ ECLI:EU:C:2021:1008.

² El artículo 60 del Código de familia búlgaro establece que la madre es la mujer que da a luz, incluso en caso de reproducción asistida.

preceptos de la Carta Europea de Derechos fundamentales, en particular de sus artículos 7 y 24.2.

El órgano remitente afirmó que la niña tiene la nacionalidad búlgara, lo que durante la vista fue puesto en tela de juicio por el Gobierno búlgaro.³ No es cuestión baladí pues el recurso versa sobre la compatibilidad de la negativa a la inscripción del nacimiento con el derecho de libre circulación del que la niña sería titular directa únicamente en caso de ser nacional de un Estado miembro y, por tanto, ciudadana europea. De ahí que en sus Conclusiones la Abogado General *Kokott* propusiera soluciones alternativas según la niña fuera o no ciudadana de la Unión. El TJUE, en cambio, resuelve la cuestión procesalmente dando por buena la afirmación del tribunal remitente que es a quien corresponde apreciar los hechos conforme a la legislación nacional y formular la cuestión prejudicial⁴, aunque luego plantea brevemente cuál sería la solución si la niña no fuera búlgara⁵.

El alto Tribunal rehúye asimismo el examen directo de la incidencia del principio de identidad nacional y constitucional (art. 4.2 TUE) que el órgano remitente había planteado y las Conclusiones abordan extensamente⁶. Esta reducción del caso a los aspectos relacionados con la libre circulación de personas permite al Tribunal aplicar la jurisprudencia *Coman*.⁷ El análisis se limita, por consiguiente, a examinar si se ha obstaculizado el derecho de libre circulación. Vuelve a ser prudente el Tribunal a la hora de proponer las posibles soluciones, optándose por las que menos comprometen a las autoridades búlgaras. Ahí sí que parece haber hecho mella que el respeto a la identidad nacional y constitucional de los Estados miembros marca el límite de la acción integradora de la Unión. Todos los participantes en el procedimiento, a excepción de la demandante y del Gobierno español, de hecho, sostuvieron que la República de Bulgaria no está obligada a reconocer la filiación resultante del documento español a los efectos de la aplicación del Derecho de familia y sucesiones búlgaro⁸. Esto explicaría porqué la sentencia no exige la emisión de un certificado de nacimiento búlgaro en el que ambas mujeres consten como madres.

III. EL FALLO

El razonamiento del Tribunal es relativamente sencillo. La niña es una ciudadana de la Unión, que puede ejercer sus derechos de libre circulación en todos los Estados miembros incluyendo al Estado cuya nacionalidad ostenta (Estado de origen).⁹ Ese Estado está

³ Apto. 33 de las Conclusiones de la Abogado General sra. Juliane Kokott presentadas el 15 de abril de 2021, Asunto C-490/20, *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:296.

⁴ Apto. 39 de la Sentencia.

⁵ A pesar de no ser estrictamente necesario, pues contradice la premisa de la que parte, el Tribunal acaba concluyendo que la niña gozaría del derecho de libre circulación como “descendiente directa” de una ciudadana búlgara. Ese concepto, que aparece en el art. 2 (2) (c) de la Directiva 2004/38 se define de manera autónoma. (aptdos 67-68 de la Sentencia).

⁶ Conclusiones, apartados. 80 a 107.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:385.

⁸ Aptos. 90 y 91 de las Conclusiones.

⁹ Apto. 42 de la Sentencia.

obligado, en virtud del art. 4(3) de la Directiva 2004/38¹⁰, a emitir un documento de identidad o pasaporte en el que conste la nacionalidad de la menor¹¹. Dicha obligación no puede hacerse depender de la previa expedición de un certificado de nacimiento como exige el Derecho búlgaro.¹² De ahí deriva la primera conclusión, esto es, que Bulgaria ha de emitir el documento de identidad o pasaporte de la niña y no puede exigir la expedición de un certificado de nacimiento búlgaro como condición previa. Se impone la doctrina del efecto útil para dejar de aplicar las disposiciones del Derecho búlgaro que vinculan uno y otro documento.

A continuación, el Tribunal analiza el efecto del art. 21.1 del TFUE que otorga a los ciudadanos de la Unión el derecho a llevar una vida familiar normal disfrutando tanto en el Estado de acogida como en el de origen de la presencia a su lado de los miembros de su familia. El documento nacional de identidad o pasaporte búlgaro ha de permitir “por sí solo o en combinación con otros (documentos), en su caso el documento expedido por el Estado de acogida de la menor” que ésta pueda ser acompañada por cada una de las dos mujeres que este último Estado ha reconocido como madres¹³. El derecho a llevar una vida normal se reduce al mínimo, esto es, al derecho de entrada y residencia en Bulgaria. El caso concreto no exigía ir más allá, entre otras cosas porque no parece que la familia tuviera intención de establecerse en Bulgaria.

La obligación de expedir un documento nacional de identidad a favor de la menor y de reconocer que cada una de las dos personas que constan en el certificado de nacimiento español tienen derecho a acompañarla no vulnera la identidad nacional ni el orden público¹⁴, dice el Tribunal, vinculando dos conceptos en realidad distintos¹⁵, pues no supone reconocer la filiación para fines distintos al ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión Europea¹⁶. Por tanto, no hay justificación para la restricción del derecho de libre circulación.

Son interesantes, las cuestiones que la sentencia no aborda, pese a haberse puesto encima de la mesa, en el recurso prejudicial y durante la vista. Una de ellas es la de la adquisición de la nacionalidad búlgara por la niña. Si es correcta la afirmación de la autoridad remitente, de la que parte el Tribunal, y la niña es efectivamente búlgara, ello implica que la filiación respecto a la madre búlgara que consta en el certificado español se reconoce a efectos de la adquisición de la nacionalidad, pues el criterio de atribución de la nacionalidad búlgara es el *ius sanguinis*¹⁷. Por tanto, una de las consecuencias más

¹⁰ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹¹ Apto. 43 de la Sentencia.

¹² Apto. 45 de la Sentencia.

¹³ Apto. 46 de la Sentencia.

¹⁴ Apto. 56 de la Sentencia.

¹⁵ ALVAREZ GONZ.ALEZ, S., “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley Unión europea*, núm. 102, abril 2022, aptdo. 8.

¹⁶ Apto. 57 de la Sentencia

¹⁷ Art. 25 de la Constitución búlgara

criticables de la sentencia *Pancharevo*, esto es, que conduce a una fragmentación de la filiación que existiría a unos efectos y no a otros, no resultaría únicamente de la jurisprudencia del TJUE sino del Derecho de la nacionalidad búlgaro.¹⁸

IV. ALCANCE, REACCIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

La sentencia *Pancharevo* ha sido recibida de manera desigual. Algunos autores afirman que obliga al reconocimiento de la filiación¹⁹ contenida en un certificado emitido en un Estado miembro y otros que no lo hace²⁰. Hay asimismo discrepancias acerca de las perspectivas de futuro que abre²¹.

Respecto a la primera cuestión creo que la descripción más exacta es la de MEEUSEN quien entiende que de la jurisprudencia del TJUE resulta un reconocimiento funcional de la filiación²², pues ésta se deconstruye y limita al ámbito controvertido. Conlleva como ya se ha comentado la fragmentación del estado civil y, por consiguiente, pone en cuestión uno de los principales atributos de la noción de estado civil, su unicidad. Puede objetarse a esta situación la complejidad que se genera, pero ésta no es desconocida en DIPr (piénsese en el reconocimiento del matrimonio poligámico) y en el estado actual del Derecho de la Unión parece la única vía transitable para compatibilizar el ejercicio de los derechos de ciudadanía con el principio de respeto a la identidad nacional y constitucional y la ausencia de competencia legislativa de la UE en materia de Derecho de la nacionalidad y familia y sucesiones.

En relación a las perspectivas de futuro que abre la sentencia se puede también ver el vaso medio lleno o medio vacío. La sentencia contiene consideraciones genéricas de las que se pueden prevaler tanto quienes creen que a esta sentencia seguirán otras que conducirán hacia un reconocimiento más amplio de la filiación a otros efectos, relacionados directa e incluso indirectamente con el Derecho de la Unión²³ y otros que hacen hincapié en los límites del Derecho europeo²⁴. En este sentido la recepción por la doctrina recuerda a la que obtuvo la sentencia *Centros*²⁵, en la que algunos quisieron ver el ocaso de la

¹⁸ Vide RUSINOVA, N., “Recognition and Registration of Same-sex Parentage Established Abroad as Mission Impossible for the Bulgarian Authorities” entrada al blog de EAPIL de 14 de abril de 2021.

¹⁹ KOHLER, CH., “Status und Mobilität in der Europäischen Union”, *IPrax*, 2022-3, p. 226; REUSS, Ph.: “Anerkennung der Geburtsurkunde eines Kindes mit gleichgeschlechtlichen Eltern”, *NJW* 2022, p. 679

²⁰ ALVAREZ GONZÁLEZ, S., cit., aptdo. 2, aunque el autor admite que el título de su trabajo es provocador.

²¹ Para una visión favorable al potencial de la sentencia, ver TRYFANIDOU, A., “The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ’s V.M.A. ruling”, *European law blog*, entrada de 21 de diciembre de 2021 en <https://europeanlawblog.eu>.

²² MEEUSEN, J., “Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens – Brief comments on the CJEU’s Pancharevo judgment” en [www. https://gedip-egpil.eu/](https://gedip-egpil.eu/)

²³ En este sentido el apartado de la sentencia que augura un mayor recorrido es probablemente el apartado 56 de la sentencia que menciona el reconocimiento de la filiación a efectos de que la menor pueda ejercer sus derechos derivados del art. 21 TFUE y de los actos de Derecho derivado correspondientes.

²⁴ Véanse en particular los apartados 52, 54 y 57.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126.

*Sitztheorie*²⁶ en el ámbito conflictual y que otros, en cambio, situaron en el estricto ámbito de la libertad de establecimiento²⁷.

Las interpretaciones extensivas no se acomodan, en mi opinión, con la forma de proceder del TJUE que, por su naturaleza, está llamado a dar interpretaciones *ad casum*. Hacia donde avance la jurisprudencia no es predecible. Depende de cuáles sean los casos que se planteen y no son, en absoluto, descartables contradicciones e incluso lo que a algunos parecerán retrocesos, pues la materia de la filiación es sumamente compleja y delicada. ¿Sería la respuesta del TJUE idéntica si se tratara de un certificado de nacimiento emitido en un Estado miembro en el que constara una relación de filiación consecuencia de un contrato de gestación por sustitución posiblemente celebrado en el extranjero, o si fueran más de dos personas los progenitores? En este sentido me parece que es necesario poner de relieve que los paralelismos con las sentencias en materia de nombre de las personas físicas son únicamente parciales. En materia de filiación es mucho más acusada la necesidad de regulación. La continuidad de la filiación en el espacio se justifica, en principio, como un elemento del derecho a la vida familiar del niño y sus progenitores. No puede, sin embargo, imponerse acriticamente cuando entra en conflicto con otros derechos igualmente protegidos como el derecho del niño a conocer los propios orígenes y de las personas a no ser objeto de trato degradante²⁸.

Para el internacionalprivatista la sentencia *Pancharevo* es además interesante desde una perspectiva metodológica, pues implica un avance del método del reconocimiento. Como es habitual esta es una perspectiva que la sentencia soslaya, pues la lógica del TJUE es una lógica de integración, ajena al Derecho internacional Privado. Vista desde nuestra disciplina *Pancharevo* es una decisión en la que se prescindiría del método conflictual. Los Estados miembros estarían obligados a dar efecto a un documento emitido en un Estado miembro con independencia de cuál fuere la ley que se hubiere aplicado en origen y aunque ésta fuere distinta de la designada por el DIPr del foro.

El método del reconocimiento seduce por su simplicidad. Suscita, no obstante, no pocos interrogantes. ¿El método del reconocimiento está llamado a sustituir al conflictual? Si así fuere se estaría dando cabida a la autonomía de la voluntad de manera indirecta.²⁹ Y si el método del reconocimiento es un correctivo del conflictual, ¿cómo ha de operar exactamente? En una situación como la que se enjuicia en esta sentencia, en la que el documento emitido en un Estado recoge una relación establecida *ope legis*, no puede descartarse que puedan existir documentos contradictorios. ¿Cómo se decide cuál

²⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE: (algunas cuestiones del derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)”, *Revista de derecho mercantil*, 1999, pp. 645-686

²⁷ SANCHEZ LORENZO, S., “El derecho europeo de sociedades y la sentencia "centros": la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, 2000, pp. 115-158

²⁸ La complejidad de los múltiples derechos en conflicto es puesta de relieve por NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., “Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2019, pp. 104-122

²⁹ Vide GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Party Autonomy in International Family Law*, *Recueil des cours*, volume 408, 2020, p. 331-338.

prevalece? El GEDIP se está planteando estas cuestiones, en un grupo de trabajo dedicado al reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas en el extranjero.

Estamos, por consiguiente, en un ámbito en el que queda mucho por hacer y en el que quien tiene que actuar es el legislador y no el TJUE. No les corresponde, en efecto, a los tribunales dirimir los conflictos políticos ni resolver los dilemas éticos que polarizan a la sociedad. En este sentido, tendremos próximamente movimientos. La Comisión europea presentará una propuesta de Reglamento en el último trimestre del año. La Conferencia de La Haya tendrá que decidir si el proyecto en materia de filiación avanza hacia la fase de la negociación o se aparca definitivamente. Aunque son muchos quienes auguran que estos proyectos fracasarán, todo depende finalmente de si se quiere ver el vaso medio lleno o medio vacío. A nadie se le oculta que en la UE seguramente la senda será la cooperación reforzada y que un eventual Convenio de la Conferencia De La Haya no será un éxito inmediato en términos cuantitativos, a efectos de ratificaciones y adhesiones. Pero es, en mi opinión importante que la cuestión se ponga encima de la mesa y se tenga que debatir. Porque el problema existe y no va a desaparecer. Y en el caso europeo es incluso peligroso que se deje exclusivamente al arbitrio del Tribunal de Justicia convirtiéndolo en blanco fácil.

De momento lo que es también interesante es la respuesta a *Pancharevo* en dos Estados directamente afectados. En Bulgaria el tribunal nacional requirente ha ordenado al municipio de Sofia el reexamen del caso y una nueva decisión acerca del certificado de nacimiento.³⁰ En Polonia, el 9 de mayo de 2021 se presentó un proyecto de ley para reformar dos leyes, el Código de familia y tutelas y la Ley del Registro Civil, prohibiendo de manera explícita la transcripción de certificados de nacimiento extranjeros que recojan una doble filiación homosexual. Se prevé, en cambio, la emisión de un documento alternativo que permita a las dos personas mencionadas en el certificado extranjero como progenitores el ejercicio de sus derechos de libre circulación. Este documento permitirá la solicitud del pasaporte.³¹ Es obvia la intención de limitar el impacto de la jurisprudencia *Pancharevo* a los solos efectos de la libre circulación en sentido estricto en vistas de la futura sentencia en el asunto C-2/21.

³⁰<https://www.deystvie.org/baby-sara-court-of-justice-eu>

³¹Agradezco la información a Michal Kubalski, defensor del Pueblo en Polonia y miembro del Grupo de expertos de la EU. El texto del proyecto puede en polaco puede encontrarse aquí. <https://legislacja.gov.pl/projekt/12359960/katalog/12881524#12881524>

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN
MATERIA DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO O LA
UTOPIA DE LAS NOCIONES AUTÓNOMAS:
SENTENCIA DEL TJUE (SALA CUARTA) DE 9 DE
DICIEMBRE DE 2021 (AS. C-242/20: “HRVATSKE ŠUME
D.O.O., ZAGREB/BP EUROPA SE”)**

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO*

I. EL CONTENIDO DE LA DECISIÓN

Las enseñanzas de esta decisión del TJUE van mucho más allá de su singularidad. La cuestión prejudicial trae causa en la reclamación de una entidad domiciliada en Croacia (Hrvatske) por el cobro indebido por parte de una entidad domiciliada en Alemania (BP), de un crédito en virtud de un procedimiento de ejecución forzosa que los tribunales croatas declararon nulo por sentencias firme. Hrvatske reclamó ante los tribunales croatas la devolución del crédito ejecutado y sus intereses, sobre la base del enriquecimiento injusto de BP. Los tribunales croatas albergan dudas sobre la aplicabilidad del foro previsto para los cuasidelitos en el artículo 5.3º. del Reglamento, pues resulta difícil, a su juicio, precisar el “hecho dañoso” en un caso de enriquecimiento injusto. También se plantea el tribunal croata en qué medida incide el foro exclusivo previsto en el artículo 22.5º. del Reglamento, toda vez que el enriquecimiento injusto se originó por la anulación de un procedimiento de ejecución, y la demanda presentada en un nuevo procedimiento declarativo había obedecido a la imposibilidad procesal, por caducidad de la acción, de haber presentado tal pretensión en el propio procedimiento de ejecución.

Respecto de esta última cuestión, el TJUE descarta cualquier posibilidad de amparar en el foro de competencia exclusiva del artículo 22.5º. del Reglamento “Bruselas I” la competencia sobre una acción de restitución por enriquecimiento injusto, incluso si trae causa en una acción ejercitada al haber expirado el plazo dentro del cual la restitución de las cantidades indebidamente pagadas en un procedimiento de ejecución forzosa puede reclamarse en el marco de ese mismo procedimiento de ejecución. A tal efecto, el TJUE recuerda su reiterada doctrina de que los foros especiales, sean o no exclusivos, deben interpretarse restrictivamente y conforme al principio de previsibilidad, en la medida en que son excepciones al foro natural del domicilio del demandado. En este sentido, el foro exclusivo controvertido concierne de forma muy precisa a las acciones que se materializan en un procedimiento de ejecución material, esto es “dirigidas a que se resuelva un litigio relativo al recurso a la fuerza, al apremio o a la desposesión de bienes muebles e inmuebles para garantizar la efectividad material de las resoluciones y de los actos”. Tal no es, evidentemente, la finalidad de una pretensión de restitución por razón de enriquecimiento injusto, que se configura como una acción autónoma en un

* Sixto Sánchez Lorenzo, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

procedimiento declarativo, y no un medio o recurso en el marco de un procedimiento de ejecución. Recuerda asimismo el TJUE que la razón de ser de este foro exclusivo es la propia competencia exclusiva de los Estados a la hora de ejercer el monopolio de la fuerza, de hacer ejecutar lo juzgado, por utilizar la expresión del artículo 117 de la Constitución Española; el ejercicio de este monopolio soberano del uso de la fuerza no estaba en juego en la acción controvertida, por más que trajera causa en un procedimiento frustrado de ejecución y en la caducidad del recurso para hacer valer el enriquecimiento dentro de dicho procedimiento.

La primera cuestión prejudicial, resuelta en segundo lugar, resulta mucho más enjundiosa. El TJUE tiene que lidiar con la calificación de una acción de enriquecimiento injusto, tratando de proporcionar una noción autónoma, de la misma forma que el propio TJUE ha procedido (o cree haber procedido) a delimitar la materia contractual de la extracontractual, recordando a este respecto, solo por proximidad en el tiempo, el asunto *Wikingerhof*¹ (fundamento 40).

El TJUE descarta en primer término la calificación contractual. Observa el TJUE, siguiendo al abogado general, que la obligación de restitución que el demandante invoca no suele resultar de un compromiso voluntario asumido por el demandado frente a él, sino que nace con independencia de la voluntad de este. De ello se deduce que tal acción de restitución no está comprendida, *en principio*, en la materia contractual. No obstante, guiado por el Abogado General, el TJUE repara en que el principio de coherencia bien entendido tal vez aconseje que, al igual que prevé el artículo 10.1º. del Reglamento “Roma II” para la ley aplicable, cuando el enriquecimiento injusto se conecta de forma clara con una obligación contractual preexistente entre las partes, por ejemplo, porque la obligación es inválida o no ha sido cumplida por el demandado, o ha sido cumplida en exceso, tiene sentido calificar la demanda como “contractual”. A esta calificación contractual ya había llegado la sentencia TJUE de 20 de abril de 2016 (As. C-366/13: “*Profit Investment*”)², respecto de la devolución de las prestaciones derivada de una acción de nulidad o invalidez del contrato. Es evidente que los principios de buena administración de justicia aconsejan que la acción de enriquecimiento injusto pueda ser dilucidada por los mismos tribunales que acaso deben determinar la causa de tal enriquecimiento, que se conecta con la validez o la ejecución de las obligaciones contractuales subyacentes.

Si no se diera una vinculación estrecha con una relación contractual preexistente, para justificar el recurso al foro especial en materia de responsabilidad por daños se hace preciso, según el TJUE, “comprobar si la acción de restitución por razón de enriquecimiento injusto tiene por objeto exigir la responsabilidad de un demandado”. Nótese que, en este punto, al TJUE parece no interesarle ya el principio de coherencia con el Reglamento “Roma II”, pues en este texto, a efectos de ley aplicable, se mantiene no solo la calificación “extracontractual” del enriquecimiento injusto, sino que se juega con soluciones tales como la ley de la residencia habitual común o el lugar en que se produce el enriquecimiento injusto del que deriva, en realidad, el daño al empobrecido.

¹ Sent. TJUE (Gran Sala) de 24 de noviembre de 2020 (As. C-59/19: “*Wikingerhof*”, ECLI:EU:C:2020:950).

² ECLI:EU :C :2016:282.

A efecto de la competencia judicial internacional, la calificación extracontractual requiere, a juicio del TJUE, que exista una imputabilidad del demandado, por acción u omisión contraria a la ley o a una obligación, que es causa generadora un daño para el demandante. Y en este punto, el TJUE minimiza la referencia al término “cuasidelito”, ausente en algunas versiones lingüísticas del Reglamento, al entenderlo referido más bien a los hechos dañosos ilícitos provocados por negligencia. En suma, en el enriquecimiento injusto, a juicio del TJUE, la obligación de restitución no nace de un comportamiento o hecho imputable al demandado, de modo que no existe una relación de causalidad que pueda establecerse entre el daño y un posible acto u omisión ilícitos cometidos por este, por lo que no puede comprenderse tal acción en materia de responsabilidad delictual o cuasidelictual. No ocurría así, advierte el TJUE, en el asunto *Austro-Mechana*, resuelto por la sentencia TJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016 (As. C-572/14)³, en el que la obligación que servía de fundamento a dicha pretensión tenía su fuente en un hecho dañoso imputable al demandado, a saber, el perjuicio ocasionado a los titulares de derechos de autor por la copia privada en los soportes de grabación comercializados. Descartada en todo caso la calificación extracontractual, si la acción de enriquecimiento injusto no está estrechamente conectada con una obligación jurídica preexistente, la ausencia de foro especial implicará que únicamente cabe recurrir al foro del domicilio del demandado. Se trata de una interpretación que por primera vez explícita con claridad el TJUE, si bien ya habían seguido algunas jurisdicciones nacionales⁴.

II. LA CALIFICACIÓN CONTRACTUAL DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

La solución propuesta por el TJUE viene a confirmar la propia debilidad con que el TJUE ha ido consolidando la distinción entre la materia contractual y no contractual. En realidad, el TJUE repara en el hecho de que “en principio” no puede calificarse la acción como contractual, al menos si se utilizan los dos criterios que el TJUE ha venido predicando para tal calificación: el enriquecimiento no trae causa directa en una obligación asumida por las partes voluntariamente⁵, sino en una obligación legal de devolución. Tampoco la interpretación o el análisis del contenido del contrato⁶ se revelan como estrictamente necesarios para determinar la responsabilidad u obligación de devolución. Sin embargo, el TJUE, bien asesorado por el Abogado General, repara en que hay razones para una interpretación extensiva de los foros en materia contractual. Por una parte, el enriquecimiento se vincula de forma estrecha con la dinámica del contrato: su validez, su ejecución o su frustración, por lo que una buena organización del proceso

³ ECLI:EU:C:2016:286.

⁴ *Ad. ex.* la jurisprudencia británica en la decisión de Lord Goff en *Kleinwort Benson Ltd. v. Glasgow City Council*, [1999] 1 A. C. 153, 167. En Italia, sentencia de la Corte di Cassazione n° 5224 (Mass. Foro it. 1989, 731) *cit.* por PANAGOPOULOS, G., *Restitution in Private International Law*, Oxford, Hart, 2000, pp. 194-195.

⁵ *Ad. ex.* sentencia TJCE de 17 de junio de 1992 (As. C-26/1991: “*Handte*”, ECLI:EU:C:1992:268); sentencia TJUE (Sala Séptima) de 17 de octubre de 2013 (As. C-519/12: “*OTP Bank*”, ECLI:EU:C:2013:674); sentencia TJUE (Sala Primera) de 21 de abril de 2016 (As. C-572/14: “*Austro-Mechana*”, ECLI:EU:C:2016:286) sentencia TJUE (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2020, (As. C-433/19: “*Elmes Property Services*”, ECLI:EU:C:2020:900).

⁶ Sentencia del TJUE (Sala Séptima) de 13 de marzo de 2014 (As. C-548/12: “*Brogstetter*”, ECLI:EU:C:2014:148); Sent. TJUE (Gran Sala) de 24 de noviembre de 2020 (As. C-59/19: “*Wikingerhof*”, ECLI:EU:C:2020:950).

aconseja tal extensión del foro; por otra parte, el enriquecimiento solo se concibe en el marco de la relación contractual entre las partes, por lo que el foro contractual es el que mejor atiende a su propia previsibilidad y a su seguridad jurídica subjetiva. Los argumentos son plenamente convincentes, pero los mismos argumentos deberían inspirar la propia delimitación entre la materia contractual y la no contractual. El principio básico que se desprende de este enfoque radica simplemente en considerar como contractual aquella acción que requiere como condición lógica la existencia de un contrato, no su interpretación. Dicho de otra forma, sin contrato no hay obligación ni se hubiera producido un enriquecimiento injusto. No importa si la obligación en cuestión ha sido libremente asumida por las partes o si es necesario o no interpretar el contrato para determinarla. Lo importante es que la obligación entre dos partes no sea imaginable sin existir un contrato entre ambas partes. Bastará tal vínculo para afirmar la *vis attractiva* del foro previsto en el artículo 5.1º del Reglamento “Bruselas I” o en el artículo 7.1º del Reglamento “Bruselas I bis”.

Para demostrar la operatividad de este criterio en la delimitación general entre la materia contractual y la extracontractual, conviene aplicarlo a algunos casos difíciles, como *Brogstetter* o *Granarolo*. Pero antes debemos profundizar en un hecho clave que justifica tal recurso: la irreductibilidad del enriquecimiento injusto para obtener una noción o calificación propiamente autónoma en el Derecho europeo. El enriquecimiento injusto, como institución, no tiene una naturaleza jurídica precisa. En los sistemas causalistas, la acción de enriquecimiento tiene un alcance muy residual, pues la necesidad de que las obligaciones tengan una causa permite resolver con acciones propiamente contractuales los supuestos de transmisiones patrimoniales injustificadas⁷. En contrapartida, en los sistemas contractualistas abstractos, la obligación de cumplir los contratos con independencia de su causa exige como contrapeso imprescindible una acción de enriquecimiento injusto que resulta mucho más frecuente y determinante⁸. Ante semejante diversidad, ni siquiera el Reglamento “Roma II” se atreve a proporcionar un concepto de “enriquecimiento injusto” por más que proclame el reinado de las nociones autónomas, por lo que se ha mantenido la posibilidad de una calificación *ex lege fori*⁹. Cabe ilustrar esta diversidad comparada, asimismo, observando la variable función del enriquecimiento injusto en la recuperación de las cantidades pagadas cuando la ejecución de la prestación queda frustrada por razones de fuerza mayor¹⁰. En suma, a falta de soluciones uniformes de Derecho privado europeo resulta comprometido aventurar una calificación autónoma¹¹. Pero lo mismo va a ocurrir, como veremos, al delimitar la

⁷ Vid. SANCHEZ LORENZO, S., “Causa y ‘Consideration’”, *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters/Cívitas, 2016, pp. 1.042-1.051; *Id.*: “Cause de l’engagement et validité du contrat: une perspective historique, comparative et internationale”, *Le droit à l’épreuve des siècles et des frontières: Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, País/Madrid, Lextenso/IProlex, 2018, pp. 1.440-1.446.

⁸ Vid. ZIMMERMANN, R., “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, 15 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, pp. 408-409.

⁹ Vid. BRIERE, C., “Le règlement (CE) n° 864/2007 du 1q juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (“Rome II”)”, *Journal du droit international*, 2008/1, p. 50.

¹⁰ Para un análisis comparativo más extenso *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S. “La frustración del contrato”, *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters/Cívitas, 2016, pp. 727-728.

¹¹ MOURA VICENTE, D., (“El enriquecimiento si causa en el Reglamento de Roma II”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, p. 293) parte, en este sentido, de tres grandes modelos: a) el sistema

materia contractual y la extracontractual con carácter general. Por esta razón, la solución no tiene por qué pretender llegar a una calificación autónoma o europea de lo que es o no es contractual, pues sin un Derecho privado europeo tal es una vana utopía. Lo que sí está en la mano del TJUE es proceder a una delimitación autónoma de los foros de competencia del Reglamento. Con el criterio empleado, no importa si la reclamación deriva de una obligación contractual o no, o si la obligación de enriquecimiento merece una u otra calificación. Lo que importa es que tal reclamación no pueda entenderse sin un contrato preexistente entre las partes, en cuyo caso el foro de competencia en materia contractual se extiende a tal reclamación, sea cual sea su calificación. Así, en cualquiera de los sistemas la solicitud de devolución de las prestaciones realizadas antes de que concurriera el evento de fuerza mayor no se concibe sin la existencia del contrato frustrado entre las partes, luego el foro debe ser el previsto en el artículo 5.1º del Reglamento “Bruselas I” o en el artículo 7.1º del Reglamento “Bruselas I bis”.

La misma solución habría debido presidir la solución del caso *Brogssitter* o *Granarolo*, sin ir más lejos. En el caso *Brogssitter*¹², el criterio de la necesidad de interpretar el contrato¹³ conduce a un callejón sin salida: la interpretación del contrato puede ser necesaria para determinar el incumplimiento de una obligación contractual, pero también puede ser determinante para establecer la existencia de una obligación de exclusividad que puede condicionar un supuesto de competencia desleal ilícita. Pero, lo que es más evidente, interpretar un contrato no es una mera cuestión de hecho, sino de Derecho, que depende de la ley que rige el contrato [art. 12.1.a) del Reglamento “Roma I”]¹⁴.

La misma utilidad debió tener el criterio que aplica el TJUE en la decisión que comentamos a la hora de solucionar el caso *Granarolo*¹⁵. Se discutía, en tal caso, la naturaleza de la obligación de preaviso no prevista en el contrato, pero exigida legalmente so pena de responsabilidad. La responsabilidad por ruptura o terminación abrupta del contrato es un ejemplo palmario de las obligaciones contractuales que no emanan del contrato y que, por tanto, no han sido libremente asumidas por las partes¹⁶. Su fuente no

de la tipicidad de las situaciones de enriquecimiento sin causa susceptibles de generar la obligación de restituir (consagrado en el Derecho inglés); b) el sistema de la cláusula general de enriquecimiento, complementada por la previsión de algunas hipótesis típicas de enriquecimiento (acogido en Alemania y Portugal); y c) el sistema de la regulación, a título principal, de la repetición de lo indebido, a la que acrece una acción de restitución con carácter general, pero subsidiaria de otros medios de resarcimiento del empobrecido (vigente en España, Francia e Italia).

¹² Sentencia del TJUE (Sala Séptima) de 13 de marzo de 2014 (As. C-548/12: “Brogssitter”, ECLI:EU:C:2014:148); *vid.* SANCHEZ LORENZO, S., “Délimitation ente “matière contractuelle” et “matière délictuelle” dans l’Espace judiciaire européen”, *Annuaire de droit de l’Union Européenne*, 2014, pp. 472-478.

¹³ “(...) si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo”.

¹⁴ *Vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *Revista de Derecho Internacional*, vol. 70, 2018/2, p. 32.

¹⁵ STJUE (Sala Segunda) de 14 de julio de 2016 (asunto C-196/1: “*Granarolo SpA/Ambrosi Emmi France SA*”, ECLI:EU:C:2016:559).

¹⁶ Véase, en este sentido, la Nota de AFFERINI, G., *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005/1, p. 108.

es el contrato, sino del Derecho de los contratos, y su exigencia o incumplimiento no requieren la interpretación del contrato, sino de la Ley¹⁷. Del mismo modo, la equidad o la buena fe son, en muchos, aunque no en todos los sistemas, fuentes de obligaciones contractuales externas al propio contrato. En el caso *Granarolo*, para solucionar el problema a través de un concepto autónomo, el TJUE se saca de la chistera la calificación contractual, si es que existe una obligación implícita o tácita de preaviso. Para lograr su calificación autónoma, el TJUE convierte en un hecho una cuestión que es de Derecho: la interpretación del contrato. En efecto, la existencia de una obligación tácita no es una cuestión de hecho, sino de Derecho, de interpretación del contrato, y para determinarla hay que aplicar alguna ley. En cada sistema, la decantación por una calificación contractual o extracontractual puede diferir. Si pretendemos una calificación autónoma que no se sirva de las distintas opciones nacionales, la solución consistiría en todo caso en determinar si existe una obligación tácita a partir de las reglas de interpretación (integración) del contrato del Derecho privado europeo, y no de los Derechos nacionales, pero la primera opción no está al alcance de la mano hoy por hoy.

La aporía tenía fácil salida, si aplicamos el mismo criterio que utiliza el TJUE en la decisión que comentamos: en el caso *Brogstetter* la reclamación no se justificaba en ausencia de contrato o sin tomar en consideración los pactos de exclusividad del contrato, por lo que, fuera o no de naturaleza contractual o extracontractual, se justificaba la extensión del foro en materia contractual, por las mismas razones de previsibilidad entre las partes y buena organización del proceso esgrimidas por el TJUE en el presente caso. A la misma solución, evitando la calificación, invitaba el caso *Granarolo*¹⁸: la ruptura abrupta del contrato solo es concebible si existe un contrato entre las partes, y tal hecho basta para que por razones de previsibilidad o de organización del proceso quedase habilitado el foro en materia contractual, sin necesidad de identificar una obligación tácita ni de interpretar el contrato, para lo que, en todo caso, necesitaríamos recurrir a un determinado Derecho nacional.

III. LA CALIFICACIÓN EXTRA CONTRACTUAL DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

La delimitación de los distintos supuestos de enriquecimiento injusto respecto de la responsabilidad civil por daños derivada de un hecho ilícito resulta más compleja que lo que sugiere la sentencia comentada¹⁹. Por una parte, algunos supuestos de

¹⁷ Véase DORNIS, T. W., “Von Kalfelis zu Brogstetter - Künftig enge Grenzen der Annexkompetenz in europäisches Vertrags- und Deliktsgerichtsstand”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 6/2014, pp. 352, 354.

¹⁸ El Abogado General Darmon ya había expuesto este planteamiento en sus conclusiones al asunto *Kalfelis*. Véase, en el mismo sentido, la nota a dicho caso de GAUDEMET-TALLON, H., *RCDIP*, 1989, pp. 120-123. También A. Font i Segura, “La responsabilidad del porteador efectivo en el Convenio de Bruselas de 1968”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1999, pp. 187 y 204-206. Y los comentarios al asunto *Brogstetter* de B. Haftel, *RCDIP*, 2014, p. 872; L Usunier, “Torsions et contorsions des situations contractuelles en droit international privé”, *RTDciv.*, 2014, p. 848; y M. Müller, “Objektive Anknüpfungsmomente für Schuldverhältnisse im europäischen IPR und IZVR: Die Behandlung vertraglicher Sachverhalte”, *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union (Jan Von Hein und G. Rühl Hrsg.)*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, p. 275.

¹⁹ Los debates sobre el enriquecimiento injusto como un *tetium genus* en el ámbito de las obligaciones, al margen de las obligaciones contractuales o de la responsabilidad por hecho ilícito, son arduos en los propios

enriquecimiento injusto se conectan con relaciones jurídicas preexistentes, no solo contractuales, sino también fiduciarias (*trust*) o familiares, en cuyo caso tales relaciones jurídicas desplegarán una *vis atractiva*, junto con sus foros de competencia. En los casos en que no existe una relación jurídica preexistente, la separación entre enriquecimiento injusto (o cuasicontratos en general) y responsabilidad civil por daños es más difusa, pues su diferencia estriba en el tipo de remedio o acción, en un caso consistente en reclamar una indemnización por un daño o perjuicio efectivamente sufrido por el demandante, y en el otro caso en una compensación por el enriquecimiento injusto del demandado con independencia de que se haya producido o no un daño o perjuicio efectivo del demandante²⁰. La diferencia, en cambio, no es tan clara si se toma como referencia la calificación del hecho del que deriva el enriquecimiento, por más que el Abogado General considere que estas “sutilezas” sobre la calificación no son determinantes²¹.

La exclusión de las acciones de enriquecimiento injusto no conectadas con una relación contractual (o de otra naturaleza) preexistente del ámbito de aplicación del foro contenido en el artículo 5.3º. del Reglamento “Bruselas I” o del artículo 7.2º. del Reglamento “Bruselas I bis” se resuelve en la sentencia con una justificación que puede ser discutida. Cabría pensar que la consideración extracontractual de tal enriquecimiento conforme al Reglamento “Roma II” avalaría, por coherencia, la posibilidad de recurrir al foro en la materia extracontractual previsto en el Reglamento “Bruselas I” o “Bruselas I bis”. Sin embargo, un análisis más atento del principio de coherencia podría llevar a concluir justo lo contrario. El Abogado General observa que en el Reglamento “Roma II”, solo el capítulo II se refiere a “hechos dañosos”, susceptibles de englobarse en el foro especial en materia de daños, mientras que el Capítulo III se refiere a situaciones excluidas como “hechos dañosos” y, por tanto, de tal foro²². Esta afirmación no parece conformarse con la calificación que hace el propio TJUE respecto, por ejemplo, de la responsabilidad precontractual²³, que el propio Abogado General no tiene más remedio que tachar de incoherente²⁴. No obstante, debe notarse que la solución específica contenida en el artículo 10.3º. del Reglamento “Roma II” descarta, como ley aplicable, la *lex damni* contemplada en el artículo 4.1º. a favor de la ley donde se produce el enriquecimiento injusto, y no el “empobrecimiento” o menoscabo patrimonial para una de las partes. Esta opción apunta a una calificación real, más que contractual: en el caso del enriquecimiento injusto, la ausencia de título o relación jurídica preexistente convierte las expectativas reales de las partes en un problema de conservación, transmisión o adquisición originaria

sistemas internos, como acredita la doctrina del *common law* (vid. DICKSON, B., “Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview”, 54 *Cambridge Law Journal*, 1995, pp. 109-110). Sobre las dificultades que tal difícil taxonomía provoca en el ámbito del conflicto de leyes y, en particular, en relación con el artículo 10 del Reglamento “Roma II”, vid. CHONG, A., “Choice of Law for Unjust Enrichment and the Rome II Regulation”, 57 *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 863-898.

²⁰ Esta aproximación procesal y no sustantiva al enriquecimiento injusto como remedio o tipo de acción favorece la justificación de la aplicación de la ley del foro en ciertos planteamientos tradicionales (vid. al respecto BENNETT, T. W., “Choice of Law Rules in Claims on Unjust Enrichment”, 39 *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, pp. 144-145).

²¹ Vid. Conclusiones, punto 29. Sobre la importancia de tales sutilezas resulta esclarecedora la lectura de MCKENDRICK, E., “Taxonomy: Does It Matter?”, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (ed. David Johnston y R. Zimmermann), Cambridge University Press, 2002, pp. 637-657.

²² Vid. Conclusiones, punto 78.

²³ Sentencia TJUE de 17 de septiembre de 2002 (As. C-334/00: “*Tacconi*”, ECLI:EU:C:2002:499).

²⁴ Vid. Conclusiones, nota 79ª.

(no derivativa) de un beneficio, expectativa o derecho real o patrimonial, que conviene que sea resuelto por la ley del lugar donde se hallen los bienes una vez han sido transferidos, es decir, el lugar del enriquecimiento²⁵. Semejante aproximación real apunta a la exclusión del enriquecimiento injusto sin relación contractual (o de otra naturaleza) preexistente del ámbito de aplicación del foro especial en materia extracontractual. En ausencia de foros especiales en materia de bienes muebles -desafortunada, por cierto- el domicilio del demandado sería la única vía admisible en el marco de los reglamentos europeos, mientras que, en el ámbito interno, el artículo 22 quinquies f) de la LOPJ podría abrir la puerta al foro del lugar de enriquecimiento donde han sido transferidos los bienes.

Otros indicios, acaso más evidentes, apuntan sin embargo en la dirección contraria. En concreto, dos razones avalan la posibilidad de aplicar el foro en materia de responsabilidad delictual y cuasidelictual. En primer término, en la propia jurisprudencia del TJUE queda de manifiesto el carácter residual de la materia “extracontractual” frente a la materia contractual, de forma que cualquier obligación que no pueda calificarse como contractual debe considerarse extracontractual a los efectos del Reglamento²⁶. En tal sentido, la jurisprudencia del TJUE se ha mostrado proclive a considerar “extracontractual” cualquier obligación que derive ya sea de la ley o de un hecho ilícito propiamente dicho, como señaló oportunamente la Comisión.

En segundo término, el TJUE en la presente sentencia afirma, en contrapartida, que el foro especial requiere la existencia de un hecho dañoso de carácter ilícito imputable al demandado, que no se produce en los cuasicontratos. En favor de su exclusión se señala, precisamente, que el legislador europeo no ha utilizado esta expresión, sino la de “cuasidelito”²⁷. Resulta discutible que una cuestión tan precisa y compleja deba solventarse en sede de competencia judicial internacional²⁸, pero, además, en sí mismo, el postulado no es correcto, pues un buen número de cuasicontratos o supuestos de enriquecimiento injusto parten de la base de una responsabilidad o conducta imputable al

²⁵ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Thomson-Cívitas/Reuter, 2020, pp. 703 y 730.

²⁶ Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, (As. 189/1987: “Kalfelis”, ECLI:EU:C:1988:459): “17. Para garantizar una solución uniforme en todos los Estados miembros, conviene admitir que el concepto de “en materia de delitos o cuasidelitos” comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5. 18. Así pues, procede responder a la primera parte de la cuestión que el concepto de en materia de delitos o cuasidelitos en el sentido del apartado 3 del artículo 5 del Convenio, debe considerarse como un concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5”; sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 28 de enero de 2015 (As. C-375/13: “Kolassa”, ECLI:EU:C:2015:37). Vid. en este sentido LEIN, E., en DICKINSON, A. y LEIN, E., *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, p. 160; OROZCO HERMOSO, M., “Acciones por enriquecimiento injusto y competencia judicial internacional: Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2021, C-242/20, Hrvatske Šume”, *La Ley (Unión Europea)*, núm. 102, Abr. 2022, p. 10.

²⁷ Vid. LEIBLE, S., “Art. 7.2”, *Rauscher Europäisches Zivilprozess-und Kollisionsrecht Kommentar (Brüssel Ia-VO)*, 4ª ed., Múnich, Otto Schmidt, 2016, nº. 1123, pp. 330-331.

²⁸ Vid. en este sentido MANKOWSKI, P., “Hrvatske Šume: A View from Hamburg”, <<https://eapil.org/2022/01/10/hrvatske-sume-aview-from-hamburg/>>, 10.01.2022; OROZCO HERMOSO, M., *loc.cit.*, p. 12.

enriquecido, aunque no entre en la categoría de hecho ilícito²⁹. Así, una acción de restitución o de enriquecimiento injusto puede traer causa no solo en una obligación contractual, sino también extracontractual/cuasidelictual o, al menos, estar ocasionada por una conducta reprochable e imputable al enriquecido (*enrichment by wrong*, en la terminología del *common law*)³⁰ o por la interferencia en un derecho subjetivo (*Eingriffskondiktion* en el sistema alemán), tal como una entrega de bienes por engaño o el uso abusivo de la propiedad ajena sin hecho ilícito o perjuicio económico para el propietario³¹, en el que podía encajar el litigio en el asunto *Austro-Mechana*. En estos casos, es frecuente, sobre todo en los sistemas romanistas, que la acción de enriquecimiento sea un recurso subsidiario cuando no proceda, por razones sustanciales o meramente procesales, el planteamiento de una acción de daños o responsabilidad no contractual; pero también en los sistemas germanistas o anglo-americanos se reconoce la posibilidad de un recurso, si no subsidiario, sí alternativo o incluso acumulativo a una acción de responsabilidad aquiliana, mediante una acción de restitución por enriquecimiento injusto basada en los mismos hechos³². En suma, en estos casos la *vis* atractiva del artículo 5.3º. o del artículo 7.2º. de los reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis, respectivamente, se justificaría de la misma forma señalada para el 5.1º. o el 7.1º. cuando existe una relación contractual preexistente.

Por otra parte, la acción de enriquecimiento no imputable al demandado tampoco en muchos casos resulta completamente ajena a la conducta de la parte enriquecida, como también subrayó acertadamente la Comisión. Cuando no existe una relación jurídica preexistente entre las partes, el enriquecimiento injusto se produce por una transferencia patrimonial injustificada entre las partes. El origen de esta transferencia puede hallarse en un error o conducta negligente del empobrecido, por ejemplo, en una transferencia bancaria emitida, por error, a favor de una persona que no es el acreedor o destinatario pretendido. Sin embargo, la acción de restitución puede estar finalmente provocada por una conducta de la parte enriquecida, en la medida en que no atienda, de forma espontánea, a la solicitud extrajudicial de devolución de las cantidades indebidamente transferidas, a la que está legalmente obligado³³. De hecho, la base de la acción de restitución es una obligación de restituir que viene impuesta legalmente y, en consecuencia, resulta difícil de abstraer de la propia conducta de la parte enriquecida. En este sentido, cabría traer a colación la afirmación del TJUE, reproducida nuevamente en

²⁹ Vid. Para más detalle GALLO, P., “Unjust Enrichment: A Comparative Analysis”, 40 *American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 462-465. Se trataría de los supuestos que la doctrina inglesa engloba como “unjust enrichment by subtraction” (vid. BIRKS, P., “Restitution for Wrongs”, *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of Restitution* (ed. Schrage), Berlín, Duncker & Humboldt, 1995, p. 173).

³⁰ Vid. BIRKS, P., “At the Expense of the Claimant: Direct and Indirect Enrichment in English Law”, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (ed. David Johnston y R. Zimmermann), Cambridge University Press, 2002, pp. 493-525.

³¹ Vid. sobre este tipo de enriquecimiento injusto en extenso análisis de SCHLECHTRIEM, P., “Unjust Enrichment by Interference with Proprietary Rights”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X (*Restitution, Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*), chap. 8.

³² Vid. GALLO, P. *loc.cit.*, pp. 449-450.

³³ Vid. el planteamiento de esta cuestión a efectos de la aplicación del régimen de Bruselas en PANAGOPOULOS, G., *op.cit.*, p. 199. La calificación del enriquecimiento injusto como cuasidelito fue defendida en la doctrina francesa, entre otros por PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil. Les obligations*, t. II, 1926, nº. 937. Cf. CHANTELOUP, H., *Les quai-contrats en droit international privé*, París, LGDJ, 1998, pp. 21-26.

el fundamento 33 de la sentencia *Wikingerhof*: “[c]uando el demandante invoca, en su demanda, las normas sobre responsabilidad delictual o cuasidelictual, a saber, el incumplimiento de una obligación impuesta por la ley, y no resulta indispensable examinar el contenido del contrato celebrado con el demandado para apreciar el carácter lícito o ilícito del comportamiento reprochado a este último, por tratarse de una obligación que se impone al demandado con independencia de dicho contrato, la causa de la acción estará comprendida en la materia delictual o cuasidelictual”.

Por último, los temores de los tribunales croatas sobre le indeterminación del lugar del daño en supuestos de enriquecimiento injusto³⁴ no son insolubles: el hecho causal del enriquecimiento es una transferencia de valor injustificada y el daño se determina por el correlativo empobrecimiento injustificado de la parte que sufre dicha transferencia. Como criterios para determinar, en particular, el lugar de materialización del daño, pueden servir de guía los que ha utilizado frecuentemente el propio TJUE en materia de daños por vulneración de las normas de libre competencia, a saber, el lugar en que el empobrecido sufre la pérdida patrimonial³⁵, tal y como hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección 3ª) núm. 66/2020 de 18 de marzo de 2020³⁶. Por ejemplo, en el caso de una transferencia bancaria indebida, la pérdida matrimonial, y el lugar del daño, se determinaría por la ubicación de la cuenta corriente de origen. En muchas ocasiones, este foro supondrá un reparto de riesgos y costes procesales poco favorable al enriquecido, cuya responsabilidad, como se ha dicho, puede ser discutible. Cuando el enriquecimiento obedece a una conducta del enriquecido, por ejemplo por uso abusivo de la propiedad ajena, el foro del lugar de manifestación del daño puede parecer razonable, pero no es de recibo que, en un supuesto de enriquecimiento por acción negligente de la contraparte, el enriquecido tenga que asumir el riesgo procesal de ser demandado fuera de los tribunales de su domicilio, en un lugar donde, probablemente, se ha desencadenado el enriquecimiento causal, pero no se ha producido el daño patrimonial al empobrecido. Desde este punto de vista, la aplicación del foro especial en materia de daños no parece justificable, ni desde el análisis económico del Derecho ni desde la perspectiva de la economía del comportamiento, por lo que habría que convenir que, en este punto, la evicción del “nudging”³⁷ hacia este foro por parte del TJUE apunta a una protección correcta de los intereses particulares en juego. Pero para que el balance sea equitativo, el TJUE deberá precisar su concepto de “imputabilidad”, trasladando al ámbito de la

³⁴ Vid. sobre este punto PANAGOPOULOS, G., *op.cit.*, pp. 200-205.

³⁵ *Ad. ex.*, sentencia TJUE (Sala Tercera) de 21 de diciembre de 2016 (As. C-618/15: “*Concurrence SARL/Samsung Electronic France SAS, Amazon Services Europe Sàrl*”, ECLI:EU:C:2016:976)]. Esta regla puede ser aplicada igualmente a los daños derivados de una acción contraria a la libre competencia [sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 5 de julio de 2018 (As. C-27/17: “*flyLAL-Lithuanian Airlines*”, ECLI:EU:C:2018:533); sentencia del TJUE (Sala Sexta) de 29 de julio de 2019 (As. C-451/18: “*Tibor-Trans*”, ECLI:EU:C:2019:635)]. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) núm. 332/2019 de 17 de abril de 2019 (Roj: SAP Z 680/2019 - ECLI:ES:APZ:2019:680) ha mantenido que, respecto de la autorización de una transferencia desde un banco español a un banco polaco propiciada por un hacker, el lugar del daño es el lugar donde se ordena la transferencia fraudulenta (cuenta de origen en España) y no donde radica la cuenta del hacker (Polonia). Un criterio similar, centrado en el daño que sufre el titular de la cuenta en sus fondos sigue la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 4ª) núm. 87/2019 de 25 de marzo de 2019 (Roj: SAP Z 1114/2019 - ECLI:ES:APZ:2019:1114).

³⁶ Roj: AAP IB 37/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:37ª.

³⁷ Vid. UNGERER, J., “Nudging in Private International Law: The Design of Connecting Factors in Light of Behavioural Economics”, *Rebels Z.*, vol. 86, 2021, pp. 1-31.

calificación de responsabilidad por daños y, por tanto, al foro especial en materia de daños, al menos algunos supuestos que hoy por hoy se consideran en los derechos nacionales casos de “enriquecimiento injusto”. Está por ver si el TJUE se mostrará favorable a estas “sutilezas”.

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL
PARA CONOCER DE UNA ACCION DE DIVISION
DE COPROPIEDAD SOBRE BIENES SITUADOS EN
EL EXTRANJERO, EJERCITADA EN UN
PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO.
SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
BARCELONA de 9 DE NOVIEMBRE DE 2021.**

M^a ELENA ZABALO ESCUDERO*

1. En el recurso de apelación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya sentencia¹ es objeto del presente comentario, se dirime la competencia judicial internacional de los Tribunales Españoles para conocer de una acción de división de bienes comunes, ejercitada simultáneamente en un procedimiento de divorcio², tal y como permite el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado 4º:

“En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos”

Dicha posibilidad se encuentra igualmente prevista en el artículo 232-12 del Código Civil de Cataluña, dentro del Capítulo II “Regímenes matrimoniales”, Sección primera “El régimen de separación de bienes”: *1. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. 2. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos.*

2. La atracción del caso, desde el análisis *ius internacional privatista*, reside en que los bienes objeto de la referida acción de división se encuentran situados en Bolivia. La existencia de tal elemento extranjero en la relación jurídica supone que, con carácter

* María Elena Zabalo Escudero. Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza.

¹ ECLI:ES:APB:2021:13403.

² PEREZ MARTIN, J., “La acción de división de cosa común acumulada al procedimiento de divorcio”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 70, 2016, p. 33 y ss.

previo a la determinación de la competencia funcional (interna), es preciso determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer de la pretensión ejercitada. Como se argumenta en la sentencia:

“La Sala comparte el razonamiento seguido por el Juez de Instancia para examinar la competencia internacional. La competencia funcional no atribuye a los Tribunales la competencia internacional. Primero hay que determinar si los Tribunales Españoles tienen competencia internacional para conocer de la acción de división de cosa común y solo si lo son y también lo son para el divorcio resultarán aplicables las normas sobre competencia funcional”.

3. La sentencia del Juzgado, declara disuelto el matrimonio por divorcio y acuerda la disolución del régimen matrimonial, cuya liquidación se practicará en procedimiento independiente a instancia de cualquiera de los cónyuges, pero desestima la acción de división ejercitada por falta de competencia judicial internacional, remitiéndose a lo resuelto en el acto de la vista sobre la indebida acumulación de acciones. Y es que, tanto el Juzgado, como la Audiencia, parten de la consideración de que la acción de división de la copropiedad existente constituye una pretensión distinta de la liquidación del régimen matrimonial de los cónyuges, cuya disolución se produce como consecuencia del divorcio.

El hecho de que los bienes inmuebles se encontraran en Bolivia ha sido el detonante para que el Juez de instancia procediera al examen de oficio de la competencia internacional, razonamiento que ha compartido la Sala, considerando que conforme al art. 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe procederse de oficio, no siendo preciso que el demandado interponga declinatoria o se oponga a la competencia del Tribunal. La argumentación en la que se basa el Juez de instancia para desestimar la acción por falta de competencia internacional, se fundamenta en que (como recoge textualmente la sentencia comentada) *“los preceptos aplicables, que no concreta, establecen como conexión para determinar la competencia de las acciones relacionadas con derechos reales inmobiliarios el lugar donde se encuentran ubicados, que en Derecho Internacional Privado no hay norma o Convenio que atribuye la competencia a los Tribunales Españoles y que las pretensiones sobre derechos reales quedan circunscritas a la competencia exclusiva del Estado donde se encuentran los bienes inmuebles”.*

Y ahí radica precisamente el error de partida y confusa argumentación de la sentencia de instancia, ya que no delimita el marco normativo que ha de aplicarse a la determinación de la competencia judicial internacional en el procedimiento del que conoce, y conforme al cual han de establecerse los criterios de atribución de la competencia (foros), además de los supuestos en que dicha competencia ha de controlarse de oficio por el Juez o a instancia de parte.

4. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, la competencia internacional para conocer de las diferentes pretensiones que se ejercitan en una demanda de divorcio, queda determinada por distintos instrumentos normativos, en atención a la delimitación material de los mismos. Así, la competencia para resolver sobre la cuestión de la disolución del

matrimonio por divorcio queda regulada por el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003 Bruselas II bis, ya sustituido por el Reglamento 2019/1111 Bruselas II ter, que será aplicable a partir del 1 de agosto de 2022. Dicho Reglamento determina la competencia internacional para conocer de la disolución del vínculo matrimonial, excluyendo de su ámbito material las consecuencias patrimoniales de la disolución u otras medidas accesorias. Como se desprende de los antecedentes de los hechos, ambos cónyuges tienen su residencia habitual en España (Barcelona) por lo que nuestros Tribunales ostentan competencia para decretar el divorcio conforme al artículo 3 del citado texto.

Las cuestiones relativas a las consecuencias patrimoniales del divorcio se incluyen en el Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales. Conforme al mismo debería determinarse la competencia judicial internacional para acordar la disolución y consiguiente liquidación del régimen económico del matrimonio, siempre que la acción se hubiere ejercitado tras el 29 de enero de 2019, fecha a partir de la cual resulta de aplicación conforme a sus artículos 69 y 70.

La aplicación de este Reglamento al objeto del recurso, la acción de división de los bienes sitos en Bolivia de los que los cónyuges son copropietarios, es descartada por la Audiencia, al entenderla fuera de su ámbito material, por considerar que no forma parte de la liquidación régimen económico matrimonial, no siendo precisa siquiera su determinación. Así lo refleja en la sentencia en los siguientes términos:

“La acción de división de los bienes comunes no constituye ni forma parte de la liquidación del régimen económico matrimonial. El art. 437,4 4a LEC y 232-12 del CCC permiten la acumulación de la acción de división de bienes de los esposos en comunidad ordinaria indivisa (competencia funcional) a la acción de divorcio, pero no puede confundirse la acción de división con la liquidación del régimen económico aunque dicho régimen fuera el de separación de bienes cuya liquidación comprendería la compensación económica por razón del trabajo pero no la acción de división que también puede ejercitarse por los cónyuges en régimen económico de comunidad de bienes que además tiene bienes privativos en indiviso”.

5. Una vez descartada, con base a tal argumentación, la aplicación al objeto del recurso del anterior instrumento normativo, la Audiencia basa su argumentación en el Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis, que regula la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, haciendo salvedad, en el texto de la sentencia, únicamente de la exclusión relativa a las obligaciones de alimentos, aunque por la relación con el procedimiento del que deriva el recurso, interesa señalar que también se excluyen expresamente los regímenes matrimoniales (artículo 1, apartado 2, a), cuestión sobre la que más adelante se volverá.

Siguiendo el hilo que desarrolla la Audiencia, hay que recordar el carácter real que el TJUE ha atribuido a una acción de disolución de una copropiedad indivisa sobre bienes inmuebles sitos en España, planteada a título principal, en su sentencia de 17 de diciembre de 2015, recaída en el asunto C-605/14, a efectos de subsumirla en el foro exclusivo sobre derechos reales inmobiliarios. Siguiendo reiterada jurisprudencia sobre la diferenciación entre acciones reales y personales, el Tribunal de Justicia ha considerado que *“una demanda de disolución de la copropiedad sobre bienes inmuebles como la ejercida en el litigio principal constituye una acción comprendida en la categoría de los litigios en materia de derechos reales inmobiliarios, correspondiente a la competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en el que está situado el inmueble. Y añade, es preciso observar en ese sentido que esa demanda, dirigida a causar una transferencia del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, afecta a derechos reales que producen efectos frente a todos y constituye una acción tendente a asegurar a los titulares de los derechos la protección de las prerrogativas inherentes a su título”*.

Como la acción de división ejercitada en el presente asunto, afecta a inmuebles situados en un tercer Estado, como es Bolivia, no resulta aplicable el artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis, que atribuye competencia exclusiva únicamente a los Tribunales de los Estados Miembros. Tampoco procedería el control de oficio de la competencia judicial por parte de los Tribunales españoles conforme al artículo 27, al no estar atribuida la competencia exclusiva a ningún otro Estado Miembro. Por otra parte, el artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solo obligaría a la abstención de oficio cuando, en relación con el artículo 36. 2.ª de la misma Ley, la competencia exclusiva estuviera atribuida convencionalmente a la Jurisdicción de otro Estado, lo que no es tampoco el caso.

Y así concluye la Audiencia que *no siendo aplicable el artículo 24 del Reglamento los Tribunales españoles son competentes para conocer de la acción de división de la cosa común en virtud de lo dispuesto en el art. 4 que dispone que las personas domiciliadas en un Estado Miembro estarán sometidas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*. Llegar a conclusión distinta, en el marco de la aplicación del Reglamento Bruselas I sería admitir el denominado efecto reflejo del artículo 24.1 del Reglamento, que impediría conocer a los Tribunales de los Estados Miembros de acuerdo con los demás foros del Reglamento, cuando los bienes objeto de una demanda en materia de derechos reales se encuentren en un tercer Estado y el demandado estuviere domiciliado en un Estado Miembro³.

6. En definitiva, la Audiencia Provincial de Barcelona, estima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia que declaraba la falta de competencia de los Tribunales españoles para conocer de la acción de división de los bienes en copropiedad de los cónyuges situados en Bolivia, ejercitada en el procedimiento de divorcio, revocándola en parte. Ello con base en la existencia de competencia judicial internacional en virtud del

³ Como se desprende de los informes emitidos en relación tanto al Convenio de Lugano de 1988 (Informe JENARD MÖLLER DOCE C-189) como a su sucesor, el Convenio de Lugano de 2007 (Informe POCAR DOUE 2009/ C 319), y que fue igualmente la línea mantenida también en el Informe relativo al Convenio de adhesión al Convenio de Bruselas de 1968 (Convenio de San Sebastián de 1989) Informe ALMEIDA/DESANTES/JENARD (DOCE 1990/ C- 189).

Reglamento 1215/2012, y funcional de acuerdo con la normativa procesal interna; acuerda la estimación de la acción de división sobre tales bienes, dejando entrever, sin embargo, la posible ineficacia de la sentencia en el país de situación de los bienes, cuando concluye *sin perjuicio de la eficacia que la presente resolución pueda desplegar en el país en el que se encuentran los bienes*, pero ello es algo que escapa a nuestro Derecho Internacional Privado y corresponde resolver al Derecho Internacional Privado boliviano.

La solución a la que llega la Audiencia, aplicando el artículo 4 del Reglamento Bruselas I bis, como fundamento de la competencia internacional de los Tribunales españoles para estimar la acción divisoria ejercitada, parte, como ya se ha venido poniendo de relieve, de la calificación de tal acción como una acción independiente de la liquidación del régimen matrimonial, una pretensión diferente, si bien procesalmente se admite su ejercicio simultáneo en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio respecto de los bienes que los cónyuges tienen en comunidad ordinaria indivisa.

7. La argumentación jurídica en el fundamento de la competencia de los Tribunales españoles discurriría por otros cauces, si a partir de los conceptos autónomos con los que ha de aplicarse la normativa del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, la acción de división de la copropiedad de los cónyuges ejercitada en un procedimiento de divorcio en el que se acuerda la disolución y liquidación del régimen económico, se entendiera incluida en el concepto de regímenes matrimoniales.

Sobre tal concepto, ya se pronunció el TJCE en la sentencia de 27 de marzo de 1979, recaída en el asunto 143/78, a efectos de su exclusión del ámbito material del entonces Convenio de Bruselas de 1968, predecesor del Reglamento Bruselas I y Bruselas I bis. El Tribunal sostuvo que *“el concepto de «regímenes matrimoniales» no sólo comprende los regímenes económicos concebidos específica y exclusivamente por determinadas legislaciones nacionales con vistas al matrimonio, sino también todas las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución, de manera que se excluyen aquellas relaciones jurídicas patrimoniales entre cónyuges que resultan directamente del vínculo matrimonial o de su disolución, mientras que se consideran incluidas en dicho texto únicamente aquellas relaciones patrimoniales existentes entre los cónyuges que no guarden relación con el matrimonio.”*

Esta interpretación jurisprudencial es mantenida y reproducida, en relación con la normativa vigente en la actualidad, por el Auto del TJUE de 14 de Junio de 2017⁴, que vuelve sobre la exclusión de los regímenes matrimoniales, que igualmente realiza de su ámbito material de aplicación el Reglamento Bruselas I bis, en su artículo 1 apartado 2 a). El Auto interpreta dicha exclusión, con ocasión de la solicitud de liquidación de un bien mueble, en el caso un automóvil, tras un pronunciamiento de divorcio, en los siguientes términos:

“...un litigio como el del procedimiento principal, relativo a la liquidación, a raíz del pronunciamiento de un divorcio, de un bien mueble adquirido durante el

⁴ As. C 67/17, ECLI:EU:C:2017:459.

matrimonio por los cónyuges, nacionales de un Estado miembro, pero con domicilio en otro Estado miembro, no está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, sino que se encuadra en el ámbito de los regímenes matrimoniales y, por tanto, está excluido del citado Reglamento en virtud del referido artículo 1, apartado 2, letra a)”.

8. En cuanto a si una acción de división, como la que se ejercita en el procedimiento de divorcio al que se refiere la sentencia de la Audiencia, puede considerarse incluida en el ámbito material del Reglamento 2026/1103, hay que tener en cuenta el concepto de régimen económico matrimonial que proporciona su artículo 3. 1.a), entendido como conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución⁵. En particular ha de atenderse a su considerando 18, en el que se apuesta por un concepto amplio, consecuente con la interpretación mantenida por el TJUE a los efectos de la exclusión del Reglamento Bruselas I bis.

Así, se afirma que “*el ámbito de aplicación del Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges, incluyendo toda relación patrimonial entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución*”.

En cuanto a determinadas exclusiones expresas, se encuentra la relativa a la capacidad jurídica de los cónyuges, que “*no debe abarcar las facultades y los derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros, ya que dichas facultades y derechos deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento*” (considerando 20).

También se excluyen del citado Reglamento entre otras cuestiones, la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, así como los requisitos y efectos de la inscripción registral de los derechos sobre los bienes. Pero ello no significa la inaplicación del Reglamento a la constitución, adquisición y transmisión de derechos reales derivados del régimen matrimonial o de su disolución, incluyendo los efectos reales de los pactos o acuerdos de transmisión entre los bienes entre los cónyuges.⁶

9. En atención a lo expuesto, cabe concluir que el ámbito material del Reglamento 2016/1103 va más allá de lo que conforme al ordenamiento interno pudiera entenderse como régimen económico del matrimonio, extendiéndose a toda relación patrimonial entre los cónyuges vinculada al matrimonio o a su disolución, y a las facultades y

⁵ PALAO MORENO, G., “La determinación de la ley aplicable en los reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104”, *REDI*, vol. 71, 2019, p.93 y 94.

⁶ JIMENEZ BLANCO, P., *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) 2016/1103*, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 63 y 64.

derechos los cónyuges con respecto a su patrimonio⁷. Dicho Reglamento faculta a los Tribunales que tienen competencia para conocer de una demanda de divorcio conforme al Reglamento Bruselas II bis 2201/2003, para resolver sobre las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial que surjan en conexión con dicha demanda, al haber introducido en su artículo 5 un foro de vinculación⁸, que si bien se encuentra condicionado en algunos casos al acuerdo de los cónyuges⁹, tiene el mérito de resolver la fragmentación material a la que aboca la aplicación de los distintos instrumentos de la Unión Europea en el ámbito de las crisis matrimoniales.

Para finalizar, ha de recordarse que en cualquier caso, la aplicación de los citados instrumentos normativos del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, no ha de verse condicionada por las calificaciones derivadas de los ordenamientos nacionales, por el contrario, los conceptos que utiliza el legislador de la Unión Europea son autónomos en cuanto a su interpretación, a través de ellos se delimita su ámbito material y la última palabra en su interpretación corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁷ PEITADO MARISCAL, P., “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 2017, pp. 300-326.

⁸ PEITADO MARISCAL, P., *op. cit.*, pp. 305 a 307.

⁹ Considerando (34) Del mismo modo, los regímenes económicos matrimoniales que nazcan en conexión con procedimientos pendientes ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se presente una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 deben ser resueltos por los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a menos que la competencia para resolver sobre el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio solo pueda basarse en motivos específicos de competencia. En esos casos no debe autorizarse la concentración de la competencia sin el acuerdo de los cónyuges.