

# CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por A. Durán Ayago, A. Font i Segura, M. Guzmán Zapater,  
I. Heredia Cervantes e I. Otaegui Aizpurua

Coordinada por M<sup>a</sup>. V. Cuartero Rubio \*

## SUMARIO:

SUCESIÓN TEMPORAL DE NORMAS DE CONFLICTO, ART. 9.4 CC Y REGLA *AD HOC*  
PARA RESOLVER DOS CASOS DE FILIACIÓN. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS  
DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, DE 17 DE ABRIL DE 2018

POR A. DURÁN AYAGO ..... pp. 2-8

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y DERECHO A LA LIBERTAD  
DE CIRCULACIÓN (SOBRE LA STJ, GRAN SALA, 5 DE JUNIO DE 2018, EN EL AS.  
C-673/16, COMAN)

POR M. GUZMÁN ZAPATER ..... pp. 9-16

ASPECTOS REGISTRALES DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO  
SOCIAL (A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 6 DE JUNIO DE 2018)

POR I. HEREDIA CERVANTES ..... pp. 17- 23

COMPETENCIA PARA EXPEDIR EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO EN EL  
AUTO DE LA AP DE BARCELONA DE 5 DE JULIO DE 2018

POR A. FONT I SEGURA ..... pp. 24-30

LA ALEGACIÓN DE LA FALTA DE AUDIENCIA DE UNA MENOR COMO CAUSA DE  
DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE RETORNO:  
COMENTARIO A LA STS 469/2018, SALA DE LO CIVIL, DE 19 DE JULIO DE 2018

POR I. OTAEGUI AIZPURUA ..... pp. 31-36

---

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

**SUCESIÓN TEMPORAL DE NORMAS DE CONFLICTO,  
ARTÍCULO 9.4 CC Y REGLA *AD HOC* PARA RESOLVER DOS  
CASOS DE FILIACIÓN. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL  
TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL,  
DE 17 DE ABRIL DE 2018**

**Antonia Durán Ayago\***

**I. CONTEXTO**

No es muy usual para las instancias judiciales españolas hacer frente al problema de la sucesión temporal de las normas de conflicto. Quizás por ello merece interés destacar estas dos sentencias dictadas el mismo día, 17 de abril de 2018, por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, habiendo sido ponente en ambas la magistrada María de los Ángeles Parra Lucán. La nota característica que las une es que en las dos se aplica la redacción dada por la *Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*<sup>1</sup> al artículo 9.4 Cc, aunque los procedimientos se iniciaron, ambos en 2013, cuando no se había producido aún la publicación de esta Ley.

La Ley 26/2015 dispone de cuatro disposiciones transitorias, pero ninguna de ellas hace referencia al artículo 9.4 Cc. Las que podríamos entender que tienen alguna vinculación, en concreto, la disposición transitoria primera, que regula la normativa aplicable a los procedimientos judiciales ya iniciados y la disposición transitoria tercera, apartado primero, que regula la normativa aplicable a los expedientes de adopción internacional ya iniciados, establecen que los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley seguirán tramitándose conforme a la legislación vigente en el momento del inicio del procedimiento, pero no afectan en sentido estricto al contenido del Derecho aplicable.

Ante la carencia, tradicional por otra parte en nuestro ordenamiento interno, de normas transitorias que acompañen a un cambio en la norma de conflicto, la solución por la que se ha venido optando para resolver los casos de sucesión temporal de normas de conflicto, a falta de disposición específica, ha sido tener en cuenta el principio general de la irretroactividad de las normas (art. 2.3 Cc). Sin embargo, no es ésta, en puridad, la opción que se acoge en estas dos sentencias, y de ahí su interés.

Es preciso destacar que, mientras en el caso resuelto por la sentencia 224/2018<sup>2</sup>, las tres instancias judiciales que intervienen utilizan diferentes argumentos para llegar a la misma consecuencia jurídica, que es aplicar la ley española, optando únicamente la Audiencia Provincial por atenerse a la norma de conflicto vigente en el momento en que se inicia el procedimiento, siendo esta cuestión el eje sobre el que pivota su argumentación jurídica,

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Salamanca. [aduran@usal.es](mailto:aduran@usal.es)

<sup>1</sup> BOE núm. 180, de 29-VII-2015.

<sup>2</sup> ECLI: ES:TS:2018:1282.

en la sentencia 223/2018<sup>3</sup> el Tribunal Supremo se separa de lo manifestado en primera y segunda instancia, en que se había aplicado el Derecho español sobre la base de una perspectiva que el alto Tribunal considera equivocada, aunque en este caso también, únicamente la Audiencia Provincial había aplicado la versión vigente del artículo 9.4 Cc en el momento de inicio del procedimiento. Se da la circunstancia, además, que tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Tarragona aplican de forma incorrecta el contenido del Derecho español que, por lo demás, coincidía con la regulación en la materia del Derecho suizo. Pero en esta sentencia lo esencial es la interpretación que realiza el Tribunal Supremo sobre el correcto funcionamiento de los puntos de conexión que integran el actual artículo 9.4 Cc. Veremos a continuación los hechos y los argumentos jurídicos utilizados en ambos procedimientos.

## II. CUESTIONES JURÍDICAS

En el caso resuelto por la sentencia 224/2018, se había ejercitado una acción de filiación no matrimonial por parte de una persona de nacionalidad francesa que llevaba residiendo en España cuarenta y seis años. Nacido en Burdeos, en el momento de su nacimiento quedó acreditada únicamente su filiación materna. Cuando ejercita la acción de reclamación de filiación su presunto padre ya había fallecido, por lo que la acción se presenta contra sus herederos. En la demanda se invoca el artículo 133 Cc, en atención al cual «[1]a acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida» y el artículo 766 LEC, que determina la legitimación pasiva de los herederos de la persona a quien en la demanda se atribuye la condición de progenitor para el caso de que haya fallecido.

El demandante solicitó que los demandados se sometieran a las pruebas biológicas, debido a que el cuerpo de su presunto padre había sido incinerado. Estos se negaron a someterse a las citadas pruebas e invocaron la aplicación del Derecho francés, conforme al cual la acción de reclamación de filiación estaría prescrita.

En primera instancia, el Juzgado estimó la demanda y declaró la filiación paterna del demandante como hijo no matrimonial, considerando aplicable la legislación española, aunque con una argumentación ciertamente peregrina. En primer lugar, citó el artículo 9.4 Cc, en la redacción dada al precepto por la Ley 26/2015 sin justificar por qué aplicaba esta nueva versión del artículo, a pesar de que cuando se inició el procedimiento no estaba en vigor; a continuación recordó que, conforme al artículo 12 Cc, las normas de conflicto son imperativas, y puso de manifiesto que conforme al Derecho francés la acción habría prescrito, mientras que con arreglo al Derecho español (art. 235-20 CC catalán y art. 133 Cc) el hijo puede ejercer la acción durante toda la vida, concluyendo que «[p]or ello y con independencia del lugar de residencia del actor (en Francia, país en el que nació, o en España donde en su interrogatorio dijo que lleva viviendo desde hace 46 años), debe aplicarse la legislación española, pues la francesa no le permite ahora la determinación de la filiación al haber prescrito la acción de reclamación (art. 321 Code Civil francés,

---

<sup>3</sup> ECLI: ES:TS:2018:1281.

*según redacción dada por Ordonnance 2005/759, de 5 de julio*)». En realidad, bastaba con la acreditación de que el demandante residía en España para aplicar el Derecho español, conforme a la vigente redacción del artículo 9.4 Cc, sin embargo, el Juzgado mezcló el contenido material de los derechos implicados, como si los puntos de conexión de la norma de conflicto fueran alternativos, cuando no lo son. Se trata de una norma de conflicto con puntos de conexión en cascada, aunque con orientación material sobre la base del *favor filii*<sup>4</sup>, tal y como se desarrolla y detalla en la sentencia 223/2018, que más adelante comentaremos.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó que no era de aplicación el artículo 9.4 Cc en la redacción introducida por la Ley 26/2015, dado que el procedimiento se inició con anterioridad a esta reforma y, en consecuencia, debía aplicarse la ley personal del hijo, pero consideró que esta ley era la española en tanto nacionalidad presunta, y ello argumentando que, si tenía éxito la acción de filiación ejercitada, el demandante tendría derecho a optar por la nacionalidad española, en virtud del artículo 17.2 Cc, argumentación que apoyó en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2000<sup>5</sup>.

El caso llega al Tribunal Supremo a través de recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Respecto del recurso extraordinario por infracción procesal, dos son los motivos que esgrimen. De un lado, amparándose en el artículo 469.1.4 LEC, denuncian vulneración del artículo 24 CE, por cuanto en la valoración de la prueba, a su juicio, la sentencia incurre en un error patente y manifiesto, ya que da por probado que, en el momento del nacimiento del demandante, su presunto padre ostentaba la nacionalidad española, cuestión ésta que consideran no había sido probada en ningún momento a lo largo del proceso.

Se desestima este motivo, dado que el Tribunal Supremo considera que no es ni arbitrario ni ilógico considerar al presunto padre español por todos los datos que se han aportado al proceso y que no han sido discutidos.

En segundo lugar, conforme al artículo 469.1.2 LEC, los recurrentes denuncian vulneración de las normas reguladoras de la sentencia por infracción del artículo 218.2 LEC que exige que la motivación se ajuste a las reglas de la lógica y de la razón. No entienden la aplicación de la ley española, cuando el presunto hijo ostenta la nacionalidad francesa, y a su nacionalidad remite el artículo 9.4 Cc, en la formulación vigente en el momento del inicio del procedimiento.

Este motivo también es desestimado. Sostiene el Tribunal Supremo que la sentencia es motivada y se justifica la aplicación de la legislación española recurriendo a la nacionalidad presunta, en una suerte de “conexión anticipada”, lo que se explica en atención a la circularidad del punto de conexión que utiliza el precepto, dado que la

---

<sup>4</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, vol. 68/2, 2016, pp. 157-182.

<sup>5</sup> ECLI: ES:TS:2000:2311.

nacionalidad se atribuye en el artículo 17 Cc a partir de la filiación (directamente o por opción).

Por su parte, el recurso de casación se funda en un único motivo en el que se denuncia infracción del artículo 9.1 Cc. Es en este motivo donde radica la mayor carga argumental de la sentencia.

En primer lugar, se precisa que la Ley 26/2015 no contiene ninguna norma de Derecho transitorio que se refiera al artículo 9.4 Cc. Sin embargo, considera el Supremo que “*la aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor no le atribuye un efecto retroactivo, puesto que el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos*”, por ello, considera “*razonable que la ley nueva se aplique de manera inmediata no sólo al contenido de la filiación, sino también a su propia existencia, de modo que el hecho de que la demanda se interpusiera con anterioridad no impide al juez aplicar la ley nueva, salvo que ello comportara la pérdida de algún derecho adquirido conforme a la norma de conflicto anterior*”.

Por otro lado, esgrime también razones de seguridad jurídica y alude a que en aras de evitar la aplicación sorpresiva de un derecho que pudiera resultar imprevisible para alguna de las partes cuando la conexión no guardara relación con los sujetos litigantes (lo que en el caso, por lo demás, no sucede: el demandante y los demandados residen en España y en la demanda se invocó el Derecho español), considera razonable aplicar la nueva ley desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia. Califica esta solución como lógica y la apoya normativamente, consciente de que dicha solución no encuentra amparo en el Derecho español, en el Derecho Internacional Privado transitorio suizo (art. 198 de la Loi fédérale sur le Droit international privé de 18 de diciembre de 1987<sup>6</sup>).

Añade, además, que esta interpretación es coherente con lo que hubiera resultado de un comportamiento avisado del demandante, y ello debido a que, producido un cambio legal durante el procedimiento, bastaría con un desistimiento de la acción ejercitada y la promoción por el actor de un nuevo juicio para que el asunto se resolviera con arreglo a la nueva ley (arts. 751.2.1º y 20.2 y 3 LEC), lo que, a juicio del Tribunal, muestra que en el presente caso la aplicación rigurosa de la norma vigente cuando se presentó la demanda carecería de buen sentido. Por todo ello, considera aplicable el Derecho español, como ley de la residencia habitual del hijo.

Por su parte, en la sentencia 223/2018 se había ejercitado por parte de un sujeto español y residente en España acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial e impugnación de la filiación paterna matrimonial respecto de un menor que figuraba inscrito como hijo matrimonial de una pareja residente en Suiza. El niño residía en Suiza y ostentaba la nacionalidad suiza.

---

<sup>6</sup> Este precepto establece que “[i]l diritto applicabile alle azioni od istanze pendenti in prima istanza al momento dell’entrata in vigore della presente legge è determinato da quest’ultima”.

Aunque en este caso también se discute la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, no nos detendremos en esta cuestión, que se resuelve acertadamente, considerando que se aplica el artículo 22.3 LOPJ, vigente cuando se interpuso la demanda, en este caso aplicando la disposición transitoria primera de la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial*<sup>7</sup>. Nos interesa, en cambio, detenernos en torno a las cuestiones que se suscitan sobre la aplicación del artículo 9.4 Cc, no tanto en cuanto a la aplicación de su versión actual, cuestión esta similar en términos y argumentación jurídica al caso anterior, sino en lo que se refiere a la relación entre las conexiones que se utilizan en la actual norma de conflicto.

Así, en el presente caso la primera conexión de la norma de conflicto conducía a la aplicación del Derecho suizo, dado que en Suiza tenía su residencia habitual el menor sobre el que se reclamaba la paternidad. Conforme al Derecho suizo, la acción de filiación había prescrito. Considera el Tribunal Supremo que el hecho de que conforme a la legislación de la residencia habitual no pueda determinarse la filiación, no implica que deba pasarse al siguiente punto de conexión, y ello a pesar de ser una norma de conflicto materialmente orientada. En concreto, se argumenta lo siguiente: “[a] juicio de esta sala, para acabar dando entrada a la ley sustantiva española no es suficiente con que la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la ley de la nacionalidad del menor conduzcan a una desestimación de la demanda por haber sido interpuesta fuera de plazo, pues en tal caso no se trata de que la ley «no permita» establecer la filiación, sino de que no se ha ejercido por el demandante conforme los presupuestos que el derecho aplicable ha previsto para ello. Únicamente cuando la ley aplicable excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento procederá la llamada a la ley sustantiva española (por ejemplo, por impedir el ejercicio judicial de acciones de filiación, o por prohibir la investigación de la paternidad, o desconocer la filiación fuera de matrimonio). No es el caso de la ley suiza aplicable, que establece un plazo de un año (como, por lo demás, hace el artículo 133.2 CC español, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)<sup>8</sup> a contar desde el momento en que el demandante se enteró de que el reconocimiento ha tenido lugar y que su autor no es el padre y permite que el propio hijo ejercite la acción en el año siguiente a haber alcanzado la mayoría de edad. La legitimación para impugnar, pero sujeta a límites, incluidos los temporales, supone una ponderación de los principios e intereses en juego, como el descubrimiento de la verdad biológica, la tutela judicial efectiva, la estabilidad de la situación del hijo y, sobre todo, el prevalente interés del menor, lo que en modo alguno es incompatible con nuestro sistema”.

Se trata, sin duda, de una interesante y valiosa interpretación de esta norma de conflicto, puesto que clarifica cuál debe ser su correcto funcionamiento. Como acertadamente sostiene el Tribunal, la orientación material de la norma hay que entenderla sobre la base de su contenido. Así, la alusión, para pasar de un punto de conexión a otro, a que la

<sup>7</sup> BOE núm. 174, de 22-VII-2015.

<sup>8</sup> En concreto, el apartado segundo del artículo 133 dispone: “Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación”.

anterior ley no permita el establecimiento de la filiación, no hay que entenderla en sentido literal, sino en términos valorativos. Esto es, el Derecho suizo contempla la posibilidad de impugnación de la filiación paterna, sólo que los plazos para ejercitar la acción ya han prescrito cuando se presenta la acción. Por ello, no se justifica pasar al siguiente punto de conexión, por más que en este concreto caso, tanto el Derecho español como el suizo, coinciden, puesto que ambos contemplan el plazo de prescripción de un año desde que el demandante hubiera tenido conocimiento de los hechos en los que hayan podido basar su reclamación para interponer su acción, cuestión esta que no tuvieron en cuenta ni el Juzgado de Primera Instancia ni la Audiencia Provincial de Tarragona.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

El artículo 9.4 Cc es una de las normas de conflicto que más variabilidad ha experimentado desde su introducción en 1974 en el Título Preliminar del Código Civil, y nunca ha venido acompañada de disposiciones transitorias que clarificaran su ámbito temporal de aplicación. En un primer momento, el tenor del artículo fue: “[l]as relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre y en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre”<sup>9</sup>. Ya con la Constitución en vigor, en realidad, nueve años después, se llevó a cabo el principal cambio que a mi juicio ha experimentado la norma, que hacía depender la determinación de la filiación no de las circunstancias de los progenitores, sino del propio hijo. Así, *Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*<sup>10</sup>, introdujo la siguiente redacción en el precepto: “El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo”. Llegó luego la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*<sup>11</sup>, que por vez primera estableció en nuestro país un catálogo de derechos de los niños e intentó, aunque sin conseguirlo, introducir una formulación materialmente orientada en la norma de conflicto: «El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo». La confusa redacción del precepto y la entrada en vigor para España del *Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, llevaron al legislador español a un nuevo intento de redacción del artículo 9.4 Cc con la citada *Ley 26/2015: “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de*

---

<sup>9</sup> *Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil (BOE núm. 163, de 9-VII-1974).*

<sup>10</sup> *BOE núm. 275, de 17-XI-1987.*

<sup>11</sup> *BOE núm. 15, de 17-I-1996.*

*nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*". Aportando, sin duda, cambios de interés, pero planteando también numerosos interrogantes<sup>12</sup>.

Las sentencias que comentamos optan por la aplicación de la versión dada a través de la Ley 26/2015, argumentando que ello no significa otorgarle efecto retroactivo, en la medida en que *"el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos"* y alegando que ello contribuye a afianzar la seguridad jurídica, puesto que ambas sentencias se encontraban pendientes en primera instancia cuando se produjo la entrada en vigor de la citada Ley y la aplicación de la actual versión no comportaba la pérdida de ningún derecho adquirido conforme a la norma de conflicto anterior.

Siendo este el principal argumento de la sentencia 224/2018, que lleva a aplicar el Derecho español, por ser España el lugar de residencia del hijo y no haber prescrito la acción de filiación conforme a este Derecho, en la sentencia 223/2018 el principal punto de interés no es éste, sino el argumento de que para pasar de un punto de conexión a otro es preciso atender no sólo al contenido material del Derecho, sino a las condiciones de ejercicio de la acción de filiación. En el caso, no es que el Derecho suizo no permitiera el ejercicio de la acción de paternidad, sino que cuando el demandante decide hacerlo, la acción ya había prescrito, por lo que en este caso no procedería pasar al siguiente punto de conexión, que, por otro lado, aun llegando a la aplicación del Derecho español, tendría el mismo resultado, puesto que también conforme al Derecho español la acción habría prescrito (art. 133.2 Cc).

Se trata, por tanto, de dos sentencias del máximo interés, tanto por cómo el Tribunal Supremo genera una norma *ad hoc* para resolver el problema de la sucesión temporal de la norma de conflicto, como por la aclaración procedente acerca del funcionamiento de la orientación material que a partir de la Ley 26/2015 adopta el artículo 9.4 Cc.

---

<sup>12</sup> Para un análisis *in extenso* de este precepto, puede verse, entre otros, ADAM MUÑOZ, M. D., "La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español", *CDT*, 2016, vol. 8/2, pp. 34-54; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Ley aplicable a la filiación por naturaleza...", *loc. cit.*; DURÁN AYAGO, A., "Responsabilidad parental, relaciones paterno filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?", en ESPLUGUES MOTA, C. / GUZMÁN ZAPATER, M. (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 353-363.



## **MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACION (SOBRE LA STJ, GRAN SALA, 5 DE JUNIO DE 2018, EN EL AS. C-673/16, COMAN)**

**Mónica Guzmán Zapater\***

1. El señor Coman de nacionalidad rumana y residente en Bruselas (Bélgica), contrajo matrimonio en esa misma ciudad con el señor Hamilton de nacionalidad norteamericana, conforme a lo previsto por la legislación belga. Transcurrido el tiempo y habiendo cesado aquel en su puesto como asistente parlamentario en el Parlamento Europeo deciden regresar a Rumanía, país de origen del Sr. Coman, al amparo de la Directiva 2004/38, del PE 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. El litigio tiene su origen cuando la Inspección General de Rumanía deniega el derecho de residencia al cónyuge nacional de tercer Estado en concepto de reagrupación familiar, tal y como previsto en la Directiva 2004/38, con fundamento en la prohibición en la legislación civil rumana del matrimonio entre personas del mismo sexo. Dicha decisión es recurrida en sede judicial sobre dos argumentos: 1º) la existencia de una discriminación por razón de la orientación sexual y, 2º) por excepción de inconstitucionalidad al entender que la legislación civil en ese punto vulnera los derechos fundamentales a la vida privada y familiar, así como el derecho a la intimidad y el principio de igualdad.

El Tribunal Constitucional rumano decide suspender el procedimiento para elevar al TJ distintas cuestiones ligadas entre sí. La primera y fundamental, si el concepto de cónyuge previsto en la Directiva 2004/38 (art. 2.2.a) en conexión con la Carta de Derechos fundamentales de la UE se aplica a un cónyuge nacional de tercer Estado y del mismo sexo que el ciudadano de la UE. Si la respuesta fuera afirmativa, se pregunta si el Estado miembro de acogida debe conceder el derecho de residencia por un periodo superior a tres meses, tal y como prevé la Directiva (arts. 3.1. y 7). Si la respuesta a la cuestión primera fuera negativa, se pregunta si podría acogerse éste al derecho que tiene “otro miembro de la familia” o como “pareja con la que el ciudadano de la UE mantiene una relación estable, debidamente probada”. Finalmente, en conexión con ésta, si la respuesta fuera afirmativa, si el Estado de acogida tiene la obligación de conceder el derecho de residencia por un periodo superior a tres meses.

El TJ falla -siguiendo ciertamente las Conclusiones del AG Wathelet- calificando como contraria al art. 21.1 TFUE la denegación del derecho de residencia al nacional de un tercer Estado unido por matrimonio legalmente contraído en el Estado miembro de acogida con un ciudadano de la UE, en el Estado miembro del que es nacional uno de los cónyuges, porque dicho Estado no contemple el matrimonio entre personas del mismo sexo. Admite en consecuencia que tiene un derecho a la residencia derivado con

---

\* Catedrática de Derecho internacional privado en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. [mguzman@der.uned.es](mailto:mguzman@der.uned.es)

fundamento en el art. 21.1. TFUE<sup>1</sup>, y éste no puede estar sometido a condiciones más estrictas que las establecidas en el art. 7 de la Directiva.

2. La STJ objeto de esta nota ofrece muchos aspectos de interés<sup>2</sup>. Por una parte, pone de manifiesto una vez más la relación de vasos comunicantes que une al Derecho de extranjería y el Derecho internacional privado (DIPr). Visto así, ofrece un doble plano de análisis: el migratorio o de la extranjería de factura europea y el derecho a la reagrupación como un derecho que entronca con la noción misma de ciudadanía europea, tema sobre el que existen excelentes estudios<sup>3</sup> y comentarios recientes a esta misma sentencia<sup>4</sup>. Pero el aspecto más trascendente, a nuestro entender, es el relativo a la consolidación de un cierto *derecho a la continuidad del estado civil* en las situaciones transfronterizas<sup>5</sup> que se viene forjando en las tres estructuras normativas que afectan a la regulación de las situaciones privadas de tráfico externo y las consecuencias asociadas. En la normativa de Derechos humanos se ha afirmado como parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar y ha sido adoptado por el TEDH en la sentencia *Wagner*<sup>6</sup> de la mano de un hipotético derecho del individuo a gozar de una situación única pese a la diversidad de sistemas jurídicos<sup>7</sup>. El fundamento era la relación familiar que *de facto* se había establecido entre la adoptante y el adoptando. Para nosotros es de sobra conocido que el DIPr tiene como finalidad evitar las situaciones claudicantes<sup>8</sup>. En el Derecho de la UE la

<sup>1</sup> El propio TJ ya había rechazado que el nacional de un tercer Estado tenga un derecho y pueda invocar la Directiva en su beneficio, entre otras, en la STJ as. 456/12, de 12 de marzo 2014, *O y B*, aps. 50 y 61.

<sup>2</sup> ECLI:EU:C:2018:385.

<sup>3</sup> En esta misma publicación JIMENEZ BLANCO, P. “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEI* ([www.reei.org](http://www.reei.org)), 35, 2018, pp. 1-49, espec. 22-24. Puede consultarse, RODRIGUEZ MATEOS, P./JIMENEZ BLANCO, P./ESPINELLA MENENDEZ, A. *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos UE*, Aranzadi, 2017, pp. 289-311; VARGAS GOMEZ-URRUTIA, M. *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, Aranzadi, 2006.

<sup>4</sup> *Vid.* CARRASCOSA GONZALEZ, J. “Libre circulación de personas, matrimonios entre personas del mismo sexo y la STJUE de 5 de junio de 2018 en el asunto Coman-Hamilton”, *Blog Accursio* (<http://accursio.com.blog/?p=851>); JIMENEZ BLANCO, P. “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16: Coman”, *La Ley. Unión Europea*, nº 61, julio 2018. ROJO E. “¿Ampliación o reinterpretación del concepto de cónyuge en el Derecho de la UE? Su impacto sobre el derecho de residencia y libre circulación. Notas a la STJUE de 5 de julio 2018” (<http://www.eduarddorjotorrecilla.es/2018/06/ampliacion-o-reinterpretacion-del.html>); TODA CASTAN, D. “Límites de la ciudadanía de la Unión como motor de los derechos fundamentales: comentario a la Sentencia Coman del Tribunal de Justicia”, *RGDE*, 46 (2018), pp. 365-393.

<sup>5</sup> *Vid.* PFEIFF, S. *La portabilité du statut personnel dans l'Espace européen*, Bruylant, Bruselas, 2017, pp. 348-349.

<sup>6</sup> STEDH de 28 de junio de 2007, *Wagner c. Luxemburgo*, en la que el TEDH condena a Luxemburgo por no otorgar el reconocimiento a una adopción regularmente constituida en el país de origen del adoptando (Perú) oponiendo una prohibición del derecho material luxemburgués (*REDI* 2008).

<sup>7</sup> *Cf.* BUCHER, A. “La dimension social du droit international privé. Cours general”, *Recueil des Cours Académie de Droit International*, 2009, t. 341, p.117; KINSCH, P. “Recognition in the forum as a status acquired abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber amicorum Kurt Siehr* (ed. BOELE-WOELKI&SYMEONIDES), 2010, pp. 259-275, espec. 272-275.

<sup>8</sup> O la armonía internacional de soluciones, de modo que toda relación jurídica sea sometida a una misma ley con independencia de donde se desarrolle el proceso (*cf.* LEWALD, H. “La théorie du renvoi”, *R. des C.*, t. 29, 1929, pp. 515-620, p. 521).

continuidad del estado civil se asegura mediante la supresión de obstáculos a la libertad de circulación de las personas bajo el paraguas del principio de reconocimiento mutuo.

Desde esta tercera perspectiva del Derecho de la UE dos son las ideas centrales que despide la STJ. 1º) En primer término, esta movilidad europea privilegiada no contempla tanto el reconocimiento de un derecho de los nacionales de países terceros comprendidos dentro del ámbito de aplicación del art. 3.2. Directiva 2004/38 –cónyuges, hijos, miembro de la pareja registrada-, como una obligación de los Estados miembros de imponer a las solicitudes de entrada condiciones más favorables que a las de otros nacionales de países terceros<sup>9</sup>. En conexión con esto y a los efectos de facilitar el derecho de residencia, “cónyuge” es quien esté unido como tal por la ley de otro Estado<sup>10</sup> y extiende esa calificación uniforme a quien está unido en un matrimonio con persona del mismo sexo<sup>11</sup>. 2º) En segundo lugar, cabría afirmar que el principio de reconocimiento mutuo se proyecta en estado puro. Denegar la entrada y la residencia según que en el Estado en el que se solicita exista una prohibición de esa naturaleza “*tendría por efecto que la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión que ya hayan hecho uso de esa libertad variase de un estado miembro a otro*”<sup>12</sup>. En el fallo se toma en cuenta una situación (“*ha desarrollado o consolidado... una convivencia familiar con un nacional de un tercer Estado*”), legalmente constituida en otro Estado miembro (...*al que se ha unido por un matrimonio legalmente contraído en un Estado miembro*) e impone a las autoridades del Estado miembro en el que se solicita la residencia la obligación de aceptar esa situación.

De nuevo, de la mano del TJ, la norma nacional que impide la residencia en un Estado miembro y en definitiva el ejercicio del derecho a la reagrupación por un ciudadano de la UE respecto a un nacional de tercer Estado, no puede operar como obstáculo. Una prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo es contraria al art. 21.1 TFUE. Estamos pues ante una proyección pura del PRM para impulsar la libre circulación de las personas. La decisión de origen –válida celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo- debe ser respetada en los demás Estados miembros. No se plantea siquiera la posibilidad de obligar al Estado que contiene la prohibición a adaptar ese matrimonio buscando la equivalencia con las categorías de “otro miembro de la familia” o a la “parejas registrada”<sup>13</sup>.

Ahora bien, el TJ hace prevalecer el derecho a la libre circulación de las personas al precio de un enorme impacto para el Estado autor de la prohibición, aunque solo sea porque está incidiendo en un aspecto nuclear del estado civil –el de las condiciones de “entrada” en el matrimonio-, ámbito éste, el del estado civil, sustraído al ámbito competencial de la UE con modulaciones<sup>14</sup>, sin olvidar que de *facto* genera situaciones discriminatorias *ad*

---

<sup>9</sup> Como recuerda el AG en sus Conclusiones (ap. 94), trayendo a colación la propia jurisprudencia del TJ de 5 de septiembre 2012, en el as. *Rahman y otros*, C-83/11, ap. 21.

<sup>10</sup> Cf. JIMENEZ BLANCO, P. “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo...”, p. 3.

<sup>11</sup> Ap. 35.

<sup>12</sup> Ap. 39.

<sup>13</sup> Al respecto *vid.* JIMENEZ BLANCO, P. “Movilidad transfronteriza de personas...”, *cit.*, p. 19.

<sup>14</sup> Aps. 37 y 45, en los que se recuerda que el TJ ha afirmado en reiteradas ocasiones que el estado civil es competencia de los Estados miembros y el Derecho de la UE no restringe esa competencia, aunque en el

*intra* –la prohibición se mantiene para los nacionales y no se proyecta respecto a ciertas parejas mixtas-. Con todo, la decisión final parece correcta por ser coherente con la evolución<sup>15</sup> y los mandatos derivados de la jurisprudencia del TEDH. En general la expectativa legítima de las personas para garantizar la continuidad de sus relaciones jurídicas a través de las fronteras, no puede frustrarse por meras diferencias normativas<sup>16</sup>. En particular, por lo que se refiere al matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien no está configurado un derecho fundamental a contraer matrimonio, al amparo del CEDH (art. 8) y de la jurisprudencia del TEDH que lo desarrolla, se ha admitido que la relación que mantienen dos personas del mismo sexo forma parte del derecho a la “vida familiar”<sup>17</sup>, y ese mismo art. 8 CEDH impone a los Estados la obligación de ofrecer a las parejas homosexuales la posibilidad de obtener un reconocimiento legal y la protección de su pareja<sup>18</sup>.

3. El segundo plano de análisis tiene que ver con las consecuencias de este fallo extrapoladas al plano de la continuidad del estado civil y sus efectos, cuestión no tratada en esta STJ por razón obvia. En la STJ la idea que prevalece es la de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas. Ahora bien, la obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo es limitada o lo que es igual una “obligación de reconocer tales matrimonios, contraídos en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de éste, y ello a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión”<sup>19</sup>. Es una aplicación estricta del principio de reconocimiento mutuo en su ámbito, por así decir, natural: como instrumento agilizador de la Libre circulación de personas. La regularidad debe establecerse conforme al Estado miembro en el que se consolidó la convivencia y sobre todo en el que se contrajo el matrimonio –aunque no se mencione este aspecto en la sentencia-. Al Estado miembro en el que se plantea la solicitud y al solo fin de facilitar la entrada y residencia en un Estado miembro donde impera la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, le incumbe la obligación de aceptar la situación o relación jurídica constituida en otro Estado.

Confinado dentro de los límites del TFUE y en particular dentro del Derecho a la libre circulación de las personas, el principio de reconocimiento mutuo no alcanza a modificar la concepción del matrimonio del Estado en el que se solicita la residencia. Como tampoco posibilita el reconocimiento de efectos civiles del estado civil que cristalizó válidamente conforme a una legislación extranjera o la eficacia registral de la certificación que pudiera expedir la autoridad de origen. En este punto la STJ evoca el difícil anclaje del principio de reconocimiento mutuo como técnica para el reconocimiento de los efectos civiles de situaciones creadas en el extranjero o lo que es

---

ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión (as. C-267/06, *Maruko*, STJ de 1 de abril 2008, ap. 59; as. C-443/15, *Parris*, STJ de 24 noviembre 2016, ap. 58).

<sup>15</sup> Sobre la evolución experimentada por la noción de cónyuge en las parejas del mismo sexo debe consultarse, SOTO MOYA, M. *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 137-156.

<sup>16</sup> JIMENEZ BLANCO, P. “Movilidad transfronteriza de personas...”, *cit.* p. 17.

<sup>17</sup> STEDH de 24 de junio 2010, *Schalk y Kopflic c. Austria*, ap. 94.

<sup>18</sup> STEDH de 21 de julio 2015, *Olliari y otros c. Italia*, ap. 185.

<sup>19</sup> Ap. 45.

igual, su inoperancia cuando se trata de dar efectos a una situación que se ha constituido en el extranjero por intervención de una autoridad pública (p.ej. celebración de un matrimonio). Dicho principio no convence en el plano doctrinal, a pesar de ser numerosos los planteamientos teóricos que desde hace tiempo exploran las posibilidades de este método alternativo al método conflictual, adecuado para que la persona pueda mantener su identidad y un *status* jurídico único incluso en sus desplazamientos de un Estado a otro<sup>20</sup>. En teoría el diseño central de esta técnica sería dar efectos civiles a una situación regularmente constituida en el extranjero permitiendo la continuidad del estado civil. No es un mandato de reconocimiento abstracto, como se deriva del recurso a la ley nacional, sino un reconocimiento de la situación concreta que acredita el interesado<sup>21</sup>. El rasgo característico es una flexibilización -no supresión- del control por la autoridad requerida para el reconocimiento. Los controles se mantienen pero en el país de origen del acto o decisión. Sus ventajas son la sencillez, la garantía de previsibilidad y por tanto la seguridad jurídica de los particulares en las situaciones transfronterizas.

Por otra parte, la propia Comisión europea ha ido retrocediendo en su objetivo inicial. Y aunque el *Proyecto de medidas de 2001 para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>22</sup> parecía reservar un futuro a este método coexistiendo o no con normas de conflicto uniformes<sup>23</sup>, la realidad es que se ha avanzado mucho en la unificación conflictual y no tanto en la expansión del reconocimiento mutuo, hasta el punto de que la Comisión lleva tiempo valorando la posibilidad de consolidar el Derecho internacional privado de la UE al que se agregaría un Reglamento O sobre problemas generales de aplicación<sup>24</sup>. En el plano normativo, muestra de ello (no la única) es que cuando se ha tratado de facilitar la circulación de los documentos públicos relativos al estado civil –un sector ciertamente idóneo dado que supondría reconocer efectos al acto contenido en un documento

---

<sup>20</sup> Tal vez la más convencida, no sin reservas, sea PFEIFF, S. *La portabilité du statut personnel dans l'Espace européen*, cit. pp.217 y ss. Vid. entre otros, BARATTA, R. "Problematic elements of an implicit ruel providing for mutual recognition of personal and family status", *IPrax* (1), 2007, pp. 4-11; LAGARDE, P. "La reconnaissance: mode d'emploi", *Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 481 ss.; MAYER, P. "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 547-573, p.565; PAMBOUKIS, Ch. "La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance", *Revue critique de droit international privé*, 97 (3), 2008, pp. 513-520. WELLER, M. "Mutual trust: in search of the Future of European Private International Law", *Journal PIL* 2015/I, pp. 2-36. En la doctrina española en este punto parece proclive, SOTO MOYA, M. *Uniones transfronterizas...*, cit. pp. 172-174.

<sup>21</sup> Permanencia o continuidad que también asegura la sumisión de estas cuestiones a la ley nacional, pero de un modo abstracto; el método de reconocimiento asegura la continuidad con alcance concreto en cada situación y de ahí se ha dicho, que se adecúe a una época de gran movilidad de las personas (cf. LAGARDE, P. "La reconnaissance...", cit. p. 491).

<sup>22</sup> DOCE C 12, de 15 de enero 2001.

<sup>23</sup> O así me lo parecía (GUZMAN ZAPATER, M. "Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales", *RGCE*, (10), 2001, pp. 405-438; "Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación", *RGDE* (21), 2010, pp. 1-35).

<sup>24</sup> Cuestión que he tratado en "Sobre la codificación del Derecho internacional privado por la Unión Europea", *Sociedad, Extranjería y otros estudios Histórico-Jurídicos. Libro Homenaje a la profesora Consuelo Maqueda*, Iustel 2015, pp. 241-250.

intervenido o autorizado por una autoridad de Estado miembro-, el R 2016/1119<sup>25</sup> aunque imponga a las autoridades de los Estados miembros el deber de aceptar como válidos los documentos procedentes de otros Estados miembros, se limita a otorgar a los documentos contemplados dentro de su ámbito un valor probatorio. Pero no sirven, por ejemplo, como títulos de acceso a un registro civil<sup>26</sup>. Falla la confianza en lo actuado fuera.

Y es que la idea de fondo es que el reconocimiento mutuo funciona correctamente en el plano de las Libertades basadas en la confianza mutua en lo actuado por las autoridades de los demás Estados miembros. Y funciona para el reconocimiento del estatus a los fines de la libre circulación, pero no de sus efectos<sup>27</sup>. Las resistencias se concretan en última instancia, en el temor a la eliminación de la cláusula de orden público como última palanca de control<sup>28</sup>.

4. Otro aspecto interesante desde la óptica del conflicto de leyes es verificar el efecto disolvente que el reconocimiento mutuo en estado puro ejerce sobre algunos de los problemas de aplicación del método conflictual, poniendo de manifiesto su carácter alternativo al método conflictual. La extrapolación de esta jurisprudencia al reconocimiento de efectos civiles a situaciones creadas en el extranjero incide en la calificación, el fraude, la adaptación y el orden público. 1º) El TJ zanja la cuestión de la *calificación* al dar a la noción de cónyuge un significado autónomo a los fines del derecho de residencia<sup>29</sup>, a diferencia de lo que ocurriría si se trata de calificar la noción de “miembro de la familia” que requeriría una remisión a la legislación del Estado miembro al que esa persona pretende desplazarse, conforme al art. 2.2. b)<sup>30</sup>. 2º) No se plantea siquiera la posibilidad de *fraude* que cristalizaría en el supuesto desplazamiento del nacional UE a país distinto a los fines de contraer matrimonio sorteando la prohibición vigente en el país de su nacionalidad. 3º) El TJ prescinde de la *adaptación*, concebido como expediente de aplicación de la norma de conflicto que puede facilitar la continuidad de las relaciones personales y familiares (y no familiares). Asumida la condición de cónyuge de quien está unido por matrimonio a una persona del mismo sexo, evita responder a la tercera y cuarta preguntas prejudiciales en las que el juez nacional planteaba precisamente la posibilidad de hacer una adaptación entre el concepto de cónyuge en un matrimonio del mismo sexo y las nociones de “otro miembro de la familia”

<sup>25</sup> Vid. Reglamento UE 2016/1119 (COD), del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento UE n° 1024/2012. GUZMAN ZAPATER, M. “La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo”, *Revista General Derecho Europeo*, 2017, (1).

<sup>26</sup> Aunque el Libro Verde que lo precedió contemplada el reconocimiento mutuo como la opción más deseable para facilitar el reconocimiento del estado civil (*vid. Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de las certificaciones de estado civil*, presentado por la Comisión Europea el 14 diciembre 2010, *Doc COM (2010) 747 final*).

<sup>27</sup> Cf. PFEIFF, S. *La portabilité...*, *cit.* p. 352; excepcionalmente, creo que solo la STJ en el as. C-336/94, *Dafeki*, de 2 diciembre 1997, ha admitido la acción del reconocimiento mutuo acerca de una certificación registral extranjera.

<sup>28</sup> Vid. WELLER, “Mutual trust...” *cit.* pp. 14-15.

<sup>29</sup> Aps. 34 “el concepto de cónyuge...designa a una persona unida a otra por vínculo matrimonial”; ap. 35: “es neutro desde el punto de vista del género”.

<sup>30</sup> Ap. 36.

o como “pareja con la que el ciudadano de la UE mantiene una relación estable debidamente probada”, utilizadas por la Directiva 2004/38. Al soslayo de las posibilidades abiertas por la adaptación el TJ prescinde de un instrumento útil frente a diferencias conciliables<sup>31</sup>. 4º) Finalmente, y en clave de subordinación del método conflictual a los fines de la integración, hay que entender que en la sentencia objeto de esta nota se proceda a la reinterpretación de la *cláusula de orden público* como excepción a la Libre circulación de las personas. Es doctrina asentada que las restricciones a la libertad de circulación deben responder a un interés general al tiempo que ser proporcionales al fin perseguido<sup>32</sup>. Como quiera que en sus Observaciones algunos Estados miembros habrían intentado preservar la prohibición nacional al amparo de la cláusula de orden público, el TJ se pronuncia afirmando que “...el concepto de orden público como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no puede determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las Instituciones de la Unión”<sup>33</sup>. Lo cual impide que las autoridades rumanas preserven la coherencia interna de su sistema jurídico y a la postre, su concepción acerca del concepto de familia. Ciertamente es que, como ya se ha indicado, siendo el estado civil competencia de los Estados miembros éstos pueden ejercer su competencia dentro de los límites que impone el Derecho de la Unión. Pero el resultado es que si hasta tiempos recientes hemos venido entendiendo que el contenido de la cláusula de orden público es esencialmente nacional, esta jurisprudencia pone de manifiesto la subordinación del contenido de la cláusula de orden público a los fines de la integración.

5. Para la aplicación del DIPr la consecuencia inmediata es que este concepto de cónyuge “*neutro desde el punto de vista del género*” debe tener repercusiones en cuanto a la aplicación de los Reglamentos 1259/2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial y el R 1103/2016 sobre regímenes económicos matrimoniales en los que falta toda referencia a la noción de matrimonio.

En distinto plano ese derecho fundamental a la continuidad del estado civil, que se apuntala en la jurisprudencia del TEDH y del que se hace eco el TJ, no lleva el camino de cristalizar, al menos en los sectores en los que las diferencias normativas son radicales porque la contradicción en los valores subyacentes también lo es. Y el matrimonio entre personas del mismo sexo es exponente paradigmático. En el terreno de las hipótesis ¿qué aportaría una norma de conflicto uniforme en materia de matrimonio? Sin duda reducir la diversidad dado que todas las autoridades de los Estados miembros aplicarían el derecho designado por la norma de conflicto uniforme y por tanto un mismo derecho material. Suscitada la cuestión de la validez del matrimonio ante las autoridades de los

---

<sup>31</sup> En la práctica se ha recurrido a la adaptación en relación con los matrimonios poligámicos, para facilitar la entrada en territorio español y con mayor o menor fortuna, el orden público atenuado para reconocer uno de sus efectos, a saber, el derecho a percibir una pensión de viudedad (*vid.* JIMENEZ BLANCO, P. “Movilidad transfronteriza de las personas...”, *cit.* p. 18).

<sup>32</sup> La necesidad y proporcionalidad de la medida son los motivos que permiten la subsistencia de los obstáculos nacionales (*vid.* p. ej. *Comunicación de la Comisión relativa a la circulación transfronteriza de servicios*, de 9 de diciembre de 1993, *DOCE* C-334, pp. 3 y ss.).

<sup>33</sup> Ap. 44. Tampoco es nuevo este límite (*cf.* as C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorf*, STJ de 2 de junio 2016, ap. 67; as. C-193/16, de 13 de julio 2017, *E. Subdelegación Gobierno de Álava*, ap.18).

Estados miembros todas utilizarían los mismos criterios. Pero cuestiones importantes seguirían abiertas: ¿Qué punto de conexión escoger? ¿Lugar de celebración del matrimonio o lugar del registro?, lugares que pueden ser escogidos o buscados por los interesados.



## ASPECTOS REGISTRALES DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL (A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 6 DE JUNIO DE 2018)

Iván Heredia Cervantes\*

### I. CUESTIONES PREVIAS

La DGRN se enfrenta en su Resolución de 6 de junio de 2018 a un supuesto de traslado de domicilio de una sociedad extranjera a España<sup>1</sup>. El Centro Directivo se debe ocupar, por tanto, de una cuestión de especial actualidad, no sólo por su cada día mayor relevancia práctica y por el amplio elenco de resoluciones del TJUE que lo han abordado y del que la Sentencia Polbud (C-106/16) es el último exponente, sino porque es una de las cuestiones de mayor relevancia dentro del denominado “Paquete sobre el Derecho de Sociedades”, actualmente en tramitación. En concreto, junto a una nueva directiva que regulará el uso de las herramientas digitales en el ámbito societario (fundamentalmente en lo relativo a la creación de empresas en línea y a la interconexión de los registros mercantiles), se prevé una modificación de la Directiva 2017/1132 UE, en materia de transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas que entre otros aspectos, introducirá reglas comunes para los cambios de sede intracomunitarios. Advierto desde ahora que el supuesto resuelto por la DGRN no encontraría encaje futuro en este nuevo marco normativo, en la medida en que tiene su origen en un traslado a España de un país tercero como Panamá.

Lo primero que debe quedar claro al enfrentarse a cualquier supuesto de traslado internacional de domicilio es que las consecuencias que se derivan de este tipo de situaciones no se limitan simplemente a una modificación del país en el que formalmente se encuentra inscrito el domicilio registral de la sociedad. Las sociedades, y en general toda persona jurídica, son creaciones o “criaturas” del Derecho, que existen únicamente bajo la cobertura de un determinado Derecho nacional (la *lex societatis*), que es el que regula con carácter general la totalidad de aspectos internos y externos del contrato de sociedad (el llamado con mayor o menor rigor “estatuto personal” de las personas jurídicas). Por tanto, en la medida en que la práctica totalidad de ordenamientos consideran que la *lex societatis* es la ley del domicilio de la sociedad, un traslado internacional del domicilio lo que supone es un cambio de *lex societatis* y, por tanto, un cambio en el ordenamiento nacional que regulará las diferentes cuestiones que engloba el estatuto societario. Esta circunstancia supone que, en la práctica, una operación de traslado social transfronterizo implica una auténtica transformación de la sociedad, tal y como se asume ya en la mencionada Propuesta de Modificación de la Directiva 2017/1132, en la que se recurre al término “transformaciones transfronterizas” para referirse a estas operaciones.

---

\* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>1</sup> BOE núm. 153, de 25 de junio de 2018.

La problemática jurídica que se suscita en los supuestos de reestructuración societaria por cambio de la *lex societatis* se manifiestan en dos planos diferentes: el conflictual y el material<sup>2</sup>.

Por lo que se refiere al plano conflictual, en los supuestos de traslados de una sociedad extranjera a España, la cuestión que se plantea es la determinación de la ley aplicable al traslado de domicilio social. Dicho de otro modo, ¿qué ordenamiento nacional determina los presupuestos, requisitos y efectos del traslado de domicilio? Y la respuesta es evidente: deberán aplicarse ambos ordenamientos, de forma *distributiva*, tal y como la DGRN ha venido señalando en su doctrina reiteradamente (*vid. vgr.*, Resolución de 4 de febrero de 2000). De un lado, la ley del Estado de origen de la sociedad deberá determinar si y bajo qué condiciones las sociedades domiciliadas en ese Estado pueden trasladar su domicilio al extranjero cuando ello suponga el sometimiento de dicha sociedad a un ordenamiento diferente (cuando la sociedad pierde la nacionalidad del Estado de origen). Por su parte, el ordenamiento del Estado de destino se encargará de determinar si una sociedad extranjera puede trasladar su domicilio a ese Estado y quedar sometida a su normativa societaria. Por supuesto, será necesario además que ambos ordenamientos (el de origen y el de destino) permitan el cambio de domicilio de un Estado a otro –y por ende, el cambio de *lex societatis*- sin que ello implique la pérdida de la personalidad jurídica.

En cuanto al plano material, en el Derecho español la normativa sustantiva específica sobre traslado internacional del domicilio de sociedades se ubica en los artículos 92-103 LME y, dentro de la normativa registral, en los artículos 160-163 y 309 RRM. Y la respuesta de nuestro ordenamiento a la cuestión inicial, es decir, a si se admite la emigración de sociedades tanto de España al extranjero como del extranjero a España es afirmativa. En el caso del traslado del domicilio de sociedades dentro del Espacio Económico Europeo esta posibilidad viene impuesta además por la jurisprudencia del TJUE.

Los requisitos relativos a la emigración de sociedades españolas al extranjero se recogen de forma muy detallada en los artículos 95-103 LME. Se exige, en concreto, un “Proyecto de Traslado” que debe incluir: la denominación y domicilio de la sociedad, los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil, el nuevo domicilio social propuesto, los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social, el calendario previsto para el traslado y los derechos previstos para la protección de los socios, de los acreedores y de los trabajadores. Al proyecto de traslado debe acompañarse un informe en el que se expliquen y justifiquen los aspectos jurídicos y económicos del traslado y las consecuencias que supondrá para los trabajadores, socios y acreedores. El artículo 97 LME requiere, por su parte, la aprobación del traslado por la junta de socios, con el cumplimiento de los requisitos y formalidades contemplados para el tipo societario del que se trate, mientras que el artículo 98 LME exige además una serie de requisitos relativos a la convocatoria

---

<sup>2</sup> *Vid.* con más detalle, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, 4ª Ed., Cívitas, Madrid, 2017, págs. 345-348.

de la junta y al derecho de información. Finalmente, los artículos 99 y 100 LME establecen, respectivamente, sendos derechos de separación para los socios y acreedores disconformes con el traslado, algo absolutamente lógico si se tiene en cuenta que como ya se ha señalado, el traslado internacional de domicilio supone un cambio de la *lex societatis* y, por tanto, una modificación sobrevenida de las condiciones en las que los “steakholders” se relacionaban con la sociedad. En cuanto a los artículos 160-163 RRM, su finalidad consiste, básicamente, en la acreditación en sede registral del cumplimiento de los requisitos antes mencionados.

Por el contrario, la normativa material relativa al traslado a España de una sociedad extranjera (artículo 94 LME) es mucho menos extensa y se limita a indicar que deberán cumplirse los requisitos que impone el Derecho español para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente. El artículo 94.1 I RRM impone además en el caso de traslado a España de sociedades domiciliadas fuera del Espacio Económico Europeo, la justificación con informe de experto independiente de que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido por el Derecho español. Con relación a este último punto, la doctrina considera que lo que se debe controlar en este caso no es la cobertura patrimonial del capital mínimo, sino toda la cifra de capital estatutario, en la medida en que es la regla general para la constitución de las sociedades españolas<sup>3</sup>. A lo señalado por el artículo 94 LME deben añadirse además los requisitos impuestos por el artículo 309 RRM. Según el apartado 1º de este precepto, en el caso de traslado de una sociedad extranjera a España deberán hacerse constar en la primera inscripción de la sociedad en el Registro español todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes en el Registro extranjero. Dicha inscripción deberá practicarse mediante certificación literal o el traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero (veremos a continuación, no obstante, que precisamente en la Resolución que estamos analizando, la DGRN limita el alcance de este requisito al poner su contenido en relación con el artículo 94 LME). Además, el apartado 2º del artículo 309 exige también el depósito simultáneo en el Registro Mercantil de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio terminado de la sociedad que pretende trasladarse a España.

## **II. LAS CUESTIONES ANALIZADAS POR LA DGRN**

La Resolución de la DGRN de 6 de junio de 2018 se enfrenta, como ya se ha avanzado, a la inscripción del traslado a España de una sociedad panameña. El registrador denegó la inscripción invocando un amplio elenco de defectos, varios de los cuales fueron finalmente subsanados.

De este modo, una vez acreditado ante el registrador que el ordenamiento panameño permite el traslado de sociedades al extranjero sin extinción de la personalidad jurídica, tal y como exige el artículo 94.2 LME, la DGRN debe pronunciarse en primer lugar sobre

---

<sup>3</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “El traslado internacional de domicilio social: novedades jurisprudenciales y legislativas”, *Notario del Siglo XXI*, núm. 80, 2017, págs. 144-148, p. 145.

un posible defecto invocado en la calificación, basado en la exigencia contemplada en el artículo 94.1 II *in fine* LME, según el cual, la sociedad extranjera deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente. En concreto, el problema se plantea con la acreditación del capital social de la entidad extranjera como consecuencia de la diferente cantidad que consta en los estatutos que acompañan a la escritura de traslado internacional de domicilio presentada y en la escritura panameña de constitución de la sociedad. Dicha divergencia es subsanada mediante el certificado emitido por el socio único, que fija dicha cantidad en la reflejada inicialmente en la escritura panameña de constitución. Sin embargo, al no coincidir tal cantidad con la que consta en las cuentas anuales de la sociedad, que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 309.2 RRM deben ser depositadas de forma simultánea con la primera inscripción, la DGRN decide no estimar el recurso en lo relativo a esta cuestión concreta en la medida en que el contenido del Registro Mercantil no puede proclamar simultáneamente dos cifras de capital distintas.

La segunda cuestión analizada por la DGRN se centra en la exigencia contemplada en el artículo 309.1 RRM. Según este precepto *“deberán constar en la primera inscripción de la sociedad extranjera que traslada su domicilio a España todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes en el Registro extranjero”* y más en concreto, en la necesidad de que dicha inscripción deba practicarse en virtud de *“certificación literal o traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero”*. A diferencia del anterior motivo de denegación, en este caso, la DGRN da la razón al recurrente.

El problema concreto al que debe dar respuesta la Resolución es si podía considerarse como “literal” una certificación del Registro de Panamá aportado ante el registrador y denominado “historial de la sociedad”, en el que, entre otros datos, y al margen de constar su fecha de expedición, se hacía referencia a la fecha de la solicitud, los datos de la sociedad (denominación, número de folio, estado vigente de la sociedad, domicilio, duración, capital social), directores y dignatarios vigentes y se dejaba constancia de que se autorizó mediante escritura otorgada en Panamá la continuación de la sociedad en territorio español. Junto a esta certificación, en el mismo acta se había protocolizado copia de la escritura autorizada en ciudad de Panamá en virtud de la cual la reunión de accionistas acordó la continuación de operaciones en España. Es más, en el acta constaba incluso un documento del Registro panameño debidamente apostillado denominado “de constancia de inscripción” en el que, entre otros datos, se hace constar el siguiente dato: *“Redomicilio. Continuación de sociedad a otra jurisdicción”*. Sin embargo, para el registrador todos estos documentos no son suficientes e invoca para denegar la inscripción, no sólo el artículo 309 RRM, sino también el 11, que proclama el principio de tracto sucesivo en el ámbito del Registro Mercantil, así como la ya mencionada Resolución de la DGRN de 4 de febrero de 2000.

La DGRN, difiere del criterio del Registrador. En primer lugar, considera que el artículo 309 RRM no exige la aportación de una certificación literal de la totalidad del historial jurídico de la sociedad sino exclusivamente de aquellos actos que se encuentren vigentes en el Registro extranjero y que *además* sean de consignación obligatoria conforme a la

normativa española con la finalidad de practicar la inscripción de traslado. Pero además, la Resolución aprovecha para “depurar” el contenido del artículo 309 RRM, tal y como ya había demandado algún autor<sup>4</sup>, al recordar la necesidad de ponerlo en relación con el artículo 94 LME, que se limita a exigir que la sociedad trasladada deba “*cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente*”. Ello supone, a juicio de la DGRN, que en la medida en que se acredite la existencia de la sociedad extranjera por certificación o traslado del Registro extranjero y el cumplimiento de los requisitos del tipo social de forma coherente con lo estipulado en el ordenamiento español (y más en concreto, en los artículos 22 y 23 de la Ley de Sociedades de Capital), se podrá practicar la inscripción siempre que se acompañe el ejemplar de las cuentas anuales a que se refiere el artículo 309.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Y para la DGRN, en la medida en que el artículo 94.1 LME estipula que el traslado de una sociedad extranjera a España se lleve a cabo acreditando el cumplimiento de los requisitos requeridos por la normativa española para la constitución del tipo social escogido, carecerá de sentido la exigencia de que el traslado o certificado extranjero los recoja cuando la documentación presentada en el Registro cumpla ya estos requisitos. Para la DGRN esto es precisamente lo que sucede en el presente supuesto, donde, por un lado, consta ya a través de la certificación registral panameña la existencia de la sociedad, y por otro, se acredita a través de la presentación complementaria presentada el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación española para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en términos tales que resultan coherentes con la legislación española.

Otro de los defectos alegados por el registrador en la nota de calificación tiene su origen en la exigencia por parte del Derecho panameño de que se acredite que la sociedad que traslada su domicilio al extranjero realmente mantiene su existencia en el nuevo Estado. En concreto, el ordenamiento de Panamá exige, entre otros documentos, que se aporte en menos de seis meses una certificación del registro extranjero (en este caso del Registro español) o copia certificado, donde conste que la Sociedad ha efectuado su continuidad en el nuevo Estado. Como puede comprobarse este nuevo defecto alegado por el registrador pertenece a un plano diferente a los anteriores, ya que ahora no se trata de determinar si con el traslado se han cumplido los requisitos contemplados en el ordenamiento español como Estado de destino de la sociedad, sino si se han verificado las condiciones que el ordenamiento del Estado de origen impone a las sociedades nacionales que quieren trasladar su domicilio al extranjero.

La DGRN de nuevo discrepa del criterio del Registrador y estima también el recurso en este punto. Según la Resolución, el registrador español, dentro de su función calificadora tiene competencia para valorar la aplicación del Derecho sustantivo extranjero en todo aquello que se refiera a la válida adopción del acuerdo de traslado de domicilio, cambio de nacionalidad o de estatuto personal, en su caso, y adaptación de estatutos a la ley española. Sin embargo, según el Centro Directivo, dicha competencia no se extendería al cumplimiento de las reglas del Estado de origen para llevar a cabo las inscripciones que

---

<sup>4</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, S., “El traslado ...”, *op. cit.*, pp. 145-146.

correspondan en sus libros al ser esta una cuestión sujeta al ordenamiento del Estado de origen.

A diferencia de lo que acontece con el anterior defecto, la posición que adopta la DGRN a la hora de dar respuesta a esta cuestión quizás resulta excesivamente forzado, al igual que lo es la cita que realiza a la Resolución de 27 de febrero de 2014. El registrador está obligado a constatar si se han cumplido los requisitos impuestos por el ordenamiento del Estado de origen para el traslado al extranjero de las sociedades que tengan la nacionalidad de su Estado, y tales requisitos pueden ser de índole registral, por lo que, al menos en principio, es cierto que debería verificar su cumplimiento. No obstante, la solución que alcanza la Resolución resulta perfectamente comprensible. Recuérdese que el requisito del Derecho panameño cuyo cumplimiento se debía acreditar era la aportación ante el Registro de ese Estado de una certificación registral española que acreditara que la sociedad continuaba su existencia en España. Pues bien, difícilmente se podrá presentar tal certificación del registro español si este a su vez condiciona la inscripción en España al cumplimiento del mencionado requisito contemplado en el ordenamiento panameño. Y por ello, la DGRN decide romper este auténtico “círculo vicioso” a la luz de una lógica que subyace e inspira toda la Resolución, y que se invoca de forma expresa a continuación, al revocar el último de los defectos alegados en la calificación (que se basaba en una divergencia en la fecha en la que el socio único y administrador presta su consentimiento para el traslado de la sociedad a España). En concreto, la Dirección General recurre a *“la necesaria flexibilidad que debe presidir un procedimiento en el que la aplicación simultánea de dos órdenes legales distintos aconseja un criterio de prudencia a fin de no frustrar el legítimo interés del interesado”*.

### III. VALORACIÓN FINAL

Una idea a tener en cuenta a la hora de abordar un supuesto de traslado internacional de domicilio es que las normas que regulan este tipo de operaciones responden a una lógica eminentemente facilitadora. En principio sería posible obtener el mismo resultado que se persigue con el traslado de domicilio transfronterizo mediante la disolución de la sociedad y la adjudicación del patrimonio social a los socios para que después lo aporte a la nueva sociedad extranjera. Sin embargo, a través de una operación de traslado internacional de domicilio se pretende recurrir a un mecanismo de reorganización empresarial que, además de garantizar el mantenimiento de la personalidad jurídica, simplifique los trámites a realizar, tanto desde la perspectiva del Estado de origen (en general, no se exige cumplir los requisitos que los ordenamientos nacionales exigen para los supuestos de disolución y liquidación), como desde la del Estado de destino (que reconocerá un elenco de relaciones jurídicas constituidas de acuerdo al ordenamiento de otro Estado y que establecerá requisitos para la “importación” de la sociedad extranjera menos exigentes que para la constitución *ex novo* de una nueva).

La Resolución de 6 de junio de 2018 asume, como ya hemos visto, la “lógica facilitadora” descrita y realiza una interpretación flexible de los requisitos legales a los que se somete el traslado de sociedades extranjeras a España. La DGRN, como ya se ha indicado, es

perfectamente consciente de las dificultades que se derivan de la necesidad de operar conjuntamente con dos ordenamientos –el de origen y el de destino de la sociedad- y adopta por tanto una posición que huye de rigidices formales con el objetivo de adaptar la normativa registral a los objetivos perseguidos por la regulación sustantiva.

## COMPETENCIA PARA EXPEDIR EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO EN EL AUTO DE LA AP DE BARCELONA DE 5 DE JULIO DE 2018

Albert Font i Segura\*

### I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 2018<sup>1</sup> constituye, a nuestro conocimiento, la primera resolución judicial dictada en España en aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (RS).

La controversia litigiosa nace de un supuesto que confirma la manida frase de que la realidad supera la ficción. En efecto, las diferencias se suscitan respecto de la sucesión de un ciudadano ruso, cuya residencia habitual no queda establecida en el auto, que fallece sin haber otorgado testamento poseyendo bienes en distintos países -Andorra, España, Letonia, Montenegro y Rusia- y habiéndole sobrevivido sus progenitores y cuatro hijos menores de edad habidos con cuatro mujeres distintas, sin que conste que hubiera vínculo conyugal con ninguna de ellas. La complejidad del supuesto y los intereses contrapuestos determinan que se expida, por una parte, un certificado sucesorio en Rusia y, por otra, un certificado sucesorio europeo (CSE) en Letonia, con un contenido substancialmente distinto dado que del relato de la solicitante puede inferirse que conforme al certificado sucesorio ruso se aplica la ley rusa por la que heredan por igual los progenitores, los descendientes del fallecido y el cónyuge sobreviviente, si bien no consta que el causante mantuviera al fallecer ningún vínculo conyugal; mientras que de acuerdo con el CSE emitido en Letonia se aplica la ley letona en virtud de la cual heredan los hijos del causante.

En esta tesitura, el pronunciamiento de los tribunales españoles proviene de la solicitud de medidas cautelares por parte de la madre del causante “*Alegando que existe un riesgo real de que en España pueda ser aceptada la herencia en base a un título nulo y contrario a la legislación europea*”, refiriéndose al CSE emitido en Riga en el que se declara la cualidad de herederos a los cuatro hijos del causante, e invocando la aplicación de la ley rusa que, como ya se ha dicho, considera herederos en el mismo grado a los hijos, a los padres y al cónyuge del causante a partes iguales. La solicitud de medidas cautelares se efectúa para asegurar la integridad del patrimonio hereditario y que no se entregue a ninguno de los herederos ninguno de los bienes situados en territorio español. La petición

---

\* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la *Universitat Pompeu Fabra* de Barcelona.

<sup>1</sup> ECLI:ES:APB:2018:4133A, Sección n° 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil, Ponente: ANA M<sup>a</sup>. NINOT MARTÍNEZ.



se realiza mientras no se resuelvan los procedimientos hereditarios en Rusia y el procedimiento de anulación del certificado letón cuyo trámite ha iniciado la solicitante.

El entramado de autoridades potencialmente competentes y de leyes eventualmente aplicables explica los movimientos estratégicos que se realizan en el presente caso. La petición formulada por la madre del causante, y de forma congruente también el fallo dispositivo de la resolución comentada, se circunscribe a la adopción de medidas cautelares, pero tanto en la solicitud como en la resolución adoptada en Primera instancia como en el auto comentado se alude indirectamente a la competencia para expedirlo. Esta última cuestión será, de entre la variedad que suscita este caso, la que analizaremos en esta nota.

## II. CUESTIONES EN TORNO A LA COMPETENCIA PARA EXPEDIR EL CSE

La resolución que es objeto de la presente nota no proporciona datos suficientes sobre los criterios que fundan la competencia de la autoridad letona emisora del CSE, pero puede advertirse cómo una correcta aplicación del RS garantiza el cumplimiento del principio de confianza mutua. Así, correctamente, el tribunal español, sin controlar la competencia de las autoridades letonas, remite a la instante a hacer valer la presunta nulidad del CSE ante la autoridad emisora siguiendo el sistema previsto en el RS. No obstante, esta nota va a jugar con los criterios que hipotéticamente hubieran podido atribuir la competencia a las autoridades letonas para apuntar algunas de las dudas que suscita el RS. Hay que precisar con antelación que el auto, aparte de no aclarar dónde tenía la residencia habitual el causante al fallecer, tampoco detalla la naturaleza ni la relevancia económica de los bienes situados en los distintos países en los que se encuentra la masa hereditaria, estableciendo simplemente que poseía “bienes inmuebles, cuentas y cajas bancarias, vehículos y otros bienes” en los cuatro países aludidos. Desconocemos igualmente si el causante eligió la ley aplicable a su sucesión. Todas estas son cuestiones determinantes para establecer la competencia para expedir un CSE.

La competencia para expedir el CSE, sea por parte de una autoridad judicial o por parte de otra autoridad ante la cual quepa sustanciar una sucesión por causa de muerte de acuerdo con el Derecho nacional, queda prevista en los artículos 4 (foro de la residencia habitual del causante), 7 (foro de la nacionalidad del causante cuya ley ha sido elegida), 10 (foro del lugar de situación de los bienes) u 11 (foro de necesidad), por remisión del artículo 64 RS. Podemos presumir al menos como hipótesis que el causante no ejerció la *professio iuris*, dado el cariz del asunto y la actuación de las partes, así como que falleció sin ordenar voluntariamente su sucesión. De esta manera, cabría descartar la aplicación del artículo 7 al prever una atribución de competencia vinculada a la elección de ley de un Estado miembro cuya nacionalidad poseyera el causante, sea en el momento de realizar la elección sea en el momento del fallecimiento. La aplicación del párrafo 2º del artículo 10 RS también puede ser rechazada ya que contempla una atribución de competencia a las autoridades del Estado miembro basada en el lugar en el que se encuentren los bienes de la herencia, pero limitándola únicamente a los bienes situados en ese Estado miembro. En efecto, no tendría sentido que se solicitaran medidas cautelares en relación a los bienes

situados en España si el CSE expedido en Letonia únicamente tuviera efectos respecto de los bienes que se encuentren en Letonia<sup>2</sup>. Igualmente puede objetarse la aplicación del artículo 11 dado que resulta evidente que se ha iniciado un proceso en un tercer Estado, Rusia, de modo que no se dan las condiciones para que la competencia de las autoridades letonas pudiera fundarse en esta disposición. Siendo esto así las reglas de competencia para que las autoridades letonas pudieran emitir el CSE se reducirían a dos, el artículo 4 RS o bien el artículo 10.1 RS. De este modo, las autoridades letonas o bien eran competentes porque el difunto tenía su residencia habitual en ese país o bien lo eran porque, sin tener la residencia habitual en un Estado miembro, tenía bienes de la herencia en ese país y la nacionalidad letona o, en su defecto, tenía bienes de la herencia en ese país y había tenido previamente su residencia habitual en el mismo, siempre que no hubieran transcurrido más de cinco años desde el cambio de residencia habitual en el momento en el que se sometió el asunto a las autoridades letonas.

Por consiguiente, la determinación de la residencia habitual en el momento de fallecer<sup>3</sup> debió de ser el primer aspecto a considerar por las autoridades letonas, a fin de establecer, en caso de que no la tuviera en Letonia, si la tenía en otro Estado miembro, y si no, si la tenía en un Estado no miembro. Este orden en la apreciación de la competencia para expedir el CSE debe ser, a mi juicio, jerárquico, y por tanto una atribución única y no concurrente<sup>4</sup>, y comportar una comprobación de oficio de la competencia.

El TJUE no se ha pronunciado sobre esta cuestión, pero podría deducirse de una interpretación sistemática y finalista acorde con la visión ofrecida por el TJUE en la reciente sentencia de 21 de junio de 2018, as. C-20/17, *Oberle*<sup>5</sup>. El Tribunal de Luxemburgo concluye, como lo hizo anteriormente el Abogado General<sup>6</sup>, que el criterio de la residencia habitual previsto en el artículo 4 RS para atribuir la competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión impide la aplicación de la normativa interna para

---

<sup>2</sup> Lo cierto es que fundar la competencia en el art. 10.2 RS para emitir el CSE no tiene mucho sentido si tenemos presente que, en virtud del art. 62.1 RS, la creación del CSE está destinada a hacer valer los efectos del título previstos en el art. 69 “en otro Estado miembro”. Si el contenido del CSE se va a limitar exclusivamente a los bienes situados en un solo Estado miembro, difícilmente se va a hacer valer o va a “ser utilizado en otro Estado miembro”, salvo que se quiera invocar como título que acredite frente a terceros acreedores en otro Estado miembro la cualidad de heredero, legatario con derechos directos en la herencia o ejecutor testamentario o administrador de la herencia.

<sup>3</sup> Circunstancia que imaginamos que no debió ser fácil de concretar dada la vida, suponemos que ajetreada, que debió llevar el causante. En realidad, las sucesiones transfronterizas suscitan, en ocasiones, este tipo de dificultades, véase por ejemplo la SAP IB de 4 de mayo de 2016, ECLI:ES:APIB:2016:734, para determinar si el causante, cuya vida tampoco debió ser rutinaria, ostentaba la nacionalidad española cuya eventual pérdida dependía de su residencia habitual por haber adquirido otra nacionalidad.

<sup>4</sup> Siguiendo el criterio de la competencia única en base a una prelación en los criterios de atribución, véase, entre otros, CALVO VIDAL, I., *El certificado sucesorio europeo*, La Ley, 2015, p. 110 o JIMÉNEZ GALLEGU, C., *Un comentario notarial. El Reglamento Sucesorio Europeo*, CGN, Madrid, 2016, pp. 102-104. Véase en cambio CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, 1, pp. 41-42 que se inclina por la tesis de la competencia concurrente, igualmente BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo”, *La Ley*, 4913, 2015, III.3.B. distinguiendo por la función, jurisdiccional o no.

<sup>5</sup> ECLI:EU:C:2018:485.

<sup>6</sup> ECLI:EU:C:2018:89.

expedir el certificado sucesorio nacional cuando el causante tenía la residencia habitual en otro Estado miembro. En otras palabras, el artículo 4 RS se aplica también para la expedición de los certificados sucesorios nacionales, y no solo para determinar la competencia para expedir el CSE, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 64. Por consiguiente, en una sucesión transfronteriza, únicamente las autoridades del Estado miembro competentes en virtud del RS para adoptar el CSE podrán emitir certificados nacionales. Obsérvese que la STJUE dictada en el caso *Oberle* parte de un supuesto en el que no se había emitido CSE, lo que significa que, aun en el caso de que se opte por no solicitar la expedición del CSE, las autoridades nacionales quedarán sujetas por las reglas de competencia del RS para emitir los certificados sucesorios nacionales. Por consiguiente, la STJUE supone que o bien se solicita el título europeo a la autoridad competente en virtud del RS, cuya eficacia va a ser directa en todos los EEMM sujetos al RS -como recuerda la AP de Barcelona en el FJ 2º del Auto comentado-, o bien se solicita a la autoridad competente en virtud del RS el certificado sucesorio nacional, cuya eficacia estará sometida a las reglas establecidas en el RS sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones o sobre aceptación de documentos públicos, dependiendo de la cualidad que posea el título nacional. Lógicamente el CSE presenta un valor añadido innegable y obliga a las autoridades de los EEMM que no tienen atribuida la competencia a facilitar el despliegue de los efectos que se le reconocen en el artículo 69 RS.

La STJUE citada puede ser proyectada sobre la cuestión que nos planteábamos, esto es, ¿los criterios de competencia a los que remite el artículo 64 RS se aplican jerárquicamente? Y, ¿la autoridad competente para expedir el CSE comprueba de oficio su competencia conforme al artículo 15 RS? En mi opinión, tomando como pauta la argumentación del TJUE en el caso *Oberle*, la respuesta a ambas preguntas debería ser afirmativa. Primero porque si las autoridades nacionales quedan sujetas a las reglas de competencia del RS para expedir certificados nacionales, tanto más lo estarán para expedir un CSE. Si bien esta es una conclusión evidente que deriva del propio artículo 64 RS, vale la pena recordarla porque el caso *Oberle* es el resultado de una decidida apuesta por el CSE<sup>7</sup>. El sometimiento a las reglas de competencia del RS, tanto para la expedición del CSE como para los certificados sucesorios nacionales, garantiza una aplicación uniforme y evita la circulación de distintos certificados sucesorios, europeos y/o nacionales, en el territorio RS. Segundo porque la jerarquía en el orden de competencia, destinada a analizar si cabe aplicar primero el artículo 4 y, a falta de elección de ley, posteriormente el artículo 10, por falta de residencia habitual del finado en otro Estado miembro en el momento de su defunción, redundará en beneficio del criterio de concentración y consagra el principio de unidad que preside el RS. No debe olvidarse que el CSE es el instrumento que culmina, e incluso maximiza, la unificación obtenida en el RS tanto en el plano de las reglas de atribución de competencia como en el de las normas de conflicto. Aplicar criterios de competencia distintos, o en un orden diferente, supondría desbaratar un plan normativo que pasa por buscar coherencia y sintonía sistemáticas en la aplicación del Capítulo II y el Capítulo VI. Tercero porque si estas autoridades están

---

<sup>7</sup> TENA ARREGUI, R., “Algunas cuestiones prácticas sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al Reglamento de Sucesiones”, *El Notario del siglo XXI*, 2018, 80 (consultado en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-80/8777-alcunas-cuestiones-practicas-sobre-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-en-relacion-al-reglamento-de-sucesiones>).

sujetas a las reglas de competencia del RS, se infiere que están obligadas a una comprobación de la competencia, que se extiende no solo a los tribunales, en virtud del artículo 15, sino a cualquier otra autoridad competente para sustanciar sucesiones y, por lo tanto, también aquellas que lo son para expedir un CSE<sup>8</sup>, de otro modo se correría el riesgo de una multiplicidad de autoridades competentes. Posiblemente deberían ser estas mismas autoridades no jurisdiccionales ante las que se van a sustanciar la mayor parte de sucesiones, las que deberían auspiciar esta extensión del artículo 15 RS<sup>9</sup>.

Por ello, si, en lugar de haber solicitado las medidas cautelares, la madre del causante hubiera instado una declaración de herederos abintestato limitada a los bienes presentes en territorio español<sup>10</sup>, el notario -actuando en este caso en ejercicio de una función jurisdiccional a los efectos del RS, aún tratándose en el ámbito de la jurisdicción voluntaria<sup>11</sup>- hubiera quedado sujeto a las reglas de competencia del RS<sup>12</sup>, controlando su competencia para otorgar la correspondiente declaración de herederos abintestato, y expedir el CSE en caso de que se hubiera solicitado, solo si hubiera tenido atribuida la

<sup>8</sup> Véase WAUTELET, P., “Art. 64”, en BONOMI A. y WAUTELET, P., *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Thomson Reuters – Aranzadi, 2015, p. 626

<sup>9</sup> No en vano, DEVAUX, A., “The European Regulations on Succession of July 1012: A Path towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or Not”, *Int'l Law*, 2013, 47, p. 246, al referirse a la relevancia del CSE, afirma que “There is no doubt that it is time for notaries to become European actors of this change.”

<sup>10</sup> Debe aclararse, sin embargo, que la declaración de herederos abintestato no es, de acuerdo con el Derecho español, un certificado sucesorio, aunque sí es un certificado sucesorio nacional de acuerdo con la expresión asumida por el TJUE (en realidad, tampoco el Derecho francés posee propiamente un certificado sucesorio al estilo germánico o europeo). Véase I. Espiñeira Soto, “Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE”, 9-7-2018 (consultado en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-en-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-stjue/>).

<sup>11</sup> Pese a que España de acuerdo con el art. 78 RS comunicó a la Comisión que los notarios españoles, cuando actúan investidos de competencia jurisdiccional, deben ser incluidos en el concepto de Tribunal previsto en el artículo 3.2, no ha determinado en qué expedientes despliega esta función jurisdiccional. No obstante, la doctrina es prácticamente unánime respecto a la declaración de herederos abintestato, por todos véase BLANCO-MORALES LIMONES, P., *cit.*, *La Ley*, 4913, 2015, III.1 y 2. o FUGARDO ESTIVILL, J. *La declaración de herederos abintestato en la jurisdicción voluntaria, Sucesiones internas y transfronterizas*, Bosch Editor, Barcelona, 2016, pp. 202-206.

<sup>12</sup> No procede determinar la competencia internacional de los notarios españoles de acuerdo con las normas de competencia territorial previstas en el art. 55.1 LN. Tampoco creo que deba jugar el principio de libre elección, aun cuando el notario no ejerza una función jurisdiccional, para expedir el CSE (contra CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *cit.*, p. 42; FÉRNANDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “La jurisdicción voluntaria notarial en el contexto del Reglamento (UE) ° 650/2012”, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. y FERNÁNDEZ Y GARCÍA MÁZ, F.J. (coord.), *La jurisdicción voluntaria. Una apuesta por la eficacia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 114 y ss.; GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J., “Disposición final segunda en cuanto incorpora la Disposición final vigésima sexta de la LEC. Implementación del reglamento (UE) 650/2012: apartado 14”, en FÉRNANDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, coord., Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p. 759 y ss.). Sobre la articulación entre las normas del RS y las reglas de competencia territorial, con anterioridad a la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, véase CALVO VIDAL, I., *cit.*, p. 110. Otra cosa es la intervención notarial en las escrituras de partición y adjudicación de herencia formalizadas por acuerdo de los herederos, al poseer carácter extrajudicial y ser posible el principio de libre elección de acuerdo con el art. 3 RN (véase el considerando 29 RS).

competencia conforme al RS. Una declaración ceñida únicamente a los bienes que se encuentren el territorio en el que ejerce sus competencias la autoridad de un Estado miembro, solo se contempla en el ámbito del art. 10.2 RS.

Por último, cabe plantearse si la autoridad letona, como autoridad competente sobre la totalidad de la sucesión para expedir el CSE -sea en virtud del artículo 4 o del artículo 10.1 RS-, podría haber limitado su alcance exclusivamente a los bienes situados en territorio RS, en aplicación del artículo 12 RS, un precepto al que, sin embargo, no se remite el artículo 64 RS ni es mencionado en ninguna de las disposiciones del Capítulo VI. Si atendemos al uso para el que fue concebido el CSE, hacer valer los efectos enumerados en el artículo 69 RS en otro Estado miembro, no parece que esta posibilidad deba descartarse. No obstante, este argumento no puede invocarse para rechazar que, en cualquier caso, un CSE se expida sobre la totalidad de la sucesión puesto que tanto el artículo 4 como el 10.1 son claros respecto al alcance de la competencia. Además, el CSE es ante todo un título acreditativo e identificativo de la cualidad que tienen los sucesores, más que un título para determinar el contenido del patrimonio hereditario<sup>13</sup>, de modo que nunca puede ignorarse el efecto que pueda llegar a tener en un tercer Estado.

Con todo, el CSE puede ser objeto de anulación, tal como prevé el artículo 71 RS. En este supuesto la madre del causante, como persona que demuestra tener un interés legítimo y aun cuando no haya sido la persona que haya solicitado la expedición del CSE<sup>14</sup>, instó<sup>15</sup> la anulación por la existencia de hechos que invaliden el contenido del CSE por no responder a la realidad<sup>16</sup>. Posiblemente se argüiría que el causante tuvo su última residencia habitual en Rusia, lo que podría comportar la anulación del CSE habida cuenta de que la admisión de esta circunstancia determinaría que el CSE pudiera tener un nuevo contenido. No obstante, esta anulación no impediría necesariamente que las autoridades letonas pudieran expedir un nuevo CSE, puesto que podrían haber sido competentes *ex* artículo 10.1 RS, si se dieran las circunstancias previstas en el artículo 10.1.a) o, en su defecto, en la letra b) del mismo párrafo. En ese caso, sería de aplicación la ley rusa al ser la ley de la residencia habitual del causante al fallecer, salvo que la autoridad letona competente sobre la totalidad de la sucesión en virtud del artículo 10.1 RS considerara que, de forma excepcional, la ley más estrechamente vinculada con el causante al fallecer fuera la letona. Ahora bien, como bien se indica en el Auto, no es ante las autoridades españolas ante quien se debe pedir la nulidad del CSE, sino ante la autoridad letona emisora. Se consolida así el principio de unidad y concentración, al mismo tiempo que se impide un control sobre la competencia de las autoridades emisoras del CSE por autoridades de otro Estado miembro, lo que preserva la confianza mutua entre las autoridades implicadas.

---

<sup>13</sup> Invirtiendo el planteamiento efectuado por WAUTELET, P., “Art. 64”, *cit.*, p. 624.

<sup>14</sup> Véase WAUTELET, P., “Art. 71”, *cit.*, p. 697.

<sup>15</sup> El precepto prevé que la anulación se lleve a cabo de oficio por la autoridad emisora si se contempla en el Derecho nacional. Según el tenor del punto 14 de la Disposición final vigésima sexta de la LCJI, esta posibilidad no está prevista.

<sup>16</sup> O por la necesidad de tener que modificar numerosas menciones contenidas en el mismo.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

El Auto comentado presentada muchísimas cuestiones susceptibles de ser analizadas. Así, el rechazo a la adopción de medidas cautelares, posible en virtud del artículo 19 RS, en base a la falta de apariencia de buen derecho y el peligro de mora procesal daría para otro comentario. En efecto, puede cuestionarse la decisión de la AP de Barcelona puesto que su resolución es adoptada cuando tenía ya conocimiento de que se habían suspendido los efectos del CSE en aplicación del artículo 73 CSE<sup>17</sup>, desapareciendo en consecuencia el argumento sobre el que se sostenía la decisión adoptada en Primera instancia conforme al cual no se apreciaba la apariencia de buen derecho en la solicitud presentada. En Primera instancia se consideró, al contrario, que el *fumus bonis iuris* giraba directamente en contra de la petición debido a los efectos atribuidos al CSE y de la presunción de la que goza, al ser medio de prueba de los extremos acreditados en el mismo. No obstante, el artículo 71 RS es precisamente una vía por la que se cuestiona la presunción de veracidad del contenido del CSE. Así, si la pretensión de destruir la presunción prevista en el artículo 69.2 RS supone la suspensión de este efecto probatorio, solo cabe fundar la apariencia de buen derecho para la adopción de las medidas cautelares. En este sentido, parece evidente que hubiera sido preciso informar de los motivos por los que, según la peticionaria, el CSE era nulo. Entiéndase bien, no con el objeto de impugnar el CSE, sino con el propósito de convencer al juez de la apariencia de buen derecho. En otras palabras, justificar esta apariencia hubiera requerido alegar, además de justificar la presentación de la solicitud de anulación del CSE ante las autoridades letonas y de la suspensión de sus efectos, que la sucesión quedaba regida por el Derecho ruso y acreditar la ley rusa para poder invocar la condición de heredera que, junto con los hijos del difunto, presuntamente tenía la madre del mismo. Por otro lado, y en relación al peligro de mora procesal, debería valorarse si éste quedaría desactivado por la suspensión de los efectos del título europeo, como pone de manifiesto la AP de Barcelona, dado que la suspensión ya evita “*el cambio de titularidad de los bienes del causante y que se disponga de los mismos*”.

En definitiva, nos hemos limitado a plantear uno de los aspectos que genera dudas en relación al CSE, como es el relativo a la competencia para su expedición, lo que nos ha permitido apoyarnos en la STJUE de 21 de junio de 2018, as. C-20/17, *Oberle*. No obstante, la nota ha intentado poner de manifiesto que esta cuestión no está todavía completamente resuelta y que pueden plantearse nuevas cuestiones prejudiciales acerca de los criterios de atribución, del alcance la competencia atribuida o de la comprobación de la competencia. El principio de unidad y más singularmente la búsqueda de una coherencia entre la competencia atribuida a las autoridades que ejercen una función jurisdiccional y la atribuida a las autoridades que expidan el CSE, abogarían por una aplicación paralela de los criterios y mecanismos de ordenación de la competencia.

---

<sup>17</sup> La AP de Barcelona tiene conocimiento de ello porque se aporta el auto dictado por la autoridad judicial letona, lo que pone de manifiesto la oportunidad de que existiera un Registro europeo de CSE que evitaría que las autoridades de los Estados miembros tuvieran que depender de la información proporcionada por las partes. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *cit.*, p. 40 plantea también la oportunidad de que se cree un Registro europeo de CSE.

**LA ALEGACIÓN DE LA FALTA DE AUDIENCIA DE UNA MENOR COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE RETORNO: COMENTARIO A LA STS 469/2018, SALA DE LO CIVIL, DE 19 DE JULIO DE 2018**

**Idoia Otaegui Aizpurua\***

**I. ANTECEDENTES DE HECHO**

Los hechos de la sentencia objeto de comentario<sup>1</sup> son, sucintamente, los siguientes: dos ciudadanos húngaros, D. Casiano y Dña. Francisca, mantuvieron una relación sentimental durante casi diez años, de la que nació una niña, M<sup>a</sup>. Purificación. La familia tenía su residencia habitual en Budapest hasta que, tras una crisis de pareja, la Sra. Francisca decidió, sin comunicación alguna al padre de la niña, trasladarse a Palma de Mallorca junto con su hija. Durante meses, la madre y la hija estuvieron en paradero desconocido, hasta que el Sr. Casiano las pudo localizar en Palma de Mallorca. El padre inició ante el Tribunal de la capital de Budapest un procedimiento judicial para proceder a la restitución de la menor al lugar de su residencia habitual, para así poder seguir ejerciendo sus derechos parentales legalmente reconocidos. El Tribunal húngaro que conoció del asunto dictó un Auto en el que se establecían dos medidas: se designaba, por un lado, como lugar de residencia habitual de la menor el lugar de residencia habitual de la madre en Hungría, hasta que fuera dictada sentencia firme en el procedimiento. Y, por otro, se obligaba a la Sra. Francisca a la devolución de la menor a Hungría, en el plazo de 8 días, y a justificar que, efectivamente, la menor había retornado a Hungría dentro de dicho plazo y que estaba escolarizada en dicho lugar.

Lo dispuesto en dicha resolución no fue cumplido por la Sra. Francisca, por lo que el Sr. Casiano solicitó en España el reconocimiento y la ejecución del Auto húngaro. La demandada se opuso a dicho *exequatur*, alegando que la menor vivía en España desde hacía un año, que acudía al colegio con normalidad, que estaba integrada, que el demandante no cumplía su obligación de pagar alimentos, que se había vulnerado el artículo 23 del Reglamento (CE) n° 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000 (“Bruselas II bis”), porque la menor no había sido oída en el país de origen y que, además, existían denuncias de malos tratos interpuestos por ella contra el demandante en ambos países. Asimismo, solicitó la inhibición del juzgado de primera instancia en favor del Juzgado de Violencia contra la mujer n° 2 de Palma de Mallorca (que era el que estaba conociendo del procedimiento penal por malos tratos). Dicha petición fue estimada. Así, el Juzgado de Violencia conoció de la demanda de *exequatur*

---

\* Profesora Adjunta de Derecho internacional privado de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

<sup>1</sup> ECLI:ES:TS:2018:2832.

del citado Auto y la desestimó. Reconociendo la competencia judicial internacional de los tribunales húngaros para dictar la resolución cuyo reconocimiento y ejecución se solicitaba -por ser los tribunales correspondientes al lugar de residencia habitual de la menor antes de su traslado-, negó el reconocimiento de la misma, basándose en la falta de audiencia de la menor y en la nula voluntad por parte del tribunal de origen de que fuera oída, mediante su comparecencia personal o indirectamente, a través de un profesional. Esta sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Palma, que dictó sentencia estimando el recurso y revocando, en consecuencia, la sentencia de instancia<sup>2</sup>.

La Sra. Francisca interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, contra la sentencia de la AP de Palma, por infracción de los artículos 2, 10, 11. 2º, 23 y 42. 2º del Reglamento (CE) nº 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 (“Bruselas II bis”). El Alto Tribunal desestimó el recurso de casación y ratificó la sentencia de la AP de Palma de Mallorca.

## II. CUESTIONES PLANTEADAS

El TS vuelve a tener ante sí un supuesto de sustracción internacional de una menor que ha sido trasladada ilícitamente desde un Estado miembro de la UE (Hungría), a otro Estado miembro (España) y, para resolverlo, aplica correctamente la normativa comunitaria existente. La Sala de lo Civil del TS demuestra un profundo conocimiento y una correcta aplicación del Derecho europeo, pero en el caso que nos ocupa, la redacción de la sentencia es- en ocasiones<sup>3</sup>- tan confusa e incompleta que hace difícil la correcta comprensión de los hechos y de sus consecuencias jurídicas. La alta valoración realizada por el Prof. Palao Moreno<sup>4</sup> con respecto al Alto Tribunal, en esta ocasión, bien podría haberse aplicado a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca objeto del recurso de casación. La prolija sentencia de la AP nos ha aclarado muchas dudas y hemos podido comprender mejor la sentencia de casación.

Llama la atención que el Alto Tribunal acuse a la parte recurrente en casación (la Sra. Francisca) de formular el recurso “...de forma desordenada, falto de una razonable claridad expositiva, con una fundamentación insuficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada y sin el debido respeto a los términos en que ha sido resuelto...” (Fundamento de Derecho Segundo, apartado 2º). Pero, a pesar de todo ello, el TS considera que, estando en juego el interés superior de una menor que es objeto de una orden de retorno a su lugar de residencia habitual, analizará y resolverá el recurso que le ha sido presentado. Es decir, el Alto Tribunal identifica el interés casacional con

<sup>2</sup> Sentencia AP Palma de Mallorca nº 266/2017, de 17 de julio de 2017. ECLI:ES:APIB:2017:1344.

<sup>3</sup> Concretamente, la sentencia de casación omite el relevante dato, a nuestro entender, de la inhibición del Juzgado de Primera Instancia civil en favor del Juzgado de Violencia contra la mujer nº 2, en el conocimiento de la demanda de reconocimiento y ejecución del auto húngaro. Asimismo, omite cualquier referencia a la falta del certificado del art. 42.2 del Reglamento Bruselas II bis.

<sup>4</sup> Valoración realizada con ocasión del comentario a la STS de 21 de noviembre de 2017. PALAO MORENO, G., “La residencia habitual como criterio de jurisdicción en materia de divorcio en el Reglamento Bruselas II Bis. Comentario a la STS de 21 de noviembre de 2017”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, junio 2018, pp. 9-14, DOI:10.17103/reei.35.12.



el interés superior de la menor. En este caso, el primero de ellos, no radica en la contradicción con otras sentencias dictadas por el propio TS en esta materia (STS de 20 de octubre de 2014, STS de 10 de julio de 2015 y STS de 4 de noviembre de 2013<sup>5</sup>, entre otras), sino en la relevancia que le otorga al interés de la menor por no haber sido oída en el Estado de origen y prácticamente toda la argumentación gira en torno a esta cuestión.

El TS considera, por tanto, que el principal problema de la sentencia es, si el hecho de que los tribunales del Estado miembro que dictaron la resolución objeto de reconocimiento y ejecución, lo hicieran sin haber dado audiencia a la hija de ambos litigantes -de nueve años de edad en el momento de la interposición de la demanda de retorno-, vulnera o no principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido (FD Segundo, tercer apartado y Segundo,1). Para su resolución, el TS invoca correctamente la aplicación del art. 23 apartado b) del Reglamento “Bruselas II *bis*”, que establece como motivo de denegación del reconocimiento y de la ejecución<sup>6</sup> de las resoluciones dictadas en esta materia, que la resolución haya sido dictada sin haber dado audiencia al menor y violando principios fundamentales del Estado miembro requerido. Sin embargo, este requisito de la audiencia a los menores en materias relativas a la responsabilidad parental, puede verse dispensado en casos de urgencia. En este caso, ninguna de las partes litigantes ha cuestionado el carácter urgente de la decisión. El Considerando 21 del Reglamento “Bruselas II *bis*” también dispone que los motivos de denegación del reconocimiento “deben limitarse al mínimo necesario”, por lo que deben aplicarse de manera restrictiva.

El reconocimiento recíproco de las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, es uno de los elementos centrales del principio de confianza mutua existente en el espacio de cooperación judicial en materia civil. Esta confianza mutua ha permitido, por ejemplo, suprimir el procedimiento de *exequátur* para determinadas resoluciones en materia de retorno de menores<sup>7</sup>. En este sentido, el Reglamento Bruselas II *bis* establece, en los artículos 40 y ss., la fuerza ejecutiva, sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento, de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor a su lugar de residencia habitual, tal y como puso de manifiesto el TJUE en los asuntos *Aguirre Zárraga c. Simone Pelz*<sup>8</sup>, *Doris Povse c. Mauro Alpago*<sup>9</sup> o en el primer asunto resuelto en esta materia, *Inga Rinau*<sup>10</sup>. Para ello, el Estado miembro de origen que dictó la orden de retorno deberá emitir el certificado regulado en el apartado 2 del artículo 42 del Reglamento. La emisión de este certificado está condicionada al cumplimiento de unas premisas recogidas en los

---

<sup>5</sup> STS nº 413/2014, de 20 de octubre de 2014. ECLI:ES:TS:2014:4233; STS nº 427/2015, de 10 de julio de 2015. ECLI:ES:TS: 2015:3158; STS nº 663/2013, de 4 de noviembre de 2103. ECLI:ES:TS:2013:5185.

<sup>6</sup> El artículo 31.2 del Reglamento Bruselas II *bis*, establece que los motivos de denegación del reconocimiento de las resoluciones dictadas en materia matrimonial, también lo serán para la denegación de la ejecución de las mismas.

<sup>7</sup> RODRIGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, junio 2018. DOI: 10.17103/reei.35.04, [www.reei.org](http://www.reei.org), p.3.

<sup>8</sup> Asunto C- 491/10, Sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2010. ECLI:EU:C:2010:828.

<sup>9</sup> Asunto C-211/10 PPU, Sentencia TJUE, de 1 de julio de 2010. ECLI:EU:C:2010:400.

<sup>10</sup> Asunto C-195/08, STJ de 11 de julio de 2008. ECLI:EU:C:2008:406.

apartados a), b) y c). En caso de que dichas premisas no se cumplan, el certificado no puede ser emitido y, en consecuencia, la resolución dictada no podrá ser directamente ejecutiva. Entre los requisitos o premisas a cumplir para que el juez emita el certificado, se encuentra el hecho de que al menor se le haya dado la posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiese considerado conveniente, habida cuenta de la edad o del grado de madurez del menor.

En el asunto que nos ocupa, ninguna de las instancias judiciales hace mención a la existencia o no del citado certificado. Los datos obrantes en la sentencia de casación nos hacen pensar que el Sr. Casiano, careciendo del certificado del art. 42.2, solicitó el *exequatur* del auto húngaro ante un tribunal de primera instancia español. Desconocemos la razón por la que no obtuvo el certificado en el Estado de origen, pero consideramos que, si lo hubiese obtenido, la ejecución del auto en cuestión hubiese sido mucho más rápida y efectiva. Por otra parte, ante la falta de información detallada en la sentencia objeto de comentario, era de difícil comprensión la razón por la que el Tribunal de Violencia contra la mujer conoció sobre el reconocimiento y ejecución de la resolución civil extranjera. Afortunadamente, la sentencia de la AP de Palma de Mallorca, indica que la Sra. Francisca solicitó la inhibición del tribunal de primera instancia, en favor del tribunal penal, por estar conociendo éste del procedimiento penal de malos tratos incoado por ella contra el Sr. Casiano y que dicha solicitud fue estimada. La competencia judicial de dicho Tribunal de Violencia contra la mujer para conocer del *exequatur* se la otorga el apartado 2 del art. 87 ter de la LOPJ<sup>11</sup>.

Hay una cuestión sobre la que las tres sentencias dictadas en el caso (1ª instancia, apelación y casación), han pasado de puntillas. Se trata de los malos tratos alegados por la Sra. Francisca, que fueron planteados en los diferentes procedimientos penales interpuestos por ella contra Casiano, tanto en Hungría como en España. La Sra. Francisca solicitó la suspensión del procedimiento civil hasta la resolución del proceso penal, pero la sentencia de instancia se lo denegó y las otras dos instancias ratificaron dicha decisión, en base a que los procedimientos penales no afectan a la causa del reconocimiento y ejecución. Son cada vez más numerosos los casos (las estadísticas así lo corroboran<sup>12</sup>), en los que la madre que ostenta la guarda y custodia y que alega haber sufrido malos tratos, comete la sustracción de sus hijos. En estos momentos en los que se está revisando el Reglamento “Bruselas II bis”<sup>13</sup> y, aprovechando que la UE se ha adherido al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la

<sup>11</sup> El art. 87 ter fue introducido en la LOPJ a través del art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

<sup>12</sup> En el año 2015, el 73% de las personas sustractoras, eran las madres que ostentaban la custodia (el 91% de ellas), el 24% los sustractores eran los padres y el restante 3%, otros familiares. Datos facilitados por *Incastat*, según consta en el Documento preliminar nº 11 A de febrero de 2018, Parte I, de la Séptima Reunión de la Comisión especial para la aplicación del Convenio de La Haya de Sustracción internacional de menores de 1980 y del Convenio de La Haya de Protección de Menores de 1996, disponible en [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (última consulta, 14/11/2018).

<sup>13</sup> Vid. RUIZ SUTIL, C., “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2018), vol. 10, nº 2, pp. 615-641.

violencia doméstica<sup>14</sup>, sería una buena ocasión para que el legislador europeo introdujera disposiciones normativas que dieran una respuesta más adecuada a esta lacra social con repercusión europea.

### III. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO

El interés superior del menor incluye el derecho fundamental que éste tiene a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en aquellos procedimientos judiciales que le afecten. Derecho regulado en diversa normativa internacional, comunitaria y española. El texto internacional más relevante que así lo recoge, es el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>15</sup>. Junto con éste, la Observación General núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas “sobre el derecho del niño a ser escuchado”<sup>16</sup>, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011 o el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007<sup>17</sup>, también lo regulan. En el ámbito comunitario, el art. 24.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE lo incluye entre los derechos fundamentales del menor y el Considerando 19 del Reglamento “Bruselas II *bis*” dispone que “la audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento”.

El legislador español, teniendo en cuenta dicha normativa, también ha incluido en el ordenamiento jurídico normas que contienen este derecho que, asimismo, forma parte de los principios fundamentales del procedimiento. Concretamente, el art. 24 de la Constitución española, los artículos 92.6 y 159 del CC, el art. 770.4º de la LEC y el nuevo art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor<sup>18</sup> son algunos de ellos<sup>19</sup>.

Todas las citadas normas y la jurisprudencia que las interpreta (tanto la del TS como la del TEDH<sup>20</sup>), tienen un denominador común y es que abogan por que el menor pueda ejercer dicho derecho cuando tenga suficiente madurez para ello, por sí mismo o a través de un representante designado. La madurez será valorada por personas cualificadas para ello y, en cualquier caso, se presupone que los menores alcanzan el grado de madurez necesario a los doce años de edad. En el caso de los menores de doce años, éstos podrán

---

<sup>14</sup> Convenio hecho en Estambul, el 11 de mayo de 2011. Instrumento de ratificación de España, 6 de junio de 2014, *BOE* núm. 137.

<sup>15</sup> Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990. *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>16</sup> CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

<sup>17</sup> Hecho en Lanzarote y firmado por España el 12 de marzo de 2009. Instrumento de ratificación, *BOE* núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

<sup>18</sup> Este artículo fue modificado a través del artículo 1.4 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>19</sup> *Vid.* PEREZ GALVÁN, M., “La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia (1)”, *Diario La Ley*, nº 8866, Sección Tribuna, 18 de noviembre de 2016, La Ley 8639/2016.

<sup>20</sup> Por ejemplo, en el asunto *Sahin c. Alemania*, (GS) STEDH de 8 de julio de 2003. ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003094396.

ser excepcionalmente oídos cuando el/la juez considere que dicho menor tiene suficiente madurez para ello.

En el supuesto de autos, el Alto Tribunal considera, adecuadamente, que dicha falta de audiencia no vulnera los principios fundamentales del procedimiento en el ordenamiento jurídico español (art. 23 b) Reglamento “Bruselas II bis”), porque no se considera esencial en este caso, en razón de la edad de la menor. Asimismo, afirma que no procede invocar la cláusula de orden público internacional recogida en el apartado a) del art. 23, porque para que pudiera prosperar, el reconocimiento debería menoscabar principios fundamentales en procedimientos de responsabilidad parental, concretamente el derecho de audiencia de la menor y, en este caso, teniendo en cuenta la edad de la menor en el momento de la interposición de la demanda de retorno, dicho principio no ha sido vulnerado (FD Segundo, 4). El TS aplica la doctrina jurisprudencial establecida por el TJUE en estos asuntos, concretamente lo establecido en la STJUE, de 19 de noviembre de 2015 dictada en el asunto *P c. Q*<sup>21</sup>.

#### IV. VALORACIÓN

La Sala de lo Civil del TS demuestra, nuevamente, un sólido conocimiento de la normativa internacional *iusprivatista* aplicable a los supuestos de sustracción ilícita de menores. El Alto Tribunal hace una estricta aplicación del sistema del Reglamento “Bruselas II bis”, en aras a la protección del interés superior de la menor, en la que también subyace el espíritu y la finalidad del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores<sup>22</sup>, con el fin de evitar la consolidación *de facto* del traslado ilícito cometido por la madre. Sin embargo, consideramos que el TS ha perdido una gran oportunidad para plantear o para plantearse el papel que juegan en los asuntos relativos a los traslados o a las retenciones ilícitas, los malos tratos, reconociendo jurisprudencialmente la relevancia que tienen en estos casos.

---

<sup>21</sup> Asunto C-455/15 PPU. ECLI:EU:C:2015:763. El TJUE establece en este caso que, “...Sólo debería recurrirse a la cláusula de orden público que figura en el artículo 23, letra a), de dicho Reglamento en el caso de que, habida cuenta del interés superior del menor, el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro vulnerara de manera inaceptable el ordenamiento jurídico del Estado requerido por menoscabar un principio fundamental...”.

<sup>22</sup> BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.