

# CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por P. Jiménez Blanco, Á. Lara Aguado, I. E. Lázaro González,  
L. Sales Pallarés y E. Torralba Mendiola

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

## SUMARIO:

SOBRE EL CONCEPTO DE MATERIA CIVIL Y MERCANTIL EN EL REGLAMENTO 1215/2012: LA SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2018 EN EL ASUNTO C-308/17

POR E. TORRALBA MENDIOLA ..... pp. 2-8

FRACCIONAMIENTO DE LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN Y REENVÍO EN EL MARCO DEL ART. 9.8º DEL CÓDIGO CIVIL (A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 685/2018, DE 5 DE DICIEMBRE Y 18/2019, DE 15 DE ENERO)

POR Á. LARA AGUADO ..... pp. 9-16

LA COMPETENCIA JUDICIAL Y LOS CONTRATOS DE TRABAJO DEL PERSONAL DE VUELO DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS: LA STS 562/2019 DE 24 DE ENERO DE 2019

POR L. SALES PALLARÉS ..... pp. 17-22

LA “CRISIS” DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN UCRAINA Y EL CAOS EN EL MINISTERIO DE JUSTICIA (COMENTARIO A LAS INSTRUCCIONES DE LA DGRN DE 14 Y 18 DE FEBRERO DE 2019)

POR P. JIMÉNEZ BLANCO..... pp. 23-30

«KAFALA» Y VIDA FAMILIAR DESDE EL DERECHO DE EXTRANJERÍA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) DE 26 DE MARZO DE 2019

POR I. E. LÁZARO GONZÁLEZ..... pp. 31-37

---

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

## **SOBRE EL CONCEPTO DE MATERIA CIVIL Y MERCANTIL EN EL REGLAMENTO 1215/2012: LA SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2018 EN EL ASUNTO C-308/17.**

**Elisa Torralba Mendiola\***

### **I. HECHOS**

En su sentencia en el asunto C-308/17, el TJUE ha establecido que no es un litigio comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, Bruselas I bis (RBI bis), aquél en el que una persona física que suscribió deuda pública de un Estado miembro interpone una demanda contra éste para oponerse al canje de dicha deuda pública por títulos de valor inferior, en un caso en el que el canje lo impuso una ley adoptada por el legislador nacional en circunstancias excepcionales, que modificó con carácter unilateral y retroactivo las condiciones de la deuda, mediante el establecimiento de una cláusula de acción colectiva que permite que una mayoría de tenedores de los títulos imponga el canje a la minoría (ECLI:EU:C:2018:911).

El TJUE responde de esta manera a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria en el marco de un litigio entre el Sr. Kuhn, con domicilio en Viena, y el Estado griego. El primero había suscrito, por medio de un banco depositario establecido en Austria, deuda pública de la República Helénica. Dicha deuda estaba sujeta a Derecho griego y cotizaba en la Bolsa de Atenas. Los valores de la deuda estaban representados mediante anotaciones en cuenta registrados en el sistema de anotaciones del Banco Central griego, si bien los títulos de deuda pública, que vencían el 20 de febrero de 2012, se anotaron contablemente en la cuenta de títulos valores titularidad del Sr. Kuhn en la entidad depositaria. Se trataba de valores al portador que, de conformidad con las condiciones de suscripción, otorgaban al titular el derecho a la amortización del capital al vencimiento y al pago de intereses.

La República Helénica efectuó la conversión de los títulos de deuda suscritos por el Sr. Kuhn, que fueron canjeados por títulos nuevos con un valor nominal inferior, al amparo de la Ley 4050/2012, que venía, a su vez, motivada por el contexto de la crisis económica griega y del “rescate” por parte de la UE. El Sr. Kuhn vendió posteriormente sus títulos de deuda, sufriendo, según sus alegaciones, una pérdida económica como consecuencia de la modificación a la baja del valor nominal. En esas circunstancias, interpuso una demanda contra la República Helénica ante el Tribunal Regional de lo Civil de Viena a fin de obtener el cumplimiento de las condiciones originales de suscripción de la deuda en cuestión o una indemnización por su incumplimiento. Este tribunal se declaró incompetente y, por sucesivos recursos, la cuestión llegó al Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria, que planteó al TJUE la cuestión prejudicial que da lugar a esta sentencia.

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Madrid.

## II. PROBLEMA JURÍDICO

En el contexto fáctico señalado, la cuestión del tribunal remitente se centra en la interpretación del artículo 7.1 del RBIbis y en la concreción, a sus efectos, del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. La pregunta es, en esencia, según la reformulación del TJUE, si en una situación en que alguien suscribió por medio de un banco depositario deuda pública de un Estado miembro, el artículo 7.1,a del RBI bis debe interpretarse en el sentido de que el “lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda” queda constituido por las condiciones de suscripción definidas en la emisión de dicha deuda pública o si debe interpretarse en el sentido de que queda constituido por el lugar efectivo del cumplimiento, por ejemplo, mediante el pago de intereses, de dichas condiciones.

No obstante, la respuesta a esta cuestión plantea la necesidad de resolver una previa consistente en determinar si el supuesto está incluido en el ámbito de aplicación del RBI bis. Tanto la República Helénica como los gobiernos griego e italiano sostienen que no es así ya que el objeto del litigio no es “materia civil y mercantil” a los efectos del artículo 1.1 de dicha norma, que excluye “la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)”, puesto que “versa sobre el derecho soberano de los Estados miembros a reestructurar su deuda pública mediante actos legislativos”. La sentencia del TJUE se centra en el análisis de esta cuestión y la conclusión alcanzada hace innecesario abordar la cuestión que directamente había planteado el tribunal remitente acerca del alcance del artículo 7.1 del citado Reglamento.

## III. CONSIDERACIONES

El análisis que hace el TJUE de la cuestión jurídica descrita no se aleja en su formulación general de su jurisprudencia anterior, sino que se sitúa en una línea ya consolidada. No obstante, en relación con la materia concreta a que se refiere, la modificación del valor nominal de ciertos bonos griegos propiciados por la adopción de una ley griega destinada a reestructurar la deuda estatal, sostiene la postura opuesta a la que había mantenido en una sentencia anterior. Como se verá, el contexto en el que se plantean ambas sentencias es diferente, lo que puede explicar las razones del distinto alcance del análisis del TJUE.

El TJUE recuerda, en primer lugar que el de “materia civil y mercantil” es un concepto autónomo, que debe ser interpretado de manera amplia y que si bien determinados litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación del RBI bis, la situación es distinta cuando la autoridad pública actúa en ejercicio del poder público ejerciendo poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables a las relaciones entre particulares y, podemos añadir, sea esta actuación la que origine el proceso, circunstancia que corresponde comprobar al órgano remitente.

Como se ha apuntado, la sentencia del TJUE sigue línea anteriormente sostenida por el propio TJUE y defendida por la doctrina: el criterio que debe aplicarse a los efectos de la calificación requerida es el funcional, de manera que no es la naturaleza-pública o

privada- de las partes lo relevante, sino la función que desempeñan y las prerrogativas de que disponen. De este modo, los litigios derivados de actividades *iure gestionis* de las autoridades públicas se subsumen en el ámbito de aplicación del Reglamento, mientras que los derivados de actuaciones *iure imperii* no lo están (por todos, F. Garcimartín, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 81). En este sentido se ha venido pronunciando el TJUE en una jurisprudencia ya abundante. Basta recordar al respecto, y sin ánimo de exhaustividad, que el TJUE ha señalado la inaplicabilidad del Reglamento a las reclamaciones por daños causados a particulares por las fuerzas armadas (as. C-292/05), pero ha afirmado, sin embargo, su aplicación a un contrato de fianza celebrado entre un Estado y un particular cuyo fin era garantizar una deuda aduanera, en la medida en que el contrato se sujetaba a las reglas de Derecho privado (as. C-266/2001), a las acciones de una autoridad pública frente a un particular en las que la primera reclamaba los daños y perjuicios que había causado la participación de aquél en un fraude fiscal, siempre que se basaran en el régimen de responsabilidad general y no en el Derecho fiscal (as. C-49/12), a las reclamaciones de una empresa municipal a un particular por un crédito derivado del impago por el estacionamiento de un vehículo en un aparcamiento público, siempre que constituyera una contraprestación de un servicio y no tuviera carácter sancionador (as. C-551/15) o a la acción de particulares contra el Estado, como emisor de deuda pública, derivada de un acuerdo de canje con el sindicato de bonistas (as. ac. C-226/13, C-245/13, C-247/13 y C-578/13). Es, precisamente, la sentencia que resuelve este último caso la que parece entrar en contradicción con la que aquí nos ocupa, por lo que sobre ella se vuelve en párrafos posteriores.

En el caso que da lugar a esta sentencia, la modificación del valor nominal de los bonos se produce, como se ha señalado, al amparo de la Ley 4050/2012, de 23 de febrero de 2012, sobre normas de modificación, con el consentimiento de los tenedores, de títulos de deuda emitidos o garantizados por el Estado griego. Dicha ley establecía que los tenedores de determinados títulos emitidos por el Estado griego recibirían una propuesta de “reestructuración” para pronunciarse sobre la aceptación de la modificación de los títulos comprendidos en la propia propuesta. La modificación requería para ser aprobada un *quorum* del 50 % de su saldo pendiente y una mayoría cualificada que correspondiera a dos tercios del capital presente o representado. El artículo 1. 9 de la Ley establecía, además, una “cláusula de acción colectiva” (CAC), que permitía modificar las condiciones originales de suscripción mediante decisiones adoptadas por mayoría cualificada del capital pendiente de pago y se aplicaba también a tenedores minoritarios. De este modo, la decisión de la mayoría requerida de los tenedores de títulos aceptando o rechazando la oferta de reestructuración hecha por el Estado griego surtía efectos *erga omnes* y prevalecía sobre cualquier ley general o particular, resolución administrativa o contrato que dispusiera lo contrario.

En sus conclusiones al caso resuelto en esta sentencia, el Abogado General había sostenido que la existencia de una manifestación del ejercicio de prerrogativas de autoridad se desprende tanto de la naturaleza y las modalidades de las modificaciones de la relación contractual que se da entre la República Helénica y los titulares de la deuda pública como de las circunstancias excepcionales en que esas modificaciones tuvieron

lugar (apartados 62 y siguientes). En relación con ello, del razonamiento del TJUE parece resultar que este tiene sustancialmente en cuenta esas dos circunstancias. La primera se refiere al carácter unilateral de la solución adoptada por la República Helénica, ya que la modificación a la baja del valor nominal de los títulos y la sustitución de los bonos no venía prevista ni en las condiciones originales de suscripción de la deuda ni en el Derecho griego que estaba vigente en el momento de la emisión de la deuda pública sometida a dichas condiciones, sino que la República Helénica la impuso a todos los titulares de deuda pública, incluidos aquellos que hubieran deseado oponerse a ella, a través de la Ley de 2012 y del establecimiento con carácter retroactivo de la CAC.

La segunda se centra en la excepcionalidad de la situación que justifica la circunstancia anterior: el establecimiento con carácter retroactivo de la CAC y la modificación de las condiciones económicas de la deuda se producen en un contexto y unas circunstancias excepcionales de gran crisis financiera y vinieron impuestos por la necesidad de proceder, en el marco de un mecanismo intergubernamental de asistencia, a reestructurar la deuda pública del Estado griego y a combatir el riesgo de que fracasara su plan de reestructuración al objeto de evitar impagos por parte de dicho Estado y de garantizar la estabilidad financiera de la zona del euro. La sentencia se hace eco de indicios de esa excepcionalidad, citando al respecto, por ejemplo, declaraciones de los jefes de Estado o Gobierno de la zona del euro que afirmaban que la situación de la República Helénica hacía necesaria una solución excepcional en lo que se refiere a la participación del sector privado o el artículo 12.3 del Tratado MEDE, según el que a partir del 1 de enero de 2013, debían incluir CAC todos los nuevos títulos de deuda soberana con vencimiento superior a un año de Estados miembros de la zona del euro, para asegurar que sus efectos jurídicos sean idénticos.

De esas dos circunstancias y del objetivo de interés general que las justifica, extrae el TJUE la consecuencia de que la República Helénica actuaba en el ejercicio de sus funciones *iure imperii* y no en el ámbito de una actuación *iure gestionis*. La conclusión resulta acertada, siendo, particularmente relevante el segundo de los aspectos analizados, la excepcionalidad de la situación, que no deja de ser lo que justifica la actuación unilateral: el Estado griego no estaba actuando como una parte “comercial” en un determinado negocio no solo porque impusiera a través de una ley la modificación de las condiciones contractuales sin la participación de algunos de sus co-contratantes, afectados por dicha modificación, sino esencialmente por las razones que justificaban su actuación, que respondían a exigencias de carácter público, basadas en el interés del Estado, e incluso en un interés supraestatal- el de toda la zona euro- no ligadas a la lógica del Derecho privado.

Como se ha señalado, sin embargo, el TJUE se había pronunciado en su sentencia de 11 de junio de 2015, en los ya citados asuntos acumulados C-226/13, C-245/13, C-247/13 y C-578/13, sobre la calificación de unos litigios prácticamente idénticos en su formulación al que aquí se plantea y había llegado a la conclusión de que, en el caso, no cabía entender que fuera “manifiesto” que no se incluyeran en el ámbito “civil y mercantil”. En estos casos los demandantes en los litigios principales, todos domiciliados en Alemania, también habían adquirido obligaciones emitidas por el Estado griego que resultaron

afectadas por la Ley 4050/2012, resultando canjeadas por obligaciones de nueva emisión de un valor nominal notablemente inferior.

En esta sentencia, el TJUE concluyó que de la documentación aportada no resultaba “de modo manifiesto” que las condiciones financieras de los títulos en cuestión hubieran sido fijadas unilateralmente por el Estado griego y no sobre la base de las condiciones de mercado que rigen el intercambio y la rentabilidad de estos instrumentos financieros y que, aunque la Ley 4050/2012 se inscribía en el marco de la reestructuración de la deuda pública a fin de hacer frente a una situación de grave crisis financiera, y que con ese fin dicha Ley incluyó en los contratos en cuestión la posibilidad de un canje de títulos, el hecho de que esa posibilidad hubiera sido introducida por una ley no resultaba por sí solo determinante para llegar a la conclusión de que el Estado había ejercido su potestad pública.

El TJUE entendió que no resultaba manifiesto que las modificaciones de los títulos de las que podían derivarse los perjuicios alegados por los demandantes resultaran directa e inmediatamente de la ley, sino que tales modificaciones sólo habrían podido producirse como consecuencia de una decisión de la mayoría del sindicato de obligacionistas basada, eso sí, en la cláusula de canje que hubo que introducir en los contratos de emisión de obligaciones en virtud de dicha Ley. Curiosamente la sentencia que ahora se comenta no se detiene sobre esta cuestión. Tal vez ello se deba a la consideración de que es un razonamiento de fondo, que incide en la valoración de la responsabilidad, en su caso, pero que no necesariamente afecta a la calificación civil, o no, del litigio. Resulta acertada a este respecto la valoración del Abogado General en el apartado 67 de sus conclusiones a la sentencia comentada cuando afirma que el uso de un mecanismo que permite que el acuerdo celebrado entre el Estado y los tenedores de obligaciones que decidieron, por mayoría cualificada, aceptar las modificaciones contractuales propuestas por el Estado griego se imponga a los tenedores minoritarios, incluidos los que lo rechazaron, “no puede generar dudas acerca del carácter inmediato y directo de las modificaciones de las condiciones de suscripción de los tenedores minoritarios, tanto más cuanto que la Ley 4050/2012 pretendía precisamente lograr dicho resultado para evitar que Grecia se encontrara en situación de impago”.

Se trata, en consecuencia de dos sentencias del TJUE que valoran de manera contrapuesta circunstancias fácticas casi idénticas. Al hacer esta lectura conjunta de ambas decisiones conviene tomar en consideración el distinto ámbito en el que se plantean, cuestión sobre la que ya hizo hincapié el TJUE en su sentencia de 2015. Mientras la que ahora se comenta- la sentencia de 2018- aclara la calificación de los hechos para la aplicación- o inaplicación- del RBI bis, en la anterior no era esa norma la que estaba en juego, sino el Reglamento 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, cuyo artículo 1 también excluye de su ámbito de aplicación la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad. Este distinto contexto condiciona el tipo de análisis que de la subsunción del caso en la noción civil o mercantil puede hacer el tribunal que conoce de la cuestión principal, de manera que mientras que cuando se trata de aplicar las disposiciones en materia de competencia, aquél puede ser más exhaustivo y puede

recabar incluso las opiniones de las partes, de forma que el tribunal pueda disponer de todos los elementos necesarios para adoptar su decisión, cuando se trata de aplicar las reglas en materia de notificación, los objetivos perseguidos por los textos que las regulan conducen a la necesidad de un análisis *prima facie*, que no condiciona ni la calificación a efectos de la competencia ni la que se puede hacer en relación con el fondo.

En efecto, como destacó el TJUE, entre los objetivos perseguidos por el Reglamento 1393/2007 se encuentra la eficacia de los procedimientos judiciales y la rapidez de la transmisión de los documentos. En ese contexto, distinguir los litigios que versan sobre materia civil o mercantil de aquellos otros que están excluidos de esta materia puede resultar una operación de gran complejidad que, sin embargo, debe resolverse necesariamente incluso antes de que las partes en el procedimiento distintas del demandante hayan recibido la notificación de la demanda de que se trate, puesto que de la solución que se dé a esta cuestión depende precisamente el modo de notificación de esa misma demanda. En esas circunstancias, el tribunal que conoce del asunto debe limitarse a un primer examen de los datos, necesariamente parciales de que dispone, a fin de determinar si la demanda presentada ante él versa sobre materia civil o mercantil y resulta de aplicación el Reglamento 1393/2007 o, por el contrario, lo hace sobre otra materia y aquél no puede ser aplicado. Siendo así, concluyó el TJUE, “Para poder considerar que el Reglamento 1393/2007 resulta aplicable, es suficiente con que el tribunal que conozca del asunto llegue a la conclusión de que no es manifiesto que la demanda presentada ante él no verse sobre materia civil o mercantil”.

A cambio, cuando, como en el caso de la sentencia que se comenta, la necesidad de calificación viene determinada por la exigencia de una decisión sobre la aplicabilidad o no del RBI bis, no basta con esa falta de evidencia manifiesta de la exclusión del supuesto de su ámbito de aplicación, sino que es necesario hacer un análisis más minucioso. Las consecuencias de esa diferencia se manifiestan en este caso: en él sí habían sido posibles las alegaciones de las partes y el tribunal remitente podía, y debía, llevar a cabo un estudio más exhaustivo. Así, mientras en el primer caso el TJUE no había dicho que la acción ejercida se incluyera en la noción de “materia civil y mercantil”, sino que no era manifiesto que no lo hiciera, en el segundo, a la luz de los datos disponibles concluye la actuación *iure imperii* de la República Helénica y, en consecuencia, la no aplicabilidad del RBI bis.

No se pretende concluir de todo esto que el alcance de la noción “materia civil y mercantil” es distinto en los dos Reglamentos mencionados (incluso teniendo en cuenta que en su sentencia del 2015 el TJUE afirmaba su carácter “autónomo” respecto del mismo concepto cuando se incluye en otros textos), sino únicamente que la sentencia que ahora nos ocupa es un paso adelante frente a la anterior y que, como proponía el Abogado General en sus conclusiones, el TJUE ha retomado el análisis, adaptándolo a las exigencias de la interpretación de una norma destinada a determinar la competencia judicial y contando para realizarlo con más elementos de valoración, de forma que, si volviera a plantearse tras esta nueva sentencia al TJUE el mismo supuesto que respecto del Reglamento 1393/2007 resolvió en 2015 su conclusión sería seguramente distinta de la que dictó en aquella fecha.

Por último, conviene no olvidar que la calificación realizada se refiere a la acción ejercida en el litigio concreto en el que se suscita la cuestión prejudicial, pero que en ningún caso cabe extraer de ella la consecuencia de que la emisión de obligaciones presuponga necesariamente el ejercicio de facultades exorbitantes del Estado en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

**FRACCIONAMIENTO DE LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN  
Y REENVÍO EN EL MARCO DEL ART. 9.8º DEL CÓDIGO CIVIL  
(A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL  
SUPREMO 685/2018, DE 5 DE DICIEMBRE Y 18/2019, DE 15 DE  
ENERO)**

**Ángeles Lara Aguado\***

1. La utilización del reenvío en la sucesión testada introduce un elemento sorpresivo en el ámbito sucesorio, al defraudar la voluntad del testador de organizar su sucesión según su Derecho nacional y puede defraudar las expectativas de los herederos, cuyos intereses peligrarán dependiendo de cómo aprecie el aplicador del Derecho los datos fácticos y jurídicos. Muestra de ello son la STS 685/2018, de 5 de diciembre<sup>1</sup> y la STS 18/2019, de 15 de enero<sup>2</sup>, que confirman una jurisprudencia consolidada con respecto a las condiciones de admisión del reenvío en materia sucesoria (SSTS de 23/9/2002 o de 12/1/2015). Las sentencias comentadas llegan a resultados diferentes: la primera no acepta el reenvío, aplica el Derecho material inglés y respeta la voluntad del causante, protegiendo los intereses de la viuda, mientras que la segunda admite el reenvío y aplica el Derecho español, tutelando los intereses del hijo del causante. Sin embargo, el fundamento en ambos casos es el mismo: la salvaguarda del principio de unidad de la sucesión y la imposibilidad de fraccionamiento de la ley aplicable a la misma. La jurisprudencia del TS en materia de reenvío derivado de la aplicación del art. 9.8º Cc. en relación con el art. 12.2º Cc. se consolida a través de una interpretación estricta del art. 12.2º Cc., rechazando el reenvío de primer grado cuando provoque un fraccionamiento legal de la sucesión, aunque ello condujera a la armonía internacional de soluciones (STS 15/11/1996) o a una mayor justicia (STS 21/5/1999) según los intereses en juego (protección de los herederos más débiles o respeto a la voluntad del causante). Estos intereses se colocan en un segundo plano con respecto a la unidad de la sucesión: el reenvío no se utiliza como instrumento de corrección de los resultados a que conduce el mecanismo ciego de la norma de conflicto, sino, como ya se afirmara hace varias décadas, para satisfacer los objetivos y valores que subyacen al art. 9.8º Cc.<sup>3</sup>. Aunque la voluntad del causante sí recupera su protagonismo en el marco del RES para excluir el reenvío (art. 34.2º RES), el TS le atribuye valor cuando sea aplicable el art. 9.8º Cc, con independencia de la voluntad del testador de organizar su herencia según su Derecho nacional.

2. Las sentencias se refieren a sendas sucesiones de súbditos británicos con bienes en España que, en virtud de la libertad de testar que les reconoce su Derecho nacional, disponen *mortis causa* ante notario español de su patrimonio a favor de su cónyuge, en detrimento de las legítimas que corresponderían a sus hijos según el Derecho español.

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

<sup>1</sup> ECLI:ES:TS:2018:4139

<sup>2</sup> ECLI:ES:TS:2019:56

<sup>3</sup> AUDIT, B., "Flux et reflux de la crise des conflits de lois", *Travaux du Comité français de droit international privé. Journée du cinquantenaire*, París, 1988, p. 72.

Los descendientes solicitan su declaración como legitimarios y la reducción de la institución de heredera, conforme al Derecho español, por reenvío de la norma de conflicto inglesa que remite para la sucesión de bienes inmuebles al Derecho español (lugar donde se encuentra el único bien inmueble -declarado- del causante y para los bienes muebles a su *domicile*). En ambos casos, el fallecimiento de los causantes se produce antes de la fecha de aplicación del RES (el 25/7/2013 y el 24/12/2011 respectivamente). Las pretensiones de los hijos son estimadas en primera instancia, pero la AP de Valencia estima el recurso de apelación interpuesto por la viuda y el TS desestima el recurso de casación interpuesto por los hijos en la STS de 5 de diciembre de 2018; por el contrario, en la STS 18/2019 se desestimaron tanto la demanda interpuesta por el hijo del causante en primera instancia, como el recurso de apelación, pero se estimó el de casación.

3. El hecho diferencial decisivo es la determinación del *domicile* del causante. En la sentencia de 2018, el TS lo considera acreditado en Inglaterra, lo que impide el reenvío al Derecho español, pues originaría una ruptura inadmisibles del principio de unidad y universalidad de la sucesión. El TS acierta al concluir que el “*domicile*” inglés no es equivalente al domicilio español. No explica los diversos tipos de *domicile* conforme al Derecho inglés, pero se apoya en un dictamen jurídico que aclara que para perder el *domicile* de origen y adquirir el de elección no basta con abandonar el país donde se esté domiciliado y trasladarse largo tiempo a otro lugar, sino que se requiere la intención de vivir de modo permanente e indefinido<sup>4</sup>. Para el TS el causante conservaba su *domicile* de origen, pues los vínculos con Inglaterra eran lo suficientemente fuertes como para no haber adquirido otro *domicile* de elección: nació en Leeds, manifestó en su testamento que tenía su domicilio a efectos sucesorios en Inglaterra y tenía notorio arraigo allí, al ser titular de cuentas corrientes en entidades financieras. Ciertamente, para constatar la adquisición de un *domicile* de elección se requiere la apreciación *in casu* de todas las circunstancias que puedan conducir a detectar una intención de permanencia y una menor vinculación con el de origen. Pero, en el caso se aprecian ciertos datos que podrían conducir a una conclusión diferente (matrimonio con española, propiedades inmuebles en el país de residencia) y, aunque coincidamos con la conclusión a la que llega el TS, hubiera sido deseable una mayor fundamentación jurídica para afirmar que el *domicile* se mantenía en Inglaterra, más allá de la mera referencia al dictamen jurídico, cuyo tenor se desconoce, pues el TS fundamenta su decisión en una categoría jurídica propia del Derecho extranjero, desconocida en Derecho español.

En la STS 18/2019, en cambio, el TS falla a favor del hijo del causante, admitiendo el reenvío a favor del Derecho español, para lo cual, pasa de puntillas sobre el tema de la prueba del Derecho extranjero, mencionando solo que, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes, el juez debe aplicarlo si lo

---

<sup>4</sup> Sobre el concepto de *domicile* vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 291-296; SÁNCHEZ LORENZO, S., “Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 697, 2006, pp. 1999-2025, espec. pp. 2003-2012; URQUHART, R., “Le concept anglais du domicile”, en *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard, Liber Amicorum*, Defrénois, 2007, pp. 313-322.

conoce, afirmación que bien puede sugerir un papel activo por parte del juzgador. El dato que hace pivotar la solución jurisprudencial a favor de la admisión del reenvío es la no desacreditación del *domicile* del causante en España, pues ninguna de las partes lo ha discutido ni probado lo contrario. Mas esta afirmación contrasta con la necesidad de prueba del *domicile* de elección a cargo de quien alegue su adquisición<sup>5</sup>, lo que quizás habría exigido que el TS no hubiera dado por válido el acuerdo (no pretendido) tácito de las partes sobre el cambio de *domicile* a España, habida cuenta de que conductas triviales, como la compra de un periódico inglés pueden servir como indicios y presunciones que, según el Derecho inglés, desvirtúan la elección. En esta ocasión, el TS ni siquiera se plantea si el causante presenta fuertes vínculos con España, pese a la alegación de la viuda de que el testador nunca adquirió la nacionalidad española. Si bien su voluntad de seguir siendo británico no es por sí solo un elemento determinante de su *domicile*, ante la falta de discusión respecto a su domicilio en España, al TS le basta con que los bienes inmuebles declarados se hallen en España. Este argumento, por sí solo, no es decisivo, pues en la STS 685/2018, los bienes inmuebles del causante también estaban en España y eso no le impidió afirmar la inexistencia de *domicile* en España. Sin embargo, la dejadez de la recurrente para probar el *domicile* es crucial en la admisión del reenvío, puesto que los criterios de conexión de la *lex causae* inglesa conducen al Derecho español: *domicile* y bien inmueble están en España y no constan propiedades inmobiliarias en otro país.

4. Por dos motivos resulta de gran interés la afirmación de la STS 685/2018 según la cual, la declaración por parte del causante de tener *domicile* británico a efectos sucesorios es un claro indicio de su voluntad de que su sucesión se rija por su ley nacional. En primer lugar, puede ser relevante en un futuro, para apreciar si hay elecciones no expresas de la ley nacional aplicable, *ex art. 22.2º RES* y estaría en la línea del considerando 39 RES, que admite que la elección de ley puede resultar de una disposición *mortis causa* en la que se haga referencia a disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad<sup>6</sup>. En segundo lugar, porque, junto con la referencia a mayor abundamiento a la preferencia otorgada por el RES a la ley elegida por el causante entre las que permite el RES, parece dar a entender que el TS se rinde frente a la evidencia de que la voluntad del testador era instituir heredera a su esposa, tal y como permite su ley nacional y admite que desde el 17 de agosto de 2015 la elección de la ley nacional por los súbditos británicos permite la aplicación del Derecho inglés, sin que quepa reenvío, en detrimento de los derechos de los legitimarios. No obstante, el TS no admite que la voluntad del testador impida el reenvío en el marco del art. 9.8º Cc. En la STS de 2019 afirma que “*la tesis que presupone*

---

<sup>5</sup> ESPIÑEIRA SOTO, I., “Art. 29”, en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (dir.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 245; SÁNCHEZ LORENZO, S., “Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 697, 2006, pp. 2006-2007.

<sup>6</sup> BONOMI, A., y WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Aranzadi/Thomson Reuters, 2015, pp. 275-276; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo...op. cit.*, pp. 138-139; RODRÍGUEZ BENOT, A., “La ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento de la Unión Europea 650/2012: especial referencia a la legítima”, AAVV, *Derecho sucesorio comparado. Las experiencias española y mexicana en un contexto internacional*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, p. 332 y en la misma obra, YBARRA BORES, A., “Derecho sucesorio inglés versus Derecho sucesorio español, problemas prácticos actuales”, p. 397.

la existencia de una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento que sería válido conforme a la misma [...] no es, sin embargo, la solución que ha venido manteniendo la doctrina de esta sala, a la que debemos estar por razones de seguridad jurídica”. Dos razones esgrime el TS para oponerse a atribuir tales efectos a la autonomía de la voluntad del testador: la no inclusión de la autonomía de la voluntad como punto de conexión en el art. 9.8º Cc y la no exclusión del reenvío en caso de elección de ley por el causante en el art. 12.2º Cc, a diferencia de lo que prevé el art. 34.2º RES. En efecto, el RES ofrece un planteamiento diferente, excluyendo el reenvío si se ejercita la *professio iuris* (art. 34.2º RES). Pero, si uno de los objetivos del RES es facilitar al causante la organización de su herencia -argumento que serviría para justificar el rechazo al reenvío en caso de elección de ley por el testador-, el mismo argumento debería ser extrapolable cuando el criterio de conexión sea la residencia habitual, esto es, cuando el causante desee organizar su sucesión basándose en el ordenamiento jurídico correspondiente a su residencia habitual<sup>7</sup>. Que el RES no incluya la voluntad del testador de organizar su sucesión conforme a los ordenamientos jurídicos permitidos -esto es, en caso de sucesión testada- como un motivo de exclusión del reenvío, evidencia que la armonía internacional de soluciones pesa más que la voluntad del causante de organizar su sucesión conforme a un concreto Derecho. Sin embargo, esa armonía internacional de soluciones, fuera del marco de los países de la UE y de los casos en que el Derecho aplicable sea el de uno de los países vinculados por el RES, no se logra, puesto que el rebote de normas de conflicto de la *lex fori* a la *lex causae* y de esta a su vez a la *lex fori* (*lex causae* desde el punto de vista del otro ordenamiento jurídico), impide una única solución en los distintos países implicados. Hay que tener en cuenta que el recurso al reenvío para alcanzar la armonía internacional de soluciones presupone que la consulta a las normas de conflicto de la *lex causae* solo la hace el tribunal del foro, no la autoridad del país correspondiente a la *lex causae*: desde la perspectiva del Derecho inglés, sería aplicable la ley española si el *domicile* y los bienes estuvieran en España. Pero si el juez inglés consultara la norma de conflicto española que remite a la ley nacional del causante (británico), el juez inglés podría querer respetar el reenvío a su propio ordenamiento jurídico. Si ambos jueces respetan el proceder de sus colegas, difícilmente se llegaría a una armonía internacional de soluciones. De ahí que este objetivo no deba ser el único fundamento del reenvío en materia sucesoria al margen de los procesos de integración. E, incluso en el marco de la UE, resulta dudoso que se logre a tenor del art. 34 RES. En cualquier caso, el hecho de que las dos sentencias traigan su causa en fallecimientos ocurridos antes del 17 de agosto de 2015, nos impide conocer si la preservación de la unidad de la sucesión y la prevención del fraccionamiento de la ley aplicable se habrían impuesto si hubiera sido aplicable el art. 34 RES: ¿la admisión del reenvío al que conduciría la aplicación de la norma de conflicto de la ley de un tercer Estado (art. 34.1º b) RES), habría requerido el no fraccionamiento de la ley aplicable a la sucesión?<sup>8</sup> O, por el contrario, ¿dicha exigencia

<sup>7</sup> CALVO VIDAL, I.A., “El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 1, 2015, p. 24.

<sup>8</sup> En este sentido, entre otros, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nota a la STS de 12 de enero de 2015”, *REDI*, vol. 67, 2015 (2), pp. 235-238, espec. p. 238; CALVO VIDAL, I.A., “El reenvío...”, *cit.*, p. 24; ESPÍÑEIRA SOTO, I., “El reenvío del art. 34 del Reglamento (UE) 650(2012)”, *Notarios y Registradores*, junio 2017,

no viene impuesta en el marco del RES, que no lo prevé expresamente y que admite la aplicación de diversas leyes para algunas cuestiones?<sup>9</sup> ¿Procederá un cambio en el planteamiento del reenvío en materia sucesoria, más allá de lo que conlleva su configuración conforme a las reglas del art. 34 RES (posibilidad del reenvío de segundo grado y de un reenvío de retorno no solo a la *lex fori*, sino al Derecho de los Estados miembros)?<sup>10</sup>

5. En los dos testamentos se recurre a una práctica habitual entre los súbditos británicos, incluir una cláusula instituyendo al cónyuge heredero de “todos los bienes radicados en España”. Puesto que se desconoce si existen más bienes en otros países, los problemas sucesorios han de dirimirse como si los bienes declarados fueran los únicos de los que son titulares los causantes. Sin embargo, es probable que solo hayan dispuesto de los bienes en España, esto es, que se trate de testamentos *simpliciter*, limitados a una parte del patrimonio inmobiliario, lo que plantea la duda de si siguen siendo admisibles o no tras el 17 de agosto de 2015<sup>11</sup>. El TS no se pronuncia sobre esta cuestión, pero sí lo ha hecho la Res. DGRN de 15 de junio de 2016, si bien como argumento al margen del recurso que resuelve, afirmando que las disposiciones testamentarias *simpliciter* deben ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial a partir del 17 de agosto de 2015, amparándose en que la sucesión es única y comprende todos los bienes muebles e inmuebles del causante<sup>12</sup>. En mi opinión, aunque lo ideal es que el testador organice toda su sucesión a través de un único instrumento jurídico y que este no tuviera problemas de eficacia en ninguno de los países donde el testador tuviera bienes, nada en el RES obsta al otorgamiento de diferentes testamentos, aunque la ley aplicable a la sucesión deba ser una sola –lo que ya venía siendo así en el marco del art. 9.8º Cc.–, pues una cosa es el título sucesorio y otra la ley aplicable<sup>13</sup>. Máxime, cuando el art. 83.2º RES admite –si bien para los supuestos de elección de ley que haya tenido lugar antes de la fecha de aplicación del RES–, la posibilidad incluso de elegir una ley para los bienes situados en

---

pp. 16-17; LAFUENTE SÁNCHEZ, R., “Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales”, *CDT*, (octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 366-368.

<sup>9</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público”, en GINEBRA MOLÍNS, M.E., y TARABAL BOSCH, J. (dir.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegi de Notaris de Catalunya, Madrid, 2016, p. 152; BONOMI, A. y WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones...op. cit.*, p. 447; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo...op. cit.*, pp. 286-287.

<sup>10</sup> Sin optar por ninguna opción, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 722-723 y 730.

<sup>11</sup> RIPOLL SOLER, A., “Hacia un modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 2, abril-junio 2016, pp. 44-47.

<sup>12</sup> Así lo entiende también FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., *Las sucesiones mortis causa en Europa...op. cit.*, p. 730.

<sup>13</sup> En el mismo sentido, MARIÑO PARDO, F.M., “El testamento del ciudadano británico con residencia habitual en España tras el Reglamento europeo de sucesiones”, disponible en <https://www.franciscomarinoardo.es/mis-articulos/25-sucesiones/176-el-testamento-del-ciudadano-britanico-con-residencia-habitual-en-espana-tras-el-reglamento-europeo-de-sucesiones-caracter-universal-ley-aplicable-professio-iuris-tacita-reenvio-y-unidad-de-la-sucesion-administracion-de-la-herencia-grant-of-probate-y-execu> (consultado el 2 de abril de 2019); YBARRA BORES, A., “La elección del Derecho inglés como ley aplicable a la sucesión en relación a los británicos residentes en España”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 4, 2017, pp. 18-19.

un país, limitando dicha elección a los bienes situados en ese país, si así lo permiten las normas de DIPr del país de la residencia habitual del causante o de su nacionalidad, aunque no cabría elegir una ley para un aspecto concreto de fondo de la sucesión, como las legítimas, por ejemplo<sup>14</sup>. Una elección de ley conforme al art. 22, fuera del supuesto transitorio mencionado, sólo sería factible si alcanza a la totalidad de la sucesión, salvo los casos expresamente previstos de disociación entre la *lex sucessionis* y la ley sucesoria anticipada para las disposiciones testamentarias. En todo caso, si en los casos resueltos por las sentencias comentadas hubiera testamentos otorgados en otros países, habría que resolver el problema de compatibilidad de los mismos, su posible revocación y las dificultades de compatibilidad si en el testamento posterior otorgado en el otro país no se limitara el testador a disponer solo de los bienes ubicados en ese Estado<sup>15</sup>.

6. La sentencia de 2018 tampoco aclara si es necesario obtener el *grant of probate*, que es la resolución judicial por la que se nombra al ejecutor testamentario (llamado *executor* cuando lo designa el testador en el testamento) o el *grant of letters of administration* (que nombra al *administrator* en los casos de sucesión intestada o cuando no ha habido designación), para hacer efectiva la adquisición hereditaria de los bienes inmuebles situados en España en aquellos casos en que la sucesión se rija por el Derecho inglés, esto es, si la exigencia de *personal representative* es una cuestión de procedimiento requerida exclusivamente para la administración de los bienes en Gran Bretaña o si es una cuestión de fondo regida por la ley sucesoria. El tema es polémico y enfrenta a notarios y registradores<sup>16</sup>, que discrepan sobre la necesidad de obtener dicha resolución y sobre cuál es el título sucesorio, el testamento o el *grant of probate* o ambas cosas conjuntamente. La Res. DGRN de 2 de marzo de 2018 zanja la cuestión considerando innecesario en España el *grant of probate* para las sucesiones de británicos derivadas de testamentos en los que existiera una *professio iuris* a favor del Derecho inglés y la Res. DGRN de 14 de febrero de 2019 entiende que el título sucesorio es el testamento y que el *probate* es un elemento adicional de seguridad que garantiza la compatibilidad del contenido del testamento con la ley aplicable a la sucesión y que viene requerido en Gran Bretaña para la administración obligatoria de la herencia. Ahora bien, en ambos casos el testamento se había otorgado ante notario español, lo que convierte al título en documento público, a diferencia de lo que acontece con los testamentos otorgados ante notario inglés. Con independencia de que la inscripción de los derechos hereditarios en el Registro de la Propiedad español -lugar donde se encuentra el único bien inmueble declarado por el causante-, se rija por la *lex rei sitae* y esta (art. 14 LH) admita como título sucesorio a

<sup>14</sup> REQUEJO ISIDRO, M., “El tiempo en el Reglamento 650/2012. Ilustraciones de la práctica española”, *REDI*, vol. 70-2, 2018, p. 144.

<sup>15</sup> MARIÑO PARDO, F.M., “El testamento del ciudadano británico...”, *cit.*

<sup>16</sup> *Vid.* entre otros, DOÑA MARTÍN, M.J., “Los testamentos ingleses y su acceso al Registro de la Propiedad español como título sucesorio”, *Notaria Abierta*, 14 de marzo de 2017, disponible en <https://notariabierta.es/testamentos-ingleses-registro-propiedad-titulo-sucesorio/>; ESTEBAN-HANZA NAVARRO, E., “Testamentos de británicos otorgados en España sin intervención de notario”, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYEXTRANJERAS/ARTICULOS/2012-testamento-britanicos.htm>; NIETO GARCÍA, B., “El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España”, Murcia, 2018, disponible en <http://www.ralyjmurcia.es/sites/default/files/N%C3%BAmero%2034.2018.%20Don%20Miguel%20C3%81ngel%20Cuevas%20de%20Aldasoro.pdf>

efectos registrales el testamento sin más formalidades, debe deslindarse el problema de la inscripción de los derechos reales en el Registro de la Propiedad de los problemas estrictamente sucesorios, que van desde la apertura de la sucesión hasta la transmisión de derechos por título sucesorio a los herederos, pudiendo la ley sucesoria autorizar la toma de posesión de los bienes directamente por los herederos o exigir el nombramiento de un liquidador<sup>17</sup>, siendo estas últimas cuestiones que se rigen en el caso de autos por el Derecho inglés, debiendo ser éste el que determine si el testamento es título sucesorio apto para transmitir los derechos reales sobre los bienes o si lo es el *grant of probate*, aunque será la *lex rei sitae* la que deba determinar cuál es el título sucesorio a efectos registrales, esto es, si el testamento reúne los requisitos para ser título para la inscripción. Las dificultades de obtención del *grant of probate* o de *letters of administration* si el causante no tiene *domicile* en Reino Unido ni bienes en aquel país no han pasado desapercibidas ni a la doctrina ni a la práctica notarial<sup>18</sup>, como tampoco la inexistencia de vías para designar a los *personal representatives* por parte de los notarios españoles<sup>19</sup>, ni el hecho de que para el Derecho inglés la administración de la herencia sea una cuestión regulada por la ley del país donde tiene lugar dicha administración, mientras que en el marco del RES es una materia incluida en el ámbito de la ley sucesoria [art. 23.2º f) RES]<sup>20</sup>, por lo que esta cuestión seguirá dando lugar a polémicas.

7. Sí resuelve la STS 18/2019, en cambio, en las puntualizaciones previas que proporciona antes de entrar a resolver el recurso, varios interrogantes sobre el alcance de las disposiciones transitorias de los arts. 83.2º y 4º RES. En relación con el art. 83.2º, cabía dudar de si la elección de ley realizada antes del 17 de agosto de 2015 -con arreglo a las condiciones establecidas en el Capítulo III del RES o según las condiciones de validez establecidas en las normas de DIPr vigentes en el momento de la elección en el Estado de la residencia habitual del causante o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseyera-, sería válida en caso de que el causante hubiera fallecido antes del 17 de agosto de 2015<sup>21</sup> o si, por el contrario, sólo sería válida dicha elección si el causante falleciera a partir de esa fecha. La misma duda se suscitaba respecto a la disposición transitoria del art. 83.4º, que admite como ley aplicable a la sucesión las disposiciones *mortis causa* hechas antes del 17 de agosto de 2015 de conformidad con la ley que podría haber elegido según el RES. Para el TS la elección de ley y la disposición válida conforme a la ley que podía haber sido elegida hechas antes de la fecha de aplicación del RES solo será válida

---

<sup>17</sup> FORNER DELAYGUA, J., “Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento 650/2012, en GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (dir.), *El Reglamento (UE) 650/2012...op. cit.*, p. 100.

<sup>18</sup> JIMÉNEZ CLAR, A., “Algunas consideraciones sobre el Reglamento sucesorio europeo y sobre sus efectos en la sucesión *mortis causa* de los ciudadanos británicos en España”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 1, 2015, pp. 26-33; YBARRA BORES, A., “La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas”, *CDT*, 2015, vol. 7, núm. 1, pp. 248-252.

<sup>19</sup> NIETO GARCÍA, B., “El título sucesorio...”, *cit.*, pp. 79-81.

<sup>20</sup> ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Art. 29”, en IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (dir.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 246-249; RODRÍGUEZ BENOT, A., *La administración de la herencia en Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2017.

<sup>21</sup> LARA AGUADO, A., “Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos”, *REEI*, núm. 28, diciembre 2014, pp. 7-9.

si el causante hubiera fallecido el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha, sin importar si con ello se deja sin efecto la organización de la herencia hecha por el causante amparándose en la elección anticipada que permite el RES. El TS va más allá y afirma que la elección de ley aplicable y la disposición *mortis causa* realizada por el causante que fallece después del 17 de agosto de 2015 son válidas, incluso aunque se hubiera hecho la elección u otorgado esa disposición *mortis causa* antes de la fecha de entrada en vigor del RES, esto es, antes del 16 de agosto de 2012 (FD 3). De este modo, confirma la doctrina sentada por la Res. DGRN de 15 de junio de 2006 y da la razón a quienes afirman que las disposiciones transitorias del RES avalan tal posibilidad, dada la ambigüedad del art. 83 RES, que no especifica si la fecha en que se debió otorgar la disposición *mortis causa* o la fecha en que debió hacerse la elección debe estar comprendida entre el día de entrada en vigor del RES y la fecha de su aplicación o si, por el contrario, puede ser cualquier momento antes del 17 de agosto de 2015<sup>22</sup>.

8. Durante algún tiempo seguirán planteándose problemas relativos a sucesiones transfronterizas vinculados a la aplicación del art. 9.8º Cc, no solo para resolver los conflictos de leyes interterritoriales, pese a que ya sea aplicable el RES. Las críticas doctrinales a la obsolescencia en general del art. 12.2º Cc se acentúan cuando el causante ha organizado la transmisión *mortis causa* de su patrimonio de conformidad con el ordenamiento jurídico que confía que le será aplicable a su sucesión, pues introduce por la puerta de atrás lo que el causante expresamente ha deseado descartar y genera desconcierto para los herederos ante la posibilidad de una resolución no esperada del objeto de la *litis*. La gran riqueza de cuestiones jurídicas que plantean las sucesiones transfronterizas y, especialmente las que conciernen a los británicos, permiten augurar que estas no serán las últimas sentencias que resuelvan los problemas que el reenvío seguirá suscitando, tanto antes, como después de la aplicación del RES.

---

<sup>22</sup> REQUEJO ISIDRO, M., “El tiempo en el Reglamento 650/2012...”, *cit.*, p. 140. En contra, YBARRA BORES, A., “La sucesión *mortis causa*...”, *cit.*, p. 235.

## LA COMPETENCIA JUDICIAL Y LOS CONTRATOS DE TRABAJO DEL PERSONAL DE VUELO DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS: LA STS 562/2019 DE 24 DE ENERO DE 2019

Lorena Sales Pallarés\*

### I. HECHOS

La STS 562/2019<sup>23</sup> que da lugar a este recurso de casación para la unificación de doctrina trae de nuevo los problemas de determinación de la competencia judicial internacional cuando el objeto son contratos individuales de trabajo de personal de vuelo de las compañías aéreas. Contra la sentencia dictada en suplicación, *Ryanair LTD* (en adelante simplemente *Ryanair*) entendió que existía contradicción entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 2013<sup>24</sup> en la que también se trataba de concretar la jurisdicción internacional en un caso de hechos muy similares, pero en sentido contrario a lo resuelto en la que trae causa a este comentario.

Los hechos probados<sup>25</sup>, plantean el despido disciplinario del demandante por proporcionar certificados falsos de superación de un curso de formación básica de concienciación de seguridad aeroportuaria. El trabajador, ciudadano extranjero con permiso de residencia y con domicilio en la ciudad de Girona, fue contratado por una empresa domiciliada en Irlanda para prestar servicios como tripulante de cabina de pasajeros a bordo de aeronaves con pabellón irlandés y con base en el Aeropuerto de Girona, existiendo en el contrato de trabajo una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de Irlanda. Confirmado el despido, el trabajador interpuso demanda ante los tribunales de Girona, por considerarlo foro adecuado al tener contractualmente asignada con carácter principal la prestación de servicios en esa ciudad. El Juzgado de instancia consideró procedente el despido considerándose en todo caso competente sobre el asunto, lo que llevó a *Ryanair* a interponer recursos hasta la sentencia actual instando siempre se declarara la competencia exclusiva de la jurisdicción irlandesa.

*Ryanair* estima en todo momento que los tribunales españoles no tienen competencia, atendiendo a una multiplicidad de factores: la existencia de una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de Irlanda en el contrato, las circunstancias de trabajador y empleadora, o las circunstancias en que se prestaban los servicios, que entendía ella se llevaban a cabo en aeronaves de nacionalidad irlandesa. Entendía además *Ryanair* que la aplicación de la doctrina emanada de la STS de 30 de diciembre de 2013 apoyaba su tesis y entraba en clara contradicción con lo resuelto en instancias previas por la misma Sala,

---

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

<sup>23</sup> ECLI:ES:TS:2019:562.

<sup>24</sup> ECLI:ES:TS:2013:6664.

<sup>25</sup> Que se encuentran en extenso en la STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2015. ECLI:ES:TSJCAT:2015:6221.

por lo que se solicitaba la unificación de doctrina desestimando la competencia en este caso de la jurisdicción española.

Con estos precedentes la Sala Social del Tribunal Supremo ha tenido de nuevo que pronunciarse sobre las normas de competencia judicial internacional contenidas en los arts. 6.1 y 5, por remisión de los arts. 18.1 y 19 del Reglamento Comunitario CE 44/2001 (aplicable por ámbito temporal a este caso), para determinar qué jurisdicción es la competente para resolver este asunto y cómo hay que interpretar los foros de competencia cuando atañen a contratos de trabajo individual.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Como hemos apuntado, el caso gira en torno a la competencia o no de los tribunales españoles cuando se trata de contratos individuales de trabajo, y tratándose de un recurso de casación para unificación de doctrina, hemos de tener en todo momento presente la sentencia de contraste alegada (STS de 30 de diciembre de 2013), en el sentido de ver si la jurisprudencia avala también en este caso la incompetencia de los tribunales españoles o si hay causa para mantenerla.

No es la primera vez que los tribunales de lo social (ni los nacionales ni los comunitarios) han tenido que pronunciarse por hechos similares, pudiéndose incluso hablar de litigios “tipo”, cuyo objeto suele ser un despido improcedente o una reclamación de cantidades tras la resolución de un contrato de trabajo por parte del personal de vuelo contra una compañía aérea, en la mayoría de los casos por no decir todos, *Ryanair*, en connivencia con las ETT que le prestan sus servicios de cesión de personal: *Crewlink* o *Work Force*<sup>26</sup>. Tanto *Ryanair* como *Crewlink* o *Work Force* tienen su sede en Irlanda, y celebran por tanto los contratos en aquel país con el personal de vuelo respondiendo a un modelo redactado en inglés, en el que con variaciones, se especifican las prestaciones del personal de la tripulación: las tareas propias del cargo, la apertura de una cuenta en una entidad bancaria irlandesa para percibir su salario a través de la misma y, fundamental para nuestro caso la asignación a cada uno de ellos de una “base” -lugar en el que reciben la organización de la jornada diaria de vuelo, siendo este el lugar de donde parten y al que regresan tras finalizar la misma y donde se les obliga a fijar su residencia-.

Incluyen estos contratos además, siempre dos cláusulas que desde el punto de vista del Derecho internacional privado revisten importancia: la de atribución de competencia judicial internacional a los tribunales irlandeses para conocer de todo litigio que se puede derivar del contrato de trabajo, y la de elección de la ley irlandesa, como ley que lo rige. Surgido el litigio, el trabajador demandante suele acudir en la mayoría de los casos ante los tribunales más cercanos, esto es, los tribunales del país donde se encuentra su “base” y, que en la mayoría de las ocasiones coincide con su lugar de su residencia habitual. Esta

---

<sup>26</sup> Por todos nos vamos a referir a la STJUE de 14 de septiembre de 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Nogueira y otros c. Crewlink Ireland Ltd*, y *Moreno Osácar c. Ryanair*, aunque ya en 2004 se planteó ante el TJUE el asunto C-555/03, *Magali Warbecq c. Ryanair Ltd.*, Auto TJUE de 10 de junio, que hizo que el tribunal se planteara como cuestiones prejudiciales algunos de estos puntos, aunque por una cuestión de competencia el TJCE no pudo entrar a resolver las cuestiones planteadas.

elección por parte del trabajador se encuentra (invariablemente) con la impugnación de la compañía aérea demandada alegando la existencia de una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales irlandeses inserta en el contrato, junto con la nacionalidad irlandesa de la aeronave del lugar dónde, según el empresario, desempeña habitualmente su trabajo la tripulación.

Sobre la validez de esta cláusula de elección de foro, el propio artículo 21 del Reglamento 44/2001, las somete a dos requisitos que no se cumplen en el supuesto de hecho contemplado, ya que la elección del foro de competencia se ha realizado con anterioridad al nacimiento del litigio y sobre todo, porque no permite formular la demanda ante tribunales diferentes a los que remiten las reglas de competencia aplicadas, impidiendo de este modo ejercer la facultad de optar entre los tribunales legalmente previstos.

Con estas premisas nuestro Alto Tribunal aborda en un único y extenso Fundamento de Derecho Tercero la cuestión de la competencia propia y de la concordancia con la sentencia de contraste. Siendo bastante coincidente en los hechos, la sentencia de 2013 presenta algunas diferencias que hay que resaltar para entender por qué no se produce una contradicción en la decisión del Tribunal Supremo aunque se llegue a afirmar en este caso la competencia de los tribunales españoles. Por un lado los hechos probados de aquella mostraban un trabajador español (auxiliar de cabina de aviones de *Ryanair*) con domicilio en España y residencia habitual en Noruega, siendo ésta la ciudad donde desarrollaba de forma habitual su relación laboral al ser esta su “base”. El trabajador formula demanda de despido en Madrid contra dos empresas (*Workforce* y *Ryanair*) domiciliadas en Irlanda, acogiéndose al hecho de que una de ellas tiene oficina o base en el Aeropuerto de Madrid.

En ambos casos existe en el contrato de trabajo la cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales irlandeses, pero la aplicación e interpretación del Reglamento 44/2001 lleva a una respuesta diferente.

La cuestión debatida es cómo y dónde entender ubicado el lugar de la prestación de servicios, en el sentido de los artículos 6.1 y 5 del Reglamento 44/2001, por remisión de los artículos 18.1 y 19 del mismo texto legal. Se trata por tanto de ver si como afirma *Ryanair*, el lugar de la prestación de servicios es el propio avión de la compañía, siendo la “base” únicamente el lugar desde el que se inicia o finaliza el vuelo o el periodo de la actividad de transporte de la compañía, o si el concepto de “base” permite abrir la excepción a la regla general de modo que el trabajador pueda demandar, no ante el tribunal del domicilio del empleador si concurren las reglas de conexión (art. 19.2 en relación al art. 5.1) sino ante el del lugar de cumplimiento de su prestación de servicios, entendiendo como tal la “base” designada en el contrato de trabajo.

Para argumentar su posición el Supremo se ha apoyado en la STJUE de 14 de septiembre de 2017<sup>27</sup>, donde se tuvo la ocasión de abordar la determinación del lugar donde

---

<sup>27</sup> Comentada por HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Personal de vuelo de las compañías aéreas: tribunal internacionalmente competente en materia de contrato individual de trabajo. (Algunas reflexiones en torno

desempeñan habitualmente su trabajo el personal de vuelo a efectos de fijar el tribunal competente. En este pronunciamiento el TJUE creó la presunción de equiparar para el personal de vuelo el lugar en el que el *trabajador desempeñare habitualmente su trabajo* (art. 19.2.a)) con la “base”, siguiendo de este modo su línea jurisprudencial existente en torno a este artículo en textos precedentes.

El planteamiento que hace suyo el Alto Tribunal parte de un razonamiento en tres puntos, esto es, la interpretación del art. 19.2 de forma *autónoma, amplia* y configurando el concepto “base” como una presunción a partir de una serie de *indicios*.

En este sentido resulta inevitable recordar que estamos hablando de contratos individuales de trabajo que están sujetos a la interpretación autónoma para justamente proteger una aplicación uniforme de la norma y de las reglas de competencia, dotando así de seguridad jurídica a todas las partes, pero especialmente al trabajador. Pero también debe ser necesariamente autónoma para que el concepto “lugar donde se desempeña habitualmente el trabajo” no se vea *atrapado* por interpretaciones de textos legales (nacionales o comunitarios) que aunque regulen estas situaciones no lo hagan con la finalidad de armonizar y unificar las normas de Derecho internacional privado, de modo que en realidad generan más distorsión que ayuda.

En concreto, el TJUE rechaza la equiparación de este concepto con la “nacionalidad” de las aeronaves en el sentido del art. 17 del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil<sup>28</sup> o con el concepto de “base” que establece el anexo III del Reglamento 3922/91<sup>29</sup>. Justo por ello sí toma en consideración las disposiciones y jurisprudencia recaída sobre el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable en la medida que ello ayuda a mantener una interpretación armónica y coherente de los textos que regulan cuestiones de Derecho internacional privado<sup>30</sup>, aunque sin perder de vista que persiguen objetivos diferentes y por tanto, ni siquiera la búsqueda de esta coherencia interna puede llevarnos a interpretaciones ajenas al propio sistema.

Todo el sistema de la *Sección 5* del Reglamento 44/2001 está pensado para proteger a la parte débil del contrato, el trabajador, de modo que la regla general cede para que pueda demandar al empleador ante el órgano jurisdiccional que considere más cercano a sus intereses, esto es, ante el tribunal del lugar en el que está desempeñando habitualmente su trabajo, y que en los casos de los tripulantes de vuelo se asimila a la “base” en la que se circunscribe su contrato de trabajo y en la mayoría de los casos también su residencia habitual.

Y llega a esta afirmación el TJUE (que sigue la Sala de lo Social del Supremo) cuando entiende que el principal problema que suscita el foro del lugar donde habitualmente se

---

a la STJUE 14 septiembre 2017 asuntos acumulados *Crewlink y Ryanair*”, CDT, Vol.10, núm. 2, 2018, pp. 852-865.

<sup>28</sup> STJUE de 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink y Ryanair*, apartados 75 y 76.

<sup>29</sup> STJUE de 14 septiembre 2017, apartado 65 y 66.

<sup>30</sup> STJUE de 14 septiembre 2017, apartados 55 y 56.

presta el trabajo, surge cuando empresario y trabajador tienen domicilios en Estados distintos y los servicios se desarrollan en más de un Estado. En estos casos realizar una interpretación *amplia*<sup>31</sup> implicará entender que el criterio del Estado miembro en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo es toda una serie de posibilidades<sup>32</sup> que para el personal de vuelo de una compañía aérea debe identificarse como el “lugar a partir del cual el trabajador cumple principalmente sus obligaciones respecto de su empresa”<sup>33</sup>. Por tanto, para verificar que se tiene competencia se debe identificar el “lugar a partir del cual” ese trabajador cumplía con su contrato de trabajo a partir de una serie de *indicios*<sup>34</sup> que se cumplen en el concepto de “base”<sup>35</sup> del anexo III del Reglamento 3922/91. A pesar de que, como hemos dicho con anterioridad, el concepto debía ser autónomo y por tanto se rechazaban equiparaciones con otras normativas como el Reglamento 3922/91, ello no obsta para que sea un criterio *indiciario* que nos indique cómo interpretar la idea de la “base”.

Si de lo que se trata es de determinar el lugar a partir del cual el personal de vuelo empieza o termina de manera sistemática su jornada de trabajo, porque ese es por lo tanto el lugar donde los trabajadores desempeñan habitualmente su trabajo, ese lugar coincidente con la “base” puede desempeñar el nexo que permita conceder competencia judicial internacional en atención al artículo 19.2.a) del Reglamento 44/2001.

Refuerza esta presunción el hecho de que la determinación de una “base” concreta para el trabajador es criterio y decisión exclusiva del operador<sup>36</sup> y no del trabajador, por lo que de algún modo la compañía aérea sí determina el lugar de trabajo *concreto* para cada miembro de la tripulación cuando les asigna una determinada “base” en su contrato de trabajo. De los hechos de los que trae causa esta STS 562/2019 se da por probado que el trabajador tiene su “base” principal en el Aeropuerto de Girona, por lo tanto, y aunque *Ryanair* quiera introducir en su contrato la nacionalidad de las aeronaves para considerar que el puesto de trabajo debe entenderse situado en Irlanda, la interpretación autónoma

---

<sup>31</sup> STJUE de 14 septiembre 2017, apartado 57 y STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker* C-64/12, apartado 31 y jurisprudencia allí citada.

<sup>32</sup> Desde la ubicación del despacho profesional desde el que el trabajador desempeña sus actividades, el lugar en el que le trabajador ha establecido su residencia, y al que regresa después de cada uno de los desplazamientos. A falta de un centro efectivo de actividades profesionales a partir del cual el trabajador cumpla sus obligaciones respecto a la empresa, y en ausencia de cualquier otro criterio, el lugar de trabajo desde el cual o partir del cual el trabajador desempeña sus obligaciones se pueden entender como el lugar en el que el trabajador cumple de hecho lo esencial de sus obligaciones, esto es, el lugar donde el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo.

<sup>33</sup> STJUE de 14 septiembre 2017, apartado 60.

<sup>34</sup> Varios son los indicios a los que se refiere el propio TJUE, recogidos por nuestro Tribunal Supremo, en los apartados 63 y 64 de la STJUE de 14 septiembre 2017.

<sup>35</sup> En concreto el concepto se define en la OPS 1.1095 del anexo III del Reglamento 3922/91 de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil, DO L núm. 373, de 31 de diciembre de 1991, como el lugar a partir del cual el personal de vuelo comienza sistemáticamente su jornada de trabajo y en el cual la termina, organizando en él su trabajo cotidiano, y cerca del cual los empleados, durante el período de cumplimiento de su contrato de trabajo, han establecido su residencia y están a disposición del transportista aéreo.

<sup>36</sup> De acuerdo con la OPS 1.1090, punto 3.1. del anexo III del Reglamento 3922/91 de 16 de diciembre de 1991.

del concepto lleva a rechazar esta interpretación por la misma razón que impide asimilarla al concepto de base del anexo III del Reglamento 3922/91.

Ni puede ni debe asumirse un concepto que no sea autónomo al propio Reglamento 44/2001 y al sentir y objetivo que persigue su articulado. Pero ello no significa que en la medida que el concepto que utiliza el anexo III del Reglamento 3922/91 de “base” constituya un *indicio significativo* del lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo este no deba ser tenido en cuenta y aplicarse. Y por lo tanto, no solo es factible sino que es mantener una interpretación acorde con la doctrina emanada de la propia Sala, entender como conexión territorial la del aeropuerto español constituido como base en el contrato de trabajo como fuero alternativo elegido por el trabajador de conformidad con la norma comunitaria referida y con la trascendencia que a ese concepto de “base” le otorga la propia jurisprudencia europea, por lo que dicha resolución ha de confirmarse.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

No es tan pacífica como pareciera la consideración del concepto de “base” como “lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo” a pesar de que el Tribunal Supremo haga suyas estas manifestaciones. La introducción de algunos matices por parte del TJUE en la Sentencia de 14 de septiembre de 2017 (apartado 73) abre la vía<sup>37</sup> a que, al funcionar como presunción, la misma quede desvirtuada atendiendo a los elementos fácticos de cada caso, de modo que se pudieran encontrar unos vínculos de conexión más estrechos con un lugar de trabajo distinto a esa “base”.

Peligrosamente se acerca este matiz hecho por el juzgador comunitario a la admisión de un *fórum non conveniens* en materia de contratos individuales de trabajo que convertiría un foro de protección del trabajador en un arma arrojadiza contra el mismo, como ya ha puesto de manifiesto la STSJ CV de 9 de enero de 2018<sup>38</sup>, donde ante unos hechos muy similares a los visto en este caso llega a la conclusión el Tribunal de que aun dando por indicio que la “base” era el Aeropuerto de Manises (Valencia), la misma no puede considerarse determinante a los efectos de fijar la competencia del tribunal, remitiéndose a una valoración del conjunto de circunstancias, con la que llega a entender que la parte principal de sus obligaciones frente al empresario no es en España (donde radica la “base”) sino en la aeronave (de pabellón irlandesa), por lo que declara la falta de competencia de los Tribunales españoles.

La línea jurisprudencial del Tribunal Supremo parece mantener la esencia de los foros de protección en los contratos individuales de trabajo en el sentido de permitir la entrada habilitada por el art. 19.2.a) del Reglamento a través del concepto de “base”, pero habrá que estar pendiente de la evolución de esta presunción en el seno comunitario, donde efectivamente sería deseable<sup>39</sup> que el TJUE determinara la forma de desvirtuar la

---

<sup>37</sup> Como pone de relieve HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Personal de vuelo de las compañías aéreas...”, *op. cit.*, pp. 863 y 864.

<sup>38</sup> ECLI: ES:TSJCV:2018:239.

<sup>39</sup> Cfr. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Personal de vuelo de las compañías aéreas...”, *op. cit.*, p. 865.

presunción para los contratos de trabajo del personal de vuelo evitando a los tribunales nacionales seguir lidiando con la determinación del “lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo” en los casos del personal de vuelo.

## LA “CRISIS” DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN UCRANIA Y EL CAOS EN EL MINISTERIO DE JUSTICIA (COMENTARIO A LAS INSTRUCCIONES DE LA DGRN DE 14 Y 18 DE FEBRERO DE 2019)

Pilar Jiménez Blanco\*

### I. EL CONTEXTO

Los acontecimientos vividos en Ucrania en torno a varias familias españolas “atrapadas” en aquel país con niños nacidos al amparo de contratos de gestación por sustitución han hecho visibles, una vez más, los riesgos a los que nos aboca el tratamiento de esta cuestión en el marco del Derecho español actual. Tenemos una solución normativa interna clara (la nulidad de los contratos de gestación por sustitución a tenor del art. 10 Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, LTRHA). Por otro lado, contábamos con una línea práctica registral relativamente consolidada, después de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, cuando existe una resolución judicial en el Estado de origen, aunque con resultado judicial incierto en caso de impugnación de la inscripción registral por el Ministerio Fiscal. Finalmente, quedan en una situación todavía más impredecible, si cabe, las situaciones derivadas de contratos de gestación suscritos en Estados de origen que no prevén resolución judicial de atribución de la filiación. Tal es el caso de los niños nacidos en Ucrania y que ha originado la reciente polémica, otra más, que tanta repercusión mediática ha tenido.

El contexto fáctico es el siguiente: conforme a una práctica más o menos conocida, las familias españolas que realizaban contratos de gestación por sustitución en Ucrania conseguían obtener el pasaporte del niño como español siempre que al menos el padre intencional acreditara la vinculación biológica con el menor, con pruebas de ADN que se valoraban en el propio Consulado. El fundamento, más bien la explicación, de tal modo de proceder se encuentra en los efectos del criterio sentado por el TEDH en los asuntos *Labassee* y *Menesson* conforme al cual el Estado de acogida tenía que permitir la determinación la filiación a favor del padre intencional biológico al amparo de la protección del derecho a la vida privada del menor, protegido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y ello aunque en origen la situación se hubiera generado de manera fraudulenta contraviniendo la propia prohibición del Estado de acogida.

Sin embargo, un cambio de criterio en la actuación del Consulado español en Kiev desencadenó un bloqueo a la salida de los niños de Ucrania y, en consecuencia, de las

---

\* Profesora Titular, acreditada Catedrática, de Derecho internacional privado en la Universidad de Oviedo ([pilarj@uniovi.es](mailto:pilarj@uniovi.es)). Miembro del Grupo de Investigación Consolidado del Principado de Asturias "EURODER-UNIOVI-.IDI/2018/000187". El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017-86017-R, "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

familias españolas con esos niños, al no realizarse ya la prueba de identificación biológica ante el Consulado como paso previo a la documentación de los niños. Esta situación en torno a las “familias atrapadas” en Ucrania ya había motivado un Comunicado emitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores el 29 de agosto de 2018, reiterando que desaconsejaban a las familias españolas que se desplazaran a aquel país a suscribir contratos de gestación y que la paralización de expedientes se debía a la necesidad de un estudio individualizado<sup>40</sup>. El cambio de criterio no cerraba la puerta a la identificación de la vinculación biológica con los recién nacidos, pero obligaba a que el procedimiento probatorio se efectuara en España. Ello exigía, para la salida de los recién nacidos de Ucrania, su previa documentación con pasaporte ucraniano para entrar en nuestro territorio. La presión mediática ejercida fue, probablemente, la causa que motivó la Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, que pretendió establecer unas directrices de actuación para las inscripciones consulares atendiendo a la diversidad de situaciones posibles en origen. La citada Instrucción, inexplicablemente, no llegó a publicarse en el BOE, aunque prueba de su existencia fue la publicación, cuatro días más tarde, de una nueva Instrucción, fechada el 18 de febrero de 2019, derogatoria de aquella<sup>41</sup>.

Al margen de consideraciones de fondo, la imagen dada por el Ministerio de Justicia durante el mes de febrero ha sido lamentable y ha hecho visible una falta de criterio sólido y fundado en la materia<sup>42</sup>. En todo caso, lo que se pretende en las líneas que siguen es analizar las soluciones establecidas en las dos Instrucciones, valorando su inserción en el marco normativo español y su adecuación a los criterios que el TEDH ha venido estableciendo hasta la fecha.

## II. LA INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO: LA NOVEDAD

La Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019 pretendió establecer unas directrices de actuación para los encargados consulares para la inscripción de las filiaciones tanto si existía una resolución judicial en el Estado de origen, como si no. Se establecía además una previsión para los casos de vinculación biológica con la madre intencional.

La primera directriz era, sin duda, la menos novedosa, puesto que incorporaba esencialmente los criterios establecidos en la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010. El supuesto cubre los supuestos de existencia de resolución judicial de filiación en el Estado de origen a favor de los padres intencionales y sin necesaria referencia a la vinculación biológica con el menor. Se reproducen aquí las mismas condiciones para el

---

<sup>40</sup> “Casos de inscripción de nacimientos en el Registro Civil Consular de la Embajada de España en Kiev” [http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2018\\_COMUNICADOS/20180829\\_COMU114.aspx](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2018_COMUNICADOS/20180829_COMU114.aspx). Vid. otros Comunicados, como los relativos al Consulado General de España en Moscú o la Embajada de España en Astana (Kazajstán) en Pertusa Rodríguez, L., “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado”, *CDT*, Vol. 10, 2018, pp. 597 y ss., esp. p. 612.

<sup>41</sup> Esta segunda Instrucción sí fue objeto de publicación en el *BOE* núm. 45, de 21-II-2019.

<sup>42</sup> Una valoración crítica de urgencia ya puede verse en FLORES RODRÍGUEZ, J., “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?”, *Diario La Ley*, N° 9388, 2 de abril de 2019; VELA SÁNCHEZ, A.J., “Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero”, *ibid.*, N° 9396, 12 de abril de 2019.

reconocimiento de la sentencia extranjera que, como ya hemos indicado en otro lugar, se formularon e interpretaron siempre con una clara tendencia pro-gestación por sustitución<sup>43</sup>.

Las principales novedades de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 se encuentran en las directrices segunda y tercera que tienen, como denominador común, el tratamiento de la gestación cuando no exista sentencia en el Estado de origen. En este escenario, se comienza recordando la prohibición de inscripción sobre la base de la mera certificación registral extranjera o certificado médico donde no conste la identidad de la mujer gestante. Tal solución es acorde con la idea de protección de la voluntad de la mujer gestante y de evitar el tráfico de menores, dada la ausencia de garantías mínimas sobre el consentimiento de aquella a la renuncia de la maternidad. La cautela no es nueva y ya había determinado una práctica de la DGRN contraria a la inscripción de gestaciones que procedían, por ejemplo, de la India, sin mención registral de la madre gestante<sup>44</sup>.

En este escenario, se habilita una vía alternativa que permitiría también en estos casos el establecimiento de la filiación a favor de los padres intencionales con vinculación biológica con el menor. La previsión de esta vía alternativa deriva de la citada jurisprudencia en los asuntos *Labassee* y *Menesson*. A ello responde también el principio de veracidad biológica establecida en nuestro Derecho, fundamento de una disposición como el art. 10.3 de la LTRHA. A partir de aquí, los criterios de actuación propuestos se bifurcan en función del establecimiento de la filiación paterna o materna.

El supuesto más visible en la práctica ha sido el del padre intencional que tiene una vinculación biológica con el recién nacido. En estos casos, la inscripción en el Registro civil español requiere, primero, que conste la madre gestante y que da a luz al niño, siendo el parto el dato que fundamenta el establecimiento de la filiación materna. El segundo requisito es la competencia del Registro Civil español que presupone la determinación de la filiación respecto de un progenitor nacional español, ya sea a través de una sentencia recaída en un proceso judicial de filiación o ya sea a través de reconocimiento por el padre en una de las formas legalmente admitidas. En este supuesto, se exige adicionalmente una acreditación de la vinculación biológica con el menor, generalmente a través de la realización de pruebas de ADN. La insuficiencia de la mera declaración de reconocimiento de la paternidad para proceder a la inscripción tiende claramente a evitar reconocimientos de conveniencia o en fraude de ley. La justificación dada por la DGRN es la protección del derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos y la prevención de supuestos de tráfico internacional de menores. No obstante, la Instrucción deja abierta la posibilidad a que esa prueba se realice directamente ante las autoridades consulares lo que permite documentar al niño en origen y facilita el traslado con el padre intencional a

---

<sup>43</sup> Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., “Efectos en España de la gestación por sustitución realizada en el extranjero”, en NÚÑEZ PAZ, I. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 301 y ss., esp. p. 303.

<sup>44</sup> Véase que, por ejemplo, la ausencia de resolución judicial para el caso de niños nacidos en la India fue la causa de rechazo a inscripciones procedentes de la India, donde no constaba en la certificación de origen ni la madre gestante: Resoluciones de DGRN 5/2011, de 6 de mayo y 2/2011, de 23 de septiembre.

España. Con ello, se evitaría la imagen de familias españolas “atrapadas” en el Estado de origen, causa antecedente e inmediata de esta directriz.

Respecto a la pareja del padre biológico, la vía prevista es la de la posterior adopción del menor por el procedimiento establecido en el art. 177 C.c. y, por supuesto, con el necesario asentimiento de la madre gestante. Nótese que, en este contexto, no está prevista la posibilidad de determinación biológica a favor de la madre comitente que sustituya, por esta vía, la inscripción a favor de la madre gestante, interrogante que intenta solventar la directriz tercera.

En efecto, el caso más problemático, y menos visible hasta la fecha, es aquel en el que no exista resolución judicial de origen y la madre intencional tenga una vinculación biológica con el menor. Lógicamente se parte de que el Derecho del Estado de origen atribuye directamente la filiación a favor de la madre intencional, y nunca de la gestante. Según la directriz tercera, la inscripción de la filiación requiere, en estos supuestos, acreditar el consentimiento de la gestante, la inscripción de la filiación a favor de la madre comitente en el Registro de origen y el vínculo genético entre la madre intencional y el recién nacido, por haber aportado esta su óvulo para la fecundación. Para la acreditación del consentimiento de la gestante, solo se requiere que el mismo quede reflejado en el propio contrato, condición que debe entenderse insuficiente sin, al menos, unas garantías de forma mínimas que reflejen de manera indubitada el consentimiento libre y debidamente informado de la gestante. Por su parte, la determinación de la maternidad por vínculos biológicos se justifica en la Instrucción con la aplicación analógica del art. 10.3 de la LTRHA, equiparando el tratamiento de la filiación biológica paterna y materna de los padres intencionales. Dicha equiparación podría entenderse lógica pero implica una interpretación *contra legem* del art. 10.2 de la misma Ley, que fija la maternidad en el parto. En efecto, la LTRHA ha separado deliberadamente el establecimiento de filiación paterna, basado en el dato biológico, de la filiación materna, establecida por el parto. Este dato es obviado, hay que entender con voluntarismo, por parte de la Instrucción. La finalidad es avalar la renuncia al hijo por parte de la gestante y ordenar inscribir directamente la filiación a favor de la madre intencional. Este es un paso realmente novedoso y todavía no contemplado directamente en la jurisprudencia del TEDH, como veremos seguidamente.

La directriz tercera pretende reforzar el planteamiento utilizando la regla de Derecho aplicable al establecimiento de la filiación, esto es, el art. 9.4 C.c., comenzando por su primera conexión basada en de la residencia habitual del menor en el momento de establecerse la filiación, entendiendo que ello nos remitiría al lugar de residencia de los recién nacidos hasta que se produzca su traslado. En nuestro caso controvertido, esto conduciría a la ley de Ucrania. Aunque esta referencia es interesante, no es conclusiva, o no es al menos en el sentido que pretende el Centro Directivo. Ciertamente, a pesar de que el actual art. 9.4 C.c. nos remita al Estado de la residencia habitual, la solución dada por este Derecho podría rechazarse invocando el (intencionadamente) eludido orden público y el fraude a la ley española, en las claves interpretadas por el Tribunal Supremo. Por otra parte, en la siempre difícil determinación de la residencia habitual de un recién nacido, no sería desdeñable plantearse esta residencia como su residencia futura

inmediata, lo que nos llevaría al Derecho español y también nos abocaría a rechazar el establecimiento de la filiación.

### III. LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO: EL RETROCESO

La Instrucción de 18 de febrero supone un retroceso y una vuelta parcial al sistema anterior, “resucitando” la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010. La justificación que consta en los antecedentes de esa marcha atrás es variada: la protección del menor y de los derechos de las mujeres frente a situaciones de vulnerabilidad e incluso una denuncia de “ilicitud” de la actividad lucrativa desempeñada por las agencias mediadoras que operan en ese sector.

Bajo estas premisas se entiende que la existencia de una resolución judicial dictada en origen es un sistema más garantista y, desde luego lo es, para acreditar el libre consentimiento de la mujer gestante. Podía plantearse la duda sobre la compatibilidad de mantener tal posicionamiento después de la STS de 6 de febrero de 2014, cuestión que, en su momento, ya la propia DGRN quiso atajar con la Resolución de Consulta de la DGRN de 11 de julio de 2014, declarando plenamente vigente los criterios sostenidos en 2010. En efecto, en los antecedentes de hecho del caso decidido por el TS, no constaba ninguna resolución judicial dictada por un tribunal californiano, lo que precisamente sirvió para el TS hiciera un planteamiento genérico de orden público preventivo frente al fenómeno de la gestación por sustitución. Contando en el caso concreto con una resolución judicial que avale la determinación de la filiación del niño a favor de los padres intencionales y el libre e irrevocable consentimiento informado de la gestante, se desactivaría la mayor parte de la argumentación sostenida por el Alto Tribunal.

Sin embargo, el retroceso al sistema anterior no puede ser total, dado que debe asumir la proyección que tiene la jurisprudencia del TEDH sobre la necesidad (la obligación) de habilitar alguna vía para el establecimiento de la filiación en caso de vinculación biológica con el padre intencional, y ello totalmente al margen de la inexistencia de una resolución judicial en origen. El cambio respecto de la Instrucción de 14 de febrero es que se cierra la posibilidad de que la acreditación del vínculo biológico pueda cumplimentarse ante la autoridad consular, obligando a que la prueba se practique en España o se inste el correspondiente procedimiento judicial de filiación<sup>45</sup>. El hecho de que la acreditación de la filiación tenga que realizarse en territorio español puede retrasar el proceso y generar dificultades de toda índole para las familias intencionales. Este régimen convierte el problema de la determinación de la filiación biológica en un problema de extranjería. Primero, debe lograrse la documentación de viaje del menor con un pasaporte del Estado de origen, lo que puede no ser factible si dicho Estado no establece la nacionalidad de origen a su favor<sup>46</sup>; las dificultades aún se podrían acrecentar más si no consigue

---

<sup>45</sup> Véase un precedente en este sentido en la Resolución DGRN núm. 115/2014 de 19 diciembre ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), JUR 2015\259979).

<sup>46</sup> *Vid.* esta problemática en JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, pp. 310 y ss. Sin embargo, no parece ser este el caso del Derecho ucraniano, cuyo art. 7.4 de Ley nº 2235 de 18 de enero de 2001, de la ciudadanía de Ucrania, establece «*El nacido en Ucrania de padres extranjeros que ostenten justificación legal para*

documentarse al recién nacido, siquiera provisionalmente, con un título de viaje español, tal y como ya ha ocurrido en la práctica judicial española<sup>47</sup>. Segundo, si la prueba biológica fracasara, el menor tendría que volver al Estado de origen, lo que genera un viaje de ida y vuelta que habría que tratar de evitar.

Por otra parte, podría decirse que, al menos formalmente, se intenta cubrir el expediente en relación con el TEDH, dado que no se cierra la posibilidad de determinación de la filiación biológica del padre intencional. El mayor inconveniente es el que se genera para las familias comitentes quienes deben conocer y asumir, de antemano, los riesgos y costes que el proceso puede acarrearles. Después de todo, no conviene obviar el dato de que son las familias quienes se han colocado de manera voluntaria en esa situación intentando huir de la regulación interna. El hecho de que aun así resulte posible establecer la filiación biológica se hace por preservar el derecho a la vida privada del niño pero no al amparo de un derecho a la paternidad/maternidad que, al menos de momento, no se ha identificado como tal. En este sentido se ha manifestado el TEDH que, en el asunto *D. and Others v. Belgium*<sup>48</sup>, rechazó la invocación del art. 8 CEDH por parte de los padres intencionales, que estuvieron separados varios meses del recién nacido en Ucrania hasta que pudieron acreditar el vínculo biológico y obtener la documentación del niño para poder entrar en Bélgica. Considerando este precedente, la vía procedimental abierta en esta nueva Instrucción sería compatible con las pautas hasta ahora sostenidas por el TEDH. Y ello aun contando con los inconvenientes que puede causar a las familias.

Finalmente, deben subrayarse los silencios de la Instrucción en dos puntos: uno, el establecimiento de la filiación respecto de la pareja (hombre o mujer) del padre intencional biológico; dos, la fijación de la filiación respecto de la madre intencional que tenga vínculo genético con el recién nacido.

Respecto al primer punto, el silencio de la Instrucción debe entenderse suplido con la posibilidad de adopción del menor por la pareja, tal y como ya había recomendado el TS,

---

*residir en el territorio de Ucrania de forma permanente se considerará nacional de Ucrania, siempre que no haya adquirido por nacimiento la nacionalidad de cualquiera de los padres»* (véase la referencia en referencia en FLORES RODRÍGUEZ, J., *loc. cit.*, p. 3, aunque no compartimos la interpretación que hace este autor del precepto). Esto implicaría que si no puede establecerse la filiación respecto de un progenitor español no adquirirían la nacionalidad española y, en consecuencia, serían considerados ucranianos como forma de evitar la apatridia del nacido [véase la analogía con nuestro art. 17.1.c) C.c..].

<sup>47</sup> Una de las vías propuestas sería la prevista en el R.D. 116/2013 de 15 de febrero, sobre expedición de pasaporte provisional y salvoconductos. Pero no resulta posible esperar una aplicación generalizada de esta solución y así pudo constatarse en la STSJ 209/2017, Sala de lo contencioso, de Madrid de 13 de marzo del 2017 (ECLI: ES:TSJM:2017:1247). La base de la Sentencia fue un recurso contra la Resolución del Consulado General de España en Moscú, que denegó la solicitud de concesión de salvoconducto formulada para un recién nacido en el contexto de un contrato de gestación subrogada celebrado en Rusia por los recurrentes, de nacionalidad española. Tampoco existe aquí una vía tipo la Instrucción de 31 de mayo de 2005, por la que se establece un procedimiento específico en relación con la venida a España de menores extranjeros adoptados (con adopción simple o plena) o con resolución de tutela con fines de adopción, por parte de ciudadanos españoles, por residentes comunitarios o por nacionales de terceros países residentes en España, cuando los menores viajan con pasaporte de su país de origen, al no haber sido posible su inscripción en el Registro civil consular y Circular DGI/SGRJ/04/2000.

<sup>48</sup> STEDH de 8 de julio de 2014, asunto *D. and Others v. Belgium*, nº 29176/13.

en la citada Sentencia de 6 de febrero de 2014. Encaja esta posibilidad como una de las vías (aunque no necesariamente la única) que los Derechos nacionales deben prever para fijar el vínculo de filiación con la pareja, tal y como se desprende del reciente Dictamen consultivo del TEDH<sup>49</sup>. Cabe entender que ello no es excluyente de otros cauces regulados por los Derechos nacionales, tales como la filiación por posesión de estado.

Queda la incógnita de la madre intencional vinculada genéticamente con el recién nacido. Ninguna respuesta se da a este caso en la Instrucción de 18 de febrero. Lo curioso es que tampoco ninguna respuesta se dio en el Dictamen del TEDH citado. En efecto, a pesar de haber sido directamente preguntado sobre esta cuestión, el TEDH eludió una respuesta expresa. Podría entenderse que la laguna debería ser colmada, según lo indicado en la Instrucción de 14 de febrero, acudiendo a una aplicación analógica del art. 10.3 de la LTRHA. Pero es dudosa la identidad de razón desde el momento en el que la determinación biológica de la madre intencional implica adicionalmente la supresión del art. 10.2 excepcionando el criterio de la maternidad vinculado al parto. Con ello se abre una revisión de la determinación general de la maternidad.

#### IV. ¿Y AHORA QUÉ? PREGUNTAS SIN RESPUESTAS

Hago propia la crítica de que miremos adonde miremos lo único que se van obteniendo son respuestas parciales y limitadas<sup>50</sup>, resolviendo casos concretos y sofocando las presiones mediáticas que periódicamente van apareciendo. La caótica imagen ofrecida muestra una falta clara de orientación técnica en torno a esta cuestión, movida más por sensibilidades políticas que por rigurosos análisis técnicos. Y queda pendiente lógicamente una reflexión seria y rigurosa que resuelva las incógnitas y las incoherencias en esta materia.

Una incoherencia, y muestra palpable del doble lenguaje del Derecho español, es el ejercicio de la actividad de las agencias intermediarias que operan en el mercado español ofreciendo sus servicios para gestionar contratos de gestación por sustitución en diversos países. Desde la perspectiva puramente contractual, puede darse la circunstancia de condenar a una empresa por asumir una obligación de resultado si finalmente no logra establecerse la filiación y así lo corrobora la reciente SAP de Barcelona (sección 4ª) de 15 de enero de 2019<sup>51</sup>. Pero esa misma respuesta asume implícitamente la licitud de la actividad. Es importante evitar aquí la publicidad engañosa, ofreciendo resultados que vayan más allá del asesoramiento sobre la incierta inscripción registral de la filiación y la también imprevisible impugnación por parte del Ministerio Fiscal.

Una incógnita no resuelta para todos los casos es el establecimiento de la filiación a favor de la pareja del padre intencional biológico. Respecto de este último, el TEDH ya ha dejado claro el establecimiento de la filiación al amparo del derecho a la vida privada del

---

<sup>49</sup> Dictamen del TEDH, Gran Sala, emitido el 10 de abril de 2019 a instancias de la *Cour de cassation* francesa (Solicitud P16-2018-001).

<sup>50</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución”, en *Mujer, Maternidad y Derecho*, pp. 8-9 (disponible en el portal Academia.edu).

<sup>51</sup> ECLI: ES:APB:2019:74.

menor. Pero de este derecho a la vida privada del menor, ¿deriva del mismo modo y con la misma intensidad la obligación de establecer la filiación respecto de la pareja? El reciente Dictamen parece apuntar en esa dirección pero dista mucho de poder consolidarse la vía para hacerlo. Se dejan a los Derechos nacionales los cauces para ese establecimiento aunque con el condicionante de que sean efectivos y rápidos, en aras a la protección de interés del menor. La respuesta concreta no es evidente y se requeriría otro debate sobre si la firma de un contrato de gestación por sustitución puede suplir la necesidad de asentimiento a la adopción por parte del padre intencional. La práctica española reciente ha rechazado tal posibilidad porque no cabe entender alterado el régimen general de la adopción y su procedimiento<sup>52</sup>. Con ello, queda en situación incierta el establecimiento de la filiación a favor de la pareja.

Subsiste además una cuestión de perspectiva de género oculta. La filiación biológica de la madre intencional también reclama respuesta y además una respuesta coherente con el planteamiento sostenido para el padre intencional. Si el derecho a la vida privada del menor obliga a establecer un mecanismo para establecer la filiación por vinculación biológica, ¿es ello predicable solo del padre intencional? Es decir, si es la madre intencional la que tiene dicha vinculación ¿descartamos la filiación biológica? Entonces, siguiendo con la línea abierta en el Dictamen del TEDH, deberá estar habilitada otra vía, pero ¿cuál? ¿una adopción con un procedimiento *ad hoc* para cubrir esta situación?

Es el momento de un pronunciamiento legislativo riguroso, fundamentado y coherente, que nos reconcilie con el elemental principio de la seguridad jurídica.

---

<sup>52</sup> En el Auto 87/2018 de la AP de Asturias, de 24 de julio de 2018 (ECLI: ECLI:ES:APO:2018:987A), se rechazó la adopción por la pareja por oposición a la misma por parte del padre biológico; por su parte, el Auto 565/2018 de la AP de Barcelona (sección nº 18) de 16 de octubre de 2018 (ECLI: ECLI:ES:APB:2018:6494A) se rechazó la adopción por la necesidad de contar con el asentimiento de la madre gestante.

**«KAFALA» Y VIDA FAMILIAR DESDE EL DERECHO DE  
EXTRANJERÍA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL  
TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA)  
DE 26 DE MARZO DE 2019**

**Isabel E. Lázaro González\***

**I. EL CASO PLANTEADO ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA**

La «kafala» plantea, sin duda, numerosas cuestiones de interés a los Derechos europeos por constituir el territorio europeo, a causa de las migraciones, un espacio privilegiado de encuentro –no siempre de diálogo y entendimiento- entre la cultura occidental y el mundo islámico. El carácter multifuncional de la «kafala» y su ambivalencia bien como una medida de protección de la infancia, bien, en particular con respecto a la «kafala» notarial marroquí, como un instrumento de trata y abuso, los efectos de esta institución, que existe en el Derecho de los países musulmanes pero que resulta desconocida en Europa, se encuentran –como ocurre con otras instituciones- trufados por las exigencias del control de fronteras propias del Derecho de extranjería.

Esta crónica no pretende introducir una reflexión holística sobre la «kafala», reflexión seguramente necesaria, pero inadecuada en estas escasas páginas. Me limito a presentar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019 en el asunto C-129/18<sup>53</sup> y el problema que en ella se debate: ¿es el «makful» miembro de la familia del «kafil» a los efectos de la reagrupación familiar que regula el Derecho de extranjería?

En el caso, un matrimonio de franceses, los Sres. M., casados en Reino Unido, viajan en 2009 a Argelia para que se evalúe su idoneidad para ser considerados aptos como «kafiles» y acoger a menores en régimen de «kafala». Se constituye en 2011 la «kafala» de una niña abandonada a través de una resolución judicial. En la resolución se delega la patria potestad a los Sres. M. de acuerdo con la legislación argelina. Los Sres. M se comprometen a impartir a la niña una educación islámica, procurar su bienestar físico y moral, cubrir sus necesidades, ocuparse de su educación, tratarla como si fueran sus padres biológicos, protegerla, defenderla ante la justicia y asumir la responsabilidad civil por actos lesivos. La «kafala» les permite obtener prestaciones familiares, subsidios e indemnizaciones reclamables, firmar todos los documentos administrativos y de viaje y viajar con la niña fuera de Argelia. En una decisión posterior se autoriza el cambio de apellido de la niña por el de sus «kafiles», como permite un Decreto desde 1992 en Argelia<sup>54</sup>.

---

\* Profesora Propia Ordinaria de Derecho internacional privado. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas – ICADE.

<sup>53</sup> ECLI:EU:C:2019:248

<sup>54</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («kafala»)”. *Diario La Ley*, N° 7393, Sección Doctrina, 3 mayo 2010, Año XXXI, LA LEY 2131/2010, p. 4.

Más de un año después de la constitución de la «kafala», la niña solicita permiso de entrada en Reino Unido como hija adoptiva de nacional del Espacio Económico Europeo con residencia permanente en el país. Esta solicitud fue rechazada por el responsable de los permisos de entrada al entender que no es equiparable la «kafala» argelina a la adopción.

Tras varias instancias judiciales, el Tribunal Supremo del Reino Unido plantea al Tribunal de Justicia de la Unión tres cuestiones prejudiciales en torno a la eficacia en Europa de la institución de la «kafala». La respuesta del Tribunal de Luxemburgo a la primera de las cuestiones planteadas (“¿Es un “descendiente directo” en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38 el menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la «kafala» o a una disposición equivalente prevista en la legislación [de su país de origen]?”) convierte en improcedente la respuesta a las otras cuestiones.

## II. LA «KAFALA» Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

La «kafala» es una institución del Derecho islámico a través de la cual el «kafil» (titular de la «kafala») voluntariamente se hace cargo del cuidado, la educación y la protección de un niño («makful») del mismo modo en que un padre lo haría con su hijo<sup>55</sup>. Enmarcada en un Derecho profundamente religioso, constituyen elementos fundamentales de la institución la preservación de los lazos de sangre que llevan a excluir la adopción y el compromiso que adquiere el «kafil» de educar al niño en la fe musulmana y, por tanto, la exigencia de que el «kafil» profese esta fe. A partir de estos elementos básicos, la configuración concreta de la institución y sus modalidades varían dentro del Islam según el sistema jurídico de referencia<sup>56</sup>.

Resulta relevante distinguir dos clases de «kafala» atendiendo a la situación del niño para el que se establece esta protección y al papel de la autoridad en su constitución. La «kafala» notarial se constituye por los padres de forma privada a favor de un familiar o un tercero y se formaliza ante el notario. Se trata de una delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, cuya titularidad conservan los padres, en la que los «kafiles» no tienen siempre la representación del niño. La «kafala» judicial se constituye por la autoridad judicial tras declarar al niño abandonado<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> DIAGO DIAGO, P. “La *kafala* islámica en España”, *CDT*, marzo 2010, Vol. 2, Nº 1, p. 142; MARCHAL ESCALONA, N., “La «*kafala*» marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* Nº 3, 2013. Vid. también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 9 de diciembre de 2011, Roj: STS 8175/2011.

<sup>56</sup> DIAGO DIAGO, P. “La *kafala* islámica en España”, *cit.*, p. 142.

<sup>57</sup> La declaración de abandono procede cuando el niño es hijo de padres desconocidos o cuando el padre sea desconocido y la madre lo haya abandonado voluntariamente, cuando el niño sea huérfano o sus padres no se hagan cargo de él o no asuman los deberes de protección. Vid. MARCHAL ESCALONA, N. “La *kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *cit.*, p. 6.

### III. LA CONDICIÓN DE DESCENDIENTE DIRECTO DE UN CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA «KAFALA»

La cuestión planteada al Tribunal de la Unión ni pretende ni permite que el Tribunal afronte todas las cuestiones jurídicas que puede plantear la «kafala» al Derecho comunitario o los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros. Se trata de determinar si el menor extranjero bajo «kafala» de un ciudadano europeo es un descendiente directo en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c) de la Directiva 2004/38<sup>58</sup>. Nos encontramos dentro del marco de uno de los derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados Miembros, derecho del ciudadano y de los miembros de su familia.

La Directiva entiende como miembro de la familia a los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja; miembros de la familia que acompañen o se reúnan con un ciudadano de la Unión que no se encuentra en el Estado del que es nacional.

Para determinar si resulta aplicable este artículo el Tribunal debe llevar a cabo un proceso de calificación de una institución que resulta desconocida en el Derecho de la Unión y en los Derechos de los Estados Miembros. Como es habitual el Tribunal insiste en que “se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de dicha disposición normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme”<sup>59</sup>, para lo que “procederá tener en cuenta no solo su tenor literal sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte”<sup>60</sup>. El proceso exige –como tradicionalmente se ha entendido- mirar en una doble dirección: en primer lugar, debe atenderse a las características de la institución en el sistema jurídico de origen (¿qué es la «kafala» y cómo se caracteriza en el Derecho argelino?); y, en un segundo momento, interpretar la norma de la Directiva y su alcance para determinar si la «kafala» tiene cabida en ella. De la mirada al ordenamiento de origen de la institución hemos tratado con anterioridad. A continuación, me centraré en el alcance de la norma comunitaria y la posibilidad de encajar en ella la situación de la niña sujeta a «kafala» en el caso que se plantea.

De las características de la institución en el Derecho argelino parece claro que la «kafala» no crea un vínculo de filiación, ni en sentido amplio (biológico y jurídico), y no quiere crearlo en el sentido de la cultura occidental como ya se ha señalado<sup>61</sup>. A pesar del

---

<sup>58</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DOUE L 158/77, 30 de abril de 2004).

<sup>59</sup> §50 de la sentencia.

<sup>60</sup> §51 de la sentencia.

<sup>61</sup> Para un análisis muy interesante de la «kafala» como medida de protección a la infancia y sus diferencias con la adopción vid. ADROHER BIOSCA, S. “La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria?”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 45, mayo-agosto 2017, pp. 203-220.

mandato de interpretar la norma en sentido amplio, no se justifica considerar que los menores bajo «kafala» queden comprendidos en el concepto de «descendientes directos». Ni la tutela ni el acogimiento familiar podrían considerarse instituciones más cercanas a la «kafala» pero ninguna de ellas tiene cabida en el concepto de “descendiente directo” del artículo 2<sup>62</sup>.

#### **IV. EL NIÑO BAJO «KAFALA» COMO OTRO MIEMBRO DE LA FAMILIA**

Aunque esta conclusión habría bastado para dar por respondida la cuestión prejudicial, el Tribunal quiere ofrecer una vía para la entrada de estos niños junto a quienes conforman su entorno familiar. Entiende el órgano jurisdiccional que estos menores encajarán en el concepto de «otro miembro de la familia» que contempla el artículo 3, apartado 2, letra a) de la Directiva 2004/38. Mientras los descendientes directos del ciudadano europeo tienen en los demás Estados Miembros que no son el de su nacionalidad derecho a la libre circulación y residencia y, por tanto, derecho a un visado de entrada, para los otros miembros de la familia que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia la Directiva exige únicamente que los Estados Miembros faciliten, de acuerdo con su legislación nacional, la entrada y residencia. Se quiere preservar de esta forma -con escasas garantías- el mantenimiento de la unidad de la familia en un sentido amplio siempre que la persona mantenga con el ciudadano de la Unión “relaciones estrechas y estables por razón de circunstancias de hecho específicas, como una dependencia financiera, una relación de convivencia o motivos graves de salud”<sup>63</sup>.

#### **V. ¿HASTA DÓNDE LLEGA LA LIBERTAD DEL ESTADO EN LA APRECIACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PERMITEN CONSIDERAR AL NIÑO BAJO «KAFALA» MIEMBRO DE LA FAMILIA?**

La Directiva, como ya he señalado, obliga a los Estados a facilitar la entrada y residencia de otros miembros de la familia. Queda a la regulación de los Estados determinar qué circunstancias que deben tenerse en cuenta y cómo deben valorarse. Es decir, cada Estado, a partir de este punto, goza de un amplio margen de apreciación “siempre que su legislación contenga criterios que sean conformes con el sentido habitual del término «facilitará» del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 y que no priven a dicha disposición de su efecto útil”<sup>64</sup>.

Los Estados Miembros, no obstante, se mueven dentro de unos márgenes de libertad limitados en el establecimiento de tales criterios para apreciar las circunstancias que

---

<sup>62</sup> Así lo entiende el Tribunal en el §55 de la sentencia respecto a la tutela: “Por el contrario, el mandato de interpretar la disposición en sentido amplio no justifica la interpretación que se desprende del punto 2.1.2 de la Comunicación COM (2009) 313 final, esto es, que los menores que se hallan bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión están comprendidos en el concepto de «descendientes directos» a los efectos del artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38”.

<sup>63</sup> §60 de la sentencia. En este sentido ya se había pronunciado el Tribunal (Gran Sala) en su sentencia de 5 de septiembre de 2012, Asunto C-83/11, *Rahman y otros*.

<sup>64</sup> §63 de la sentencia.

concurrer en cada caso. Desde mi punto de vista, el interés superior del niño debe ser el eje fundamental que articule la decisión de autorizar la entrada del niño en el territorio del Estado en su condición de «otro miembro de la familia». A ello obliga el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, vinculante para todos los Estados de las Naciones Unidas (salvo Estados Unidos), para cuya adecuada aplicación el Comité de los Derechos del Niño ha dictado su Observación General núm. 14<sup>65</sup>. En el contexto europeo debe tenerse en cuenta el artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>66</sup>. Junto al interés superior del niño, debe tenerse en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar como es entendido por el artículo 7 de la Carta y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales e interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este marco normativo obliga a examinar las características de la «kafala» (notarial o judicial), las relaciones afectivas entre el «kafil» y el «makful», la convivencia entre ambos, el tiempo que lleva el niño bajo «kafala», el nivel de dependencia personal y económica, el posible riesgo de abuso, explotación o tráfico, etc.

Tras poner sobre la mesa el Tribunal de Luxemburgo estas bases para la decisión a tomar, concluye: “En caso de que, (...), se demuestre que, en condiciones normales, los menores sometidos al régimen de «kafala» argelina y sus tutores (que son ciudadanos de la Unión) llevarán una vida familiar efectiva y que los menores dependen de sus tutores, las exigencias vinculadas al derecho fundamental al respeto de la vida familiar, junto con la obligación de tener en cuenta el interés superior de los menores, en principio requerirán que se otorgue a estos el derecho de entrada y residencia como «otro miembro de la familia» de un ciudadano de la Unión, a los efectos del artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38, interpretando este a la luz de los artículos 7 y 24, apartado 2, de la Carta, al objeto de permitir que los menores vivan con sus tutores en el Estado miembro de acogida de estos”<sup>67</sup>.

## **VI. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO QUE RECIBE LA «KAFALA» EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL**

En el Derecho de Extranjería español, aunque no se haga expresa referencia a la «kafala», la cuestión que estamos examinando tiene su marco normativo en el artículo 17 de la Ley de Extranjería cuyo texto fue modificado en 2009 en el apartado 1, c): “Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea

---

<sup>65</sup> Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14.

<sup>66</sup> DOCE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

<sup>67</sup> §71 de la sentencia.

su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español”<sup>68</sup>.

En distintas Instrucciones los Centros directivos competentes se han pronunciado sobre la figura. Así, la Instrucción de la Dirección General de Inmigración de 27 de septiembre de 2007 recoge las dos vías que se ofrecen para obtener un visado al niño sometido a «kafala» de un español o de un extranjero residente en España<sup>69</sup>. Si se trata de una «kafala» constituida por los propios padres del niño, ya se formalice únicamente ante notario, ya se formalice judicialmente, el cauce adecuado es el previsto para el desplazamiento temporal de menores extranjeros en el artículo 93 del Reglamento de la Ley de Extranjería. Si, por el contrario, nos encontramos ante una «kafala» judicial constituida tras la declaración de abandono del niño, en la que el «kafil» español o residente en España tiene la representación legal del niño, resulta aplicable el artículo 17.1.c) de la Ley de Extranjería y entra en juego entonces el derecho a la reagrupación familiar. El Dictamen 1/2010, de la Fiscalía General del Estado, sobre la posibilidad de que la kafala pueda equipararse a la tutela o al acogimiento a efectos de permitir proponer la adopción, en sus referencias al Derecho de Extranjería, se mantiene en la misma línea. El sistema da especial relevancia a la representación legal del «kafil» respecto al «makful». Merecería la pena una seria reflexión en torno a qué facultades de la responsabilidad parental requieren ser atendidas desde las exigencias de la reagrupación familiar, pues quizá la obligación de cuidado y educación se encuentren más vinculadas a una exigencia de convivencia y respeto al entorno familiar del niño.

## **VII. MIEDOS ANTE LA INSTITUCIÓN: LA “CARA OCULTA” DE LA «KAFALA», LAS “FALSAS «KAFALAS»” Y LA ADOPCIÓN ENCUBIERTA**

Nos encontramos ante una institución que genera desconfianza. No solo el hecho de la diferencia preocupa sino su potencial para alterar los muros que detienen la entrada de extranjeros a Europa por la exigencia de respeto al interés superior del niño y a la vida familiar. Ciertamente pueden mencionarse algunas experiencias -que mencionamos a continuación- que preocupan.

Con la expresión «les petites bonnes» se da nombre a un fenómeno detectado en Francia. Se trata de niños y, sobre todo, niñas, procedentes de zonas rurales que son entregados por sus padres en «kafala» notarial y llevadas a las ciudades para que trabajen como empleadas domésticas. A partir de un acuerdo privado, la familia biológica recibe o bien una compensación económica periódica, o bien una cantidad en el momento de la entrega del niño. Los niños, instalados en la casa del «kafil», pierden la relación con sus padres aunque éstos conserven la responsabilidad parental y en ocasiones son explotados o maltratados. Como respuesta a esta situación en Marruecos se dicta una Circular (la Circular de 7 de febrero de 1996) en la que se insta a los adules a investigar a través de la

---

<sup>68</sup> Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

<sup>69</sup> Instrucción DGI/SGRJ/06/2007, sobre la kafala.

Fiscalía General si quien pretende ser «kafil» es apto y reúne los requisitos que exige la ley que regula los menores abandonados.

La «kafala» ha venido utilizándose por algunos ciudadanos europeos como una alternativa a la adopción, incluso a la adopción internacional<sup>70</sup>. Las dificultades que para la constitución de una adopción provocan tanto la reducción del número de niños susceptibles de ser adoptados en territorio europeo como el filtro garantista del Convenio de La Haya de 1993 vienen a impulsar el recurso a otras vías alternativas –incluso de forma fraudulenta- para dar un cauce a ese deseo de paternidad.

Estos riesgos no justifican una negativa sistemática de la autorización de entrada de los niños bajo «kafala». Estoy de acuerdo con Arce cuando señala que corresponde al Estado español “justificar la denegación de entrada o residencia al menor en kafala del residente comunitario si éste justifica que el menor se encontraba a su cargo en el país de procedencia”<sup>71</sup>. No resulta admisible privar a un niño de su vida familiar sin que exista una causa legítima acreditada.

---

<sup>70</sup> Así lo apreció el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo) de Reino Unido en el caso. Este órgano jurisdiccional consideró que los Sres. M habían iniciado en Argelia los trámites para obtener la custodia de menores en régimen de «kafala» al saber que es más sencillo obtener la custodia de un niño en Argelia que en el Reino Unido. También entendió este Tribunal que el proceso de evaluación de su capacidad para ser tutores que los consideró «aptos» para acoger a menores en régimen de «kafala» argelina era «de alcance limitado».

<sup>71</sup> ARCE JIMÉNEZ, E. “La kafala marroquí y el Derecho de Extranjería”. *Revista de Derecho migratorio y extranjería*. Nº 13, 2006, p. 278.