

# CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**POR S. ADROHER BIOSCA, R. ARENAS GARCÍA, P. JIMÉNEZ BLANCO,  
P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS Y A. YBARRA BORES**

**COORDINADA POR B. AÑOVEROS TERRADAS\***

## SUMARIO:

REMISIÓN A UN ÓRGANO JURISDICCIONAL MEJOR SITUADO Y TRASLADO  
ILÍCITO DE MENORES. SENTENCIA DEL TJUE DE 13 DE JULIO DE 2023 (C-87/22)

POR S. ADROHER BIOSCA ..... PP. 601-606

¿ACASO SOY EL GUARDIÁN DE MI HERMANO? MEDIDAS ANTIPROCESO Y  
ORDEN PÚBLICO [A PROPÓSITO DE LA STJ (SALA TERCERA), DE 7 DE SEP-  
TIEMBRE DE 2023, C-590/21]

POR R. ARENAS GARCÍA ..... PP. 607-614

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, DOBLE PATERNIDAD Y RELACIÓN FAMILIAR  
COMO ALLEGADOS EN UNA SITUACIÓN INTERNACIONAL (STS, SALA DE LO  
CIVIL, Nº 1958/2023, DE 16 DE MAYO DE 2023)

POR P. JIMÉNEZ BLANCO ..... PP. 615-621

ASIGNACIÓN DE SEXO LEGAL INDETERMINADO: STJ DE ANDALUCÍA (SALA  
DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª) NÚM. 83/2023, DE 23  
DE ENERO

POR P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS ..... PP. 623-628

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, (SECCIÓN 4ª), DE 3  
DE MAYO DE 2023: A VUELTAS CON LA PROFESSIO IURIS ANTICIPADA

POR A. YBARRA BORES ..... PP. 629- 633

---

\* B. Añoberos Terradas, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona.



# REMISIÓN A UN ÓRGANO JURISDICCIONAL MEJOR SITUADO Y TRASLADO ILÍCITO DE MENORES. SENTENCIA DEL TJUE DE 13 DE JULIO DE 2023 (C-87/22)

SALOMÉ ADROHER BIOSCA\*

## I. HECHOS

La sentencia de la Sala cuarta del TJUE de 13 de julio de 2023 versa sobre la remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto del artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, en adelante el Reglamento cuando ese órgano es el de un estado al que el niño ha sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores. Se trata de una figura novedosa en el Derecho europeo solo prevista en este Reglamento y únicamente en relación a la responsabilidad parental<sup>1</sup>, que algunos han denominado “fórum non conveniens”<sup>2</sup>.

El caso se refiere a una pareja de eslovacos, padres de dos niños nacidos en Eslovaquia en 2012. En 2014, se establecieron en Austria, país en el que los niños asistieron a la escuela infantil, pero en 2017 fueron escolarizados en Eslovaquia acudiendo todos los días al centro educativo desde su domicilio en Austria. Los niños prácticamente solo hablan eslovaco. Los padres se separan a comienzos de 2020, y en julio de ese año, la madre se llevó a los niños a vivir con ella en Eslovaquia, sin el consentimiento del padre.

---

\* Profesora propia ordinaria de Derecho internacional privado de la Universidad Pontificia Comillas. ECLI:EU:C:2023:571

1 Musseva, B., *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas IIb*, Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2023, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/426843> la califica de “regla innovadora”.

2 SÁNCHEZ LÓPEZ, B., “Responsabilidad parental y la aplicación del fórum non conveniens de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: La STJUE de 27 de octubre de 2016”. *CDT* (Marzo 2018), Vol. 10, n.º 1, pp. 639-656; DURÁN AYAGO, A., “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (arts. 11,12,13 y 14). En CAMPUZANO DÍAZ, B., *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2022, pp.103-110. Como señala HERRANZ BALLESTEROS, M., (*El fórum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*. Tirant lo Blanch 2011, pp. 193-97) existen dos importantes diferencias entre el fórum non conveniens tradicional y el previsto en el art. 15 del Reglamento: el Estado remitido no es competente en virtud del Reglamento y las autoridades a las que se puede remitir están tasadas por el propio Reglamento. En este mismo sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., (“Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D. La Ley Unión Europea, n.º 43, 30 de diciembre de 2016, Año IV, Editorial Wolters Kluwer, p. 1) señala que en todo caso sería un fórum conveniens/ fórum non conveniens peculiar por su “naturaleza cooperativa bilateral y del establecimiento apriorístico de las alternativas al Tribunal normalmente competente”. El TJUE la ha denominado “mecanismo de cooperación” (Asunto C-455/15, par. 44, Asunto C/8722 par. 40 entre otros).

El padre presentó dos demandas: una de restitución del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (en adelante CH80) en Eslovaquia, y otra en Austria en la que solicitaba la custodia exclusiva de sus dos hijos. La madre se opuso a esta última demanda formulando una excepción de falta de competencia internacional alegando que los niños siempre habían tenido su residencia habitual en Eslovaquia y que no estaban integrados socialmente en el lugar del domicilio familiar en Austria. El tribunal de primera instancia estimó dicha excepción pero tanto el Tribunal Regional como el Tribunal Supremo de Austria la desestimaron.

La madre pidió entonces al Tribunal de Distrito austriaco que solicite al órgano jurisdiccional eslovaco que se declarase competente en materia de custodia de los menores (artículos 15, 1 b y 2 a y 5 del Reglamento). Alegó que además del procedimiento de restitución existían varios procedimientos pendientes ante el Tribunal comarcal eslovaco iniciados tanto por el padre como por ella misma y, los órganos jurisdiccionales de este país estaban mejor situados para conocer de la cuestión de la responsabilidad parental, habida cuenta de las múltiples diligencias probatorias llevadas a cabo. El padre se opuso a tal solicitud por considerar que la competencia prevista en el artículo 15 no puede transferirse a los tribunales del Estado miembro que conocen de una demanda de restitución en virtud del CH80.

El Tribunal austriaco estimó las pretensiones de la madre considerando que el Tribunal eslovaco, que ya había dictado varias resoluciones relativas al derecho de visita, era el mejor situado para resolver sobre la responsabilidad parental. Asimismo, en su opinión, un procedimiento judicial ante los tribunales austriacos se vería dificultado ya que los exámenes psicológicos y sociales de los niños precisarían de intérprete jurado.

El padre recurrió la solicitud ante el Tribunal Regional austriaco, que elevó al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Debe interpretarse el artículo 15 del Reglamento en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto, al considerar que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, solicita a ese otro que ejerza su competencia, esta solicitud es lícita aun en el caso de que ese segundo Estado miembro sea donde el menor tiene su residencia habitual tras haber sido trasladado allí ilícitamente?
- 2) ¿Debe interpretarse el artículo 15 del Reglamento en el sentido de que los criterios que contiene para el traspaso de la competencia son taxativos, sin que sea necesario atender a otros criterios que tengan en cuenta un procedimiento iniciado de conformidad con el artículo 8 del CH80?

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

No es la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre el mecanismo previsto el artículo 15 del Reglamento<sup>3</sup>, si bien ha sido un precepto de escasa aplicación<sup>4</sup> tanto en la jurisprudencia europea, como en la española<sup>5</sup>. Sin embargo, lo singular de esta sentencia es que si bien no es la primera vez en que el TJUE analiza la aplicación del art. 15 en el contexto de un posible traslado ilícito de menores (también en el asunto C-455/15) resuelve sobre la validez de la transferencia prevista en dicho artículo al órgano judicial del Estado al que se ha producido dicho traslado. Por ello, me centraré en tres aspectos, los dos primeros, coincidentes con las dos cuestiones prejudiciales y el tercero, que no se plantea en la sentencia, sobre la calificación de la residencia habitual de los menores.

En primer lugar, el presupuesto de aplicación del artículo 15 implica determinar si el Estado miembro competente respecto del fondo puede excepcionalmente utilizar el mecanismo de remisión cuando el Estado al que remite la competencia es al que los niños han sido trasladados ilícitamente, ya que el TJUE había precisado tres cuestiones con anterioridad en relación a este presupuesto.

La primera es que el art. 15 no es aplicable en los siguientes casos: a) cuando el primer Estado tiene competencia para adoptar medidas cautelares (art. 20) pero no respecto del fondo (arts. 8-13) (Asunto C-523/07 del TJCE); b) cuando ambos órganos jurisdiccionales son competentes para conocer del fondo del asunto (por ejemplo, el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda es prorrogado por los progenitores y el segundo es el de la residencia habitual de los menores) (Asunto C-478/17<sup>6</sup>). Además, el tribunal competente en virtud de la prórroga de competencia del art. 12 que ya ha dictado una resolución firme, no puede traspasar la competencia al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro en virtud del art. 15, dado que ya no existe ningún procedimiento en curso en materia de responsabilidad parental (Asunto C436/13).

La segunda es que este mecanismo es también aplicable en el ámbito de protección de menores y de adopción de medidas de protección de carácter público y aunque “la declaración de competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro requiera que ulteriormente una autoridad de ese otro Estado miembro inicie un procedimiento distinto del incoado en el

---

3 Resoluciones del TJCE o TJUE: 2 de abril de 2009 (asunto C-523/07, TJCE\2009\83); 1 de octubre de 2014 (asunto C436/13, ECLI:EU:C:2014:2246); 19 de noviembre de 2015 (asunto C-455/15, ECLI:EU:C:2015:763); 27 de octubre de 2016 (asunto C-428/15, TJCE\2016\537); 4 de octubre de 2018 (asunto C-478/17, ECLI:EU:C:2018:812), y Auto de 10 de julio de 2019 (ASUNTO 530/18, ECLI:EU:C:2019:583).

4 DURAN AYAGO, A., *op. cit.* p 104.

5 La figura ha sido objeto también de poca jurisprudencia española: AP de Salamanca (Sección 1ª) Sentencia núm. 486/2006 de 29 noviembre (JUR\2007\144148); AP de Barcelona (Sección 18ª) Auto núm. 161/2015 de 20 mayo (AC\2015\789); AP de Gerona (Sección 2ª) Sentencia núm. 175/2019 de 7 mayo (JUR\2019\159786); AP de Girona (Sección 2ª) Sentencia núm. 104/2019 de 18 marzo (JUR\2019\101106); AP de Vizcaya (Sección 4ª) Auto núm. 102/2020 de 23 enero (JUR\2020\93584).

6 CAMPUZANO DÍAZ, B., “El art. 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ Y JO, AS. 478/17 CDT (octubre 2019), Vol. 11, nº 2, pp. 452-461.

primer Estado miembro, con arreglo a su Derecho interno y en consideración a circunstancias fácticas eventualmente diferentes” (Asunto C-428/15<sup>7</sup>).

La tercera es que la aplicación del art. 15 no puede controlarse en sede de reconocimiento, a pesar de que el art. 24 no alude específicamente a este precepto al negar el control de la competencia judicial del tribunal de origen (Asunto C-455/15).

Por tanto, el presupuesto de aplicación del artículo 15 es que el órgano jurisdiccional remitente sea competente con carácter principal y el órgano remitido no lo sea (según los arts. 8-13), que el primero no haya dictado una resolución firme, que el supuesto se produzca tanto en el ámbito de una crisis matrimonial o de pareja como en procedimientos de protección de menores, y que cumpla los tres criterios que se analizarán en segundo lugar. El TJUE señala en el caso lo siguiente: “cuando el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre el fondo de un litigio relativo a la responsabilidad parental basa esa competencia en el artículo 10 del Reglamento, el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, que pueda considerarse que está mejor situado para conocer del asunto, en el sentido del artículo 15 de dicho Reglamento, será, por regla general, un órgano del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente”. En consecuencia, a la primera cuestión prejudicial responde que el art. 15 debe interpretarse “en el sentido de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, competente para resolver sobre el fondo de un asunto en materia de responsabilidad parental con arreglo al artículo 10 puede solicitar, excepcionalmente, la remisión de ese asunto, prevista en el artículo 15, a un órgano jurisdiccional del Estado miembro al que ese menor ha sido ilícitamente trasladado por uno de sus progenitores”.

En segundo lugar, debe analizarse si los criterios establecidos en el artículo 15 para el órgano jurisdiccional remitente considere facultativa y excepcionalmente la remisión, son taxativos. El artículo 15 exige el consentimiento de, al menos, una de las partes, que se cumplan una serie de condiciones procedimentales, y que den tres requisitos acumulativos: que el órgano remitido tenga una vinculación especial, esté mejor situado para conocer y la remisión responda al interés superior del menor. Por tanto, entre estos no se menciona como obstáculo la existencia de un procedimiento de restitución sin resolución firme del CH80, en el Estado miembro al que el menor afectado ha sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores, pero este hecho debe ser tomado en cuenta para determinar si se cumplen los tres requisitos previstos señalados.

El TJUE en este caso evalúa positivamente la vinculación especial con Eslovenia, ya que se da uno de los criterios previstos en el Reglamento, la nacionalidad de los niños.

En segundo lugar analiza si el tribunal de este país está mejor situado, y lo traduce en que la remisión aporte “un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor” (Asuntos C428/15 y C530/18). Para ello recuerda que no puede tenerse en cuenta el Derecho material del otro Estado, pero si las normas procesales y de obtención de pruebas (debemos entender como tal la facilidad para obtener las pruebas puesto que los niños viven allí, pero no las diferencias entre los derechos procesales, vid. Asunto C530/18). Y en este sentido,

---

7 SÁNCHEZ LÓPEZ, B, *op. cit.*; ÁVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*

el tribunal eslovaco está “en mejores condiciones para captar todas las circunstancias de hecho que rodean la vida y las necesidades del menor afectado y para adoptar, basándose en el criterio de proximidad, las decisiones adecuadas con respecto a él”. En este caso concreto, cuando se ha presentado una demanda de restitución del CH80 ante las autoridades competentes del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente, no puede considerarse que ningún órgano jurisdiccional de ese Estado miembro esté «mejor situado» para conocer del asunto, (art. 15, del Reglamento) antes de que transcurra el plazo de seis semanas, previsto en los artículos 11 del CH80 y del Reglamento, respetivamente. Además, la demora importante en la que incurran los tribunales de dicho Estado miembro para conocer de esa demanda de restitución, puede constituir un elemento desfavorable para considerar que tales tribunales están mejor situados para resolver sobre el fondo del derecho de custodia.

En tercer lugar, en este caso, el requisito del interés superior del menor, se debe traducir en que el Tribunal eslovaco no puede adoptar una resolución sobre el fondo del derecho de custodia, antes de pronunciarse sobre la demanda de restitución del menor.

Por tanto el TJUE concluye que el artículo 15.1 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que los requisitos a los que se supedita la posibilidad del órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para resolver sobre el fondo de un asunto en materia de responsabilidad parental de solicitar la remisión de ese asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro son solo los expresamente enunciados en dicha disposición. Al examinar de un lado, la existencia, en ese último Estado miembro, de un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto y, de otro, al interés superior del menor, el órgano jurisdiccional del primer Estado miembro debe tomar en consideración la existencia de un procedimiento de restitución de dicho menor que haya sido iniciado de conformidad con el artículo 8, párrafos primero y tercero, letra f), del CH80 y en el que no haya recaído aún una resolución firme en el Estado miembro al que el menor haya sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores.

Finalmente, el caso es un buen ejemplo de la compleja calificación del foro de la residencia habitual<sup>8</sup>, si bien el TJUE no aborda este aspecto, al no habersele suscitado una cuestión pre-

---

8 Pérez Martín, L., “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de Derecho de familia y sucesiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XVIII, 2018, pp. 469-494; del mismo autor “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”. En Guzmán Zapater, M., y Herranz Ballesteros, M., (Dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 927-964; Carrascosa González, J., “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro: un estudio jurisprudencial”, en Cebrián Salvat, M.A., (Dir.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 307-323; GONZALEZ MARIMÓN, M., “Un paso más en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”. *Revista boliviana del Derecho* n° 30, 2020, pp.470-495; CORDERO ALVAREZ, C., “Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes”. *CDT* (marzo 2023), vol. 15, n° 1, pp. 254-274. CALZADO LLAMAS, A.J., *La sustracción de menores: el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*. Aranzadi 2023, pp. 149-70.

judicial al respecto. En el procedimiento iniciado por el padre en Austria la madre formula una excepción de falta de competencia internacional alegando que “los niños siempre habían tenido su residencia habitual en Eslovaquia y no estaban integrados socialmente en el lugar del domicilio familiar en Austria”; de hecho fueron escolarizados en este país en 2017, y solo hablan el eslovaco. Podría decirse que durante los tres años anteriores al traslado del domicilio a Eslovaquia, Austria había sido para ellos un mero domicilio en un “país dormitorio”. El tribunal austriaco desestimó por esta causa la demanda del padre, pero esta resolución fue revocada posteriormente. Sin embargo, tanto el padre como la madre iniciaron varios procedimientos en Eslovaquia, y los tribunales de este país fueron competentes por la residencia habitual de los niños y realizaron “múltiples diligencias probatorias”. Por tanto, si se hubiera elevado una cuestión prejudicial sobre el tema, habría sido una buena oportunidad para el TJUE para abundar en su jurisprudencia acerca de la calificación de este foro. Como ha señalado el TJUE en una sentencia ya citada. “han de tenerse en cuenta la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado” (Asunto. C-523/07).

### III. CONSIDERACIONES FINALES

El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, incorpora algunas novedades en la regulación de la figura que analizamos<sup>9</sup>, destacando en particular el art. 13 en el que se regula la transferencia de competencia solicitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia. Si bien no es posible explicar las novedades del texto, en su considerando 21 recoge las conclusiones de la sentencia analizada: “el órgano jurisdiccional en el que se esté sustanciando el procedimiento debe estar facultado en determinadas circunstancias para transferir la competencia al Estado miembro en el que el menor esté viviendo a raíz de un traslado ilícito”.

---

9 RODRIGUEZ VÁZQUEZ. M.A., “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2019/1111. *CDT* vol.12, nº 2, 2020, pp.706-723.



# ¿ACASO SOY EL GUARDIÁN DE MI HERMANO? MEDIDAS ANTIPROCESO Y ORDEN PÚBLICO [A PROPÓSITO DE LA STJ (SALA TERCERA), DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2023, C-590/21]

RAFAEL ARENAS GARCÍA\*

## I. INTRODUCCIÓN

Las medidas antiproceso que prevé el derecho británico han sido fuente generosa de dudas en la aplicación de los instrumentos europeos que regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones. El *bréxit* nos privará en el futuro de más conflictos que permitan ir delimitando los contornos e implicaciones de la regulación europea de la cooperación judicial internacional en lo que se refiere a las medidas que puedan adoptarse en un estado miembro en relación con las acciones que puedan ejercitarse en otro estado miembro<sup>1</sup>; pero todavía tendremos unos años en los que será posible valorar las decisiones del Reino Unido a la luz de las exigencias del derecho de la UE o, como sucede en este caso, las decisiones que se tomen en los estados miembros respecto a las decisiones británicas.

La que nos ocupa<sup>2</sup> es ejemplo de ello, ya que tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por un tribunal griego sobre el reconocimiento en su país de decisiones inglesas adoptadas el 26 de septiembre de 2014 sobre la base procedimientos iniciados en el año 2011<sup>3</sup>. Se trata, por tanto, de casos cubiertos por el art. 67 del Acuerdo de Retirada del Reino Unido<sup>4</sup>, que prevé que el Reglamento 1215/2012 (y, se entiende, su precedente, el Reglamento 44/2001) se aplicarán para el reconocimiento y ejecución de resoluciones, documentos públicos, acuerdos y transacciones judiciales que resulten de procedimientos incoados antes del fin del período transitorio, que fija el propio Acuerdo en su art. 126, estableciéndose ahí que tal período transitorio concluye el 31 de diciembre de 2020. Si tenemos en cuenta que la decisión que

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona.

1 Aunque también en otros estados miembros existe la figura u otras equivalentes, *vid.* FENTIMAN, R., “Anti-suit injunctions” en BASEDOW, J./RÜHL, G./FERRARI, F./DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of private international law*, Elgar, 2017, <https://doi-org.are.uab.cat/10.4337/9781782547235>, pp. 79-85, p. 80. Además, fuera ya de la UE, deberá determinarse qué efectos despliegan las *antisuit injunctions* que puedan adoptar los tribunales británicos (*vid.* CANALS VAQUER, R., “Las anti-suit injunctions en el escenario post-Brexit: estado de la cuestión”, *La Ley mediación y arbitraje*, 2023, núm. 16).

2 STJ (Sala Tercera) de 7 de septiembre de 2023, C-590/21, *Charles Taylor Adjusting Ltd, FD y Starlight Shipping Co., Overseas Marine Enterprises Inc.*, ECLI:EU:C:2023:633.

3 *Vid.* núms. 12 y 13 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard De La Tour, presentadas el 23 de marzo de 2023, ECLI:EU:C:2023:246.

4 Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, *DO*, núm. L 29 de 31 de enero de 2020. La última versión consolidada puede consultarse aquí: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02020W%2FTXT-20230704>.

comentamos del Tribunal de Luxemburgo se ha adoptado en el año 2023 y que va referida a un proceso iniciado en el año 2011, no es descabellado pensar que todavía en el año 2032 nos encontraremos con resoluciones del Tribunal de Luxemburgo referidas a decisiones adoptadas por tribunales británicos; si bien planteadas solamente por los estados miembros de la UE, pues los tribunales británicos dejaron de poder presentar estas cuestiones al concluir el período transitorio<sup>5</sup>.

Es probable, además, que surjan problemas variados en el futuro en relación a decisiones británicas, dado que se aprecia cierta tendencia por parte de esos tribunales a apartarse de lo que resultaría obligado de acuerdo con las exigencias derivadas de los instrumentos de la UE que aún deben aplicar como consecuencia de lo pactado en el Acuerdo de Retirada. Es relativamente reciente (en el momento de escribir estas líneas) la sentencia de la *High Court of Justice Business and Property of England and Wales Commercial Court* de 6 de octubre de 2023<sup>6</sup>, en la que, pese a lo indicado por el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 20 de junio de 2022<sup>7</sup>, interpretó que era posible denegar el reconocimiento en el Reino Unido de una sentencia española sobre la base de un laudo arbitral que había sido dictado en un supuesto en el que los tribunales británicos no hubieran tenido competencia para conocer de acuerdo con lo establecido en el Reglamento sobre competencia judicial (en el caso concreto, el Reglamento 44/2001, aplicable por razones temporales). Pese a que el Tribunal de Luxemburgo indicó que la resolución judicial en que se había transformado el laudo no podía impedir el reconocimiento de la sentencia española, ni por la vía de la previsión del art. 34.3 del Reglamento 44/2001 ni por la del apartado primero de ese mismo art. 34<sup>8</sup>, ese reconocimiento acabó siendo denegado con el argumento de que el Tribunal de Justicia se había referido únicamente a la imposibilidad de reconocimiento derivada de la sentencia que homologaba el auto arbitral, no del propio laudo arbitral<sup>9</sup>; un argumento que aparenta ser un mero formalismo orientado a dejar sin efecto la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de junio de 2022.

En la Sentencia que nos ocupa, nos encontramos con una resolución británica que concede una indemnización sobre la base de los perjuicios que ocasionaba a los demandantes un proceso iniciado en Grecia que, de acuerdo con el relato de los demandantes, se había planteado contraviniendo acuerdos de conciliación a los que habían llegado los demandantes en el Reino Unido (y demandados en Grecia) con quienes eran los demandantes en el proceso griego.

5 *Vid.* art. 86 del Acuerdo de Retirada (*Supra* n. anterior).

6 Puede consultarse aquí: <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/10/London-Steam-Ship-Owners-Mutual-Insurance-Association-v-Spain-judgment-060923.pdf>. *Vid* la nota sobre la sentencia de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. en *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, 7-X-2023, <https://fernandezrozas.com/2023/10/07/la-justicia-britanica-impide-a-espana-reclamar-a-la-aseguradora-del-prestige-mas-de-850-millones-en-danos-sentencia-high-court-of-justice-6-october-2023-london-steam-ship-owners/>.

7 STJ (Gran Sala) de 20 de junio de 2022, C-700/20, *Londos Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited y Kingdom of Spain*, ECLI:EU:C:2022:488.

8 *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Arbitraje y jurisdicción en el espacio judicial europeo. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2022, núm. 73, pp. 1043-1060, pp. 1052-1059, <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.73.09>.

9 *Vid.* núm. 291 de la Sentencia de la *High Court* de 6 de octubre de 2023.

Planteado el reconocimiento en Grecia de la decisión británica, y tras concederlo en primera instancia, ya en apelación se deniega con el argumento de que la resolución cuyo reconocimiento se pretende era una orden conminatoria que “casi” impedía el recurso ante los órganos jurisdiccionales, por lo que vulnerarían el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los preceptos equivalentes de la Constitución de Grecia<sup>10</sup>. Los actores en Inglaterra recurren en casación tal denegación del reconocimiento y el Tribunal Supremo griego, antes de pronunciarse sobre el recurso, solicita al Tribunal de Luxemburgo que se pronuncie sobre si cabría la denegación del reconocimiento y ejecución de decisiones como la adoptada por el tribunal inglés por vulneración del orden público de la Unión o del griego (arts 34.1 y 45.1 del Reglamento 44/2021)<sup>11</sup>.

El Tribunal de Luxemburgo responde a la cuestión prejudicial afirmando que el reconocimiento de una decisión que incluye una media que casi impide el recurso en un Estado diferente de aquel que dicta la resolución podría ser contrario al orden público por vulnerar el principio de confianza mutua, que es esencial en el espacio judicial europeo. De esta forma, el Tribunal de Luxemburgo extiende a decisiones equivalentes a las *anti-suit injunctions* la jurisprudencia en relación a éstas que, desde hace tiempo, las consideraba contrarias a las exigencias que se derivaban de los instrumentos sobre competencia judicial internacional en el ámbito europeo. Lo examinaremos en el siguiente apartado para, a continuación, detenernos mínimamente en las consecuencias que se derivan de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo en esta materia.

## II. MEDIDAS ANTIPROCESO Y REGLAMENTO 1215/2012

Las medidas antiproceso (*antisuit injunctions*), propias del Derecho anglosajón<sup>12</sup>, pero no tan diferentes de algunas figuras de otros ordenamientos<sup>13</sup>, implican una orden, dirigida a una persona, que prohíbe o condiciona el comienzo o la continuación de un proceso ante otro tribunal<sup>14</sup>. En caso de que no sea atendida dicha orden se pueden adoptar medidas sancionatorias contra el infractor que pueden incluir multas o, incluso, encarcelamiento<sup>15</sup>. Además, podría impedir el reconocimiento en el estado en el que se ha adoptado la *antisuit injunction* de una sentencia extranjera que fuera resultado del procedimiento afectado por la orden<sup>16</sup>.

No parece que se hubieran planteado excesivas dudas sobre la contradicción entre las obligaciones derivadas del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia

---

10 Vid. el núm. 17 de la STJ de 7 de septiembre de 2023.

11 Vid. núm. 19 de la Sentencia.

12 Vid. ELVIRA BENAYAS, M<sup>a</sup>.J., “¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea, de salvar lo nuestro? Las *antisuit injunction* y el Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 27 de abril de 2004 (C-159/02)”, *REEI*, 2005, núm. 9, <http://www.reei.org/index.php/revista/num9/notas/existe-alguna-posibilidad-pequeña-sea-salvar-lo-nuestro-antisuit-injunction-convenio-bruselas-proposito-stjce-27-abril-2004-c-15902>, pp. 1-2 y referencias allí contenidas.

13 Vid. REQUEJO ISIDRO, M., *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000, pp. 95-133.

14 Cf. REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, p. 36.

15 *Ibidem*, pp. 77-80.

16 *Ibidem*, pp. 80-82.

judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil; y los instrumentos que lo han sucedido (Reglamento 44/2001 y Reglamento 1215/2012) y la emisión de *antisuit injunctions* en relación a estados vinculados por tales instrumentos y en supuestos que entran en su ámbito de aplicación material; incluso aunque la competencia venga determinada por el Derecho de origen interno del juez que se encuentra conociendo como consecuencia de la consideración de alguna de las remisiones que incluyen dichos instrumentos<sup>17</sup>. Pese a que la *antisuit* no se dirige formalmente a otro tribunal ni es, por tanto, ninguna limitación de la competencia judicial internacional de éste, condiciona al demandante, pudiendo privarle de un foro al que tendría derecho a acudir de no existir la mencionada medida. El hecho de que formalmente aún pueda presentar la demanda en él o continuar el procedimiento no cambia que las consecuencias negativas que se podrían derivar de dichas actuaciones como consecuencia de la medida antiproceso, convertirían en meramente ilusorio el recurso a los tribunales.

Esta posición doctrinal fue confirmada por el Tribunal de Luxemburgo, quien en la sentencia *Turner*<sup>18</sup> indicó que era incompatible con el Convenio de Bruselas dictar una orden que prohiba a un litigante iniciar o continuar un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional de otro estado contratante. El argumento que utiliza el Tribunal de Luxemburgo para justificar la inadmisibilidad de este tipo de medidas es que supondrían un control de la competencia que ejerce el tribunal al que se refiere la orden, por parte de aquel otro que la emite<sup>19</sup>; lo que resultaría contrario al principio de confianza mutua entre los distintos sistemas jurisdiccionales de los estados miembros; principio que conduce a que, salvo en los casos en los que así se permita expresamente en los instrumentos europeos, sean los tribunales de cada estado los que determinen su propia competencia<sup>20</sup>. Un control de competencia por parte de los órganos jurisdiccionales de otro estado no es admisible ni siquiera por vía indirecta<sup>21</sup>. En este sentido, es necesario recordar que la *antisuit injunction* no se dirige al órgano jurisdiccional extranjero (sería inútil, además, hacerlo así o, incluso, podría entenderse como una vulneración de la soberanía del estado del tribunal) sino al particular que podría litigar o que se encuentra litigando ante ese tribunal.

La doctrina del Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Turner* no es, como hemos visto, ninguna novedad respecto a lo que se había defendido doctrinalmente (la incompatibilidad de las *antisuit injunctions* con el Convenio de Bruselas); pero no deja de ser interesante, puesto

17 Así, por ejemplo, en el caso de que el demandado no esté domiciliado en un estado miembro del Reglamento 1215/2012 y no opere ninguna regla que excepcione lo previsto en el art. 6 de dicho instrumento. Así se había defendido ya durante la vigencia del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, pp. 180-181. *Ibidem*, p. 181, n. núm. 447 para las referencias a la doctrina que se mostraba abierta a la posibilidad de admitir las medidas antiproceso en el espacio europeo, incluso en casos que entrarían en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. También en el “Informe Schlosser”, en relación a la incorporación del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca al Convenio de Bruselas de 1968, se mantuvo que en el ámbito de aplicación del Convenio no podrían emitirse *antisuit injunctions*, *vid.* ELVIRA BENAYAS, M<sup>a</sup>.J., *loc. cit.*, p. 22.

18 STJ (Pleno) de 27 de abril de 2004, C-159/02, *Gregory Paul Turner y Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd, Chagpoint SA*, ECLI:EU:C:2004:228.

19 *Vid.* núms. 26 y 27 de la sentencia *Turner*.

20 *Vid.* en este sentido los núms. 24 y 26 de la sentencia *Turner*.

21 *Vid.* núm. 28 de la sentencia *Turner*.

que implica que los tribunales de un estado miembro deberán tener en cuenta las previsiones del Convenio, pero no para aplicarlo (determinar su propia competencia), sino para impedir que de manera indirecta su decisión pueda incidir en el ejercicio de las competencias de otros estados<sup>22</sup>. Esta eficacia indirecta del Convenio de Bruselas (y posteriormente del Reglamento 44/2001 y en la actualidad del Reglamento 1215/2012) se vio ratificada por la sentencia *West Tankers*<sup>23</sup>. En esta decisión, relativa a la prohibición de litigar solicitada a un tribunal británico respecto a un litigio en Italia sobre la base de un acuerdo de sometimiento a arbitraje en Londres; pese a que la determinación de la competencia del tribunal británico quedaba completamente al margen de lo establecido en el Reglamento 44/2001 (que era el instrumento aplicable por razones temporales), ya que, como se acaba de indicar, la orden se pedía en auxilio de un arbitraje, materia excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I<sup>24</sup>; se acabó concluyendo que la adopción de la medida antiproceso era contraria a dicho Reglamento por afectar a la competencia del tribunal italiano, que sí venía determinada por el instrumento europeo<sup>25</sup>. Se consagra de esta forma la prohibición de que los tribunales de los estados miembros adopten decisiones que puedan limitar la posibilidad de que los tribunales de otros estados miembros puedan conocer en asuntos que entren en el ámbito de aplicación del Convenio (o Reglamento) de Bruselas. Y lo anterior con independencia de que el proceso que pueda interferir con el que pudiera desarrollarse en otro estado miembro entre o no en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 o, en la actualidad, del Reglamento 1215/2012.

Se trata de una doctrina que convierte a los tribunales de los estados miembros en tutores de la competencia de los tribunales de otros estados miembros. O, más precisamente, de su función jurisdiccional<sup>26</sup>. Llevado el razonamiento al extremo, resultaría que cualquier óbice procesal podría suponer una vulneración del Reglamento en materia de competencia judicial, pues estaría impidiendo la consecución de una decisión sobre el fondo<sup>27</sup>, lo que limitaría el efecto útil del instrumento<sup>28</sup>. Es más, si se sigue este acercamiento, deberían examinarse también los obstáculos fácticos para el acceso a la justicia<sup>29</sup>.

La sentencia *Taylor* confirma este acercamiento, puesto que ya no se trata siquiera de una prohibición de litigar, sino de la condena al pago de una cantidad sobre la base de los costes que podría suponer el proceso abierto en Grecia. Aquí la afectación a la competencia es aún más accesoria que en *Turner* o *West Tankers*, ya que no estamos ante una orden dirigida al que

---

22 Para una crítica a la doctrina de la sentencia con la que coincido sustancialmente, *vid.* REQUEJO ISIDRO, M, en su nota a la sentencia, *REDI*, 2004, vol. LVI, núm. 2, pp. 855-860.

23 STJ (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, C-185/07, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Spa y West Tankers*, ECLI:EU:C:2009:69.

24 *Vid.* núm. 25 de la sentencia *West Tankers*: “Por consiguiente, un procedimiento como del caso de autos, que aboca a la adopción de una “anti-suit injunction”, no puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001”.

25 *Vid.* los núms. 26 a 28 de la sentencia *West Tankers*.

26 *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., *REDI*, *loc. cit.*, p. 857.

27 *Ibidem*, p. 858.

28 Sobre la relevancia del argumento relativo al efecto útil en *West Tankers* me remito a ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias”, *Arbitraje*, 2009, vol. II, núm. 2, pp. 401-427, pp. 416-423.

29 *Ibidem*, p. 422.

podría demandar en otro estado y con el objeto de prohibir el inicio o continuación del procedimiento; sino del pago de los perjuicios causados por el procedimiento que se estaba desarrollando en Grecia. Seguramente de aquí la constante referencia en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo a que “casi” impide el recurso. En cualquier caso, finalmente, afirma que el tribunal británico no debería haber adoptado la resolución cuyo reconocimiento se solicita<sup>30</sup>. La incorrección en la resolución británica, a su vez, conduce a que se encuentre justificada la denegación de su reconocimiento en Grecia, puesto que el tribunal inglés habría vulnerado un principio esencial en la cooperación judicial civil dentro de la UE: la prohibición de verificar la competencia de los tribunales de otros estados miembros<sup>31</sup>.

De esta forma, el Tribunal de Justicia confirma que el efecto útil del Reglamento 44/2001 conduce a que los tribunales de los estados miembros se abstengan de adoptar decisiones que puedan suponer una injerencia en la determinación que los tribunales de los otros estados puedan hacer de su propia competencia.

En relación a este último punto hay que indicar que el Tribunal de Luxemburgo parece ser consciente de que no resultaría razonable privar a los tribunales de los estados miembros de competencia para pronunciarse sobre cualquier extremo que pudiera dificultar el planteamiento de una acción judicial ante los tribunales de otro estado miembro, y por eso hace explícito que, a su juicio, el tribunal británico, al adoptar la orden, ha hecho un juicio sobre la competencia del tribunal griego<sup>32</sup>. Tal y como veremos en el siguiente epígrafe, esta es una indicación relevante.

### III. CONFIANZA MUTUA Y COMPETENCIA/COMPETENCIA

El tratamiento que hace el Tribunal de Luxemburgo de las medidas antiproceso y ahora, también de aquellas decisiones que no son formalmente *antisuit injunctions*, pero que realizan una función parecida, nos habla de las dificultades que plantea el proceso de integración europea y, en concreto, de las que se derivan de la proyección del principio de confianza mutua sobre una pluralidad de jurisdicciones.

Para abordar ese problema debemos comenzar por señalar que no es extravagante solicitar una compensación por los daños económicos derivados de la vulneración de un acuerdo de elección de tribunal o, como en el caso concreto, de un acuerdo de conciliación que suponía la renuncia a plantear nuevas acciones judiciales en relación a los temas que habían sido objeto del mencionado acuerdo. El Tribunal Supremo español, por ejemplo, estableció que los acuerdos de elección de tribunal no tenían solamente una dimensión procesal, sino también sustantiva, de tal manera que si se incumplían podía solicitarse una indemnización<sup>33</sup>. En principio, además, no resulta irrazonable que sean los tribunales designados por la cláusula de elección de tribunal los que se pronuncien sobre esa indemnización<sup>34</sup>.

---

30 *Vid.* núm. 28 de la sentencia *Taylor*.

31 *Vid.* núms. 38 y 39 de la sentencia *Taylor*.

32 *Vid.* núm. 26 de la sentencia *Taylor*.

33 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de enero de 2009, ECLI:ES:TS:2009:263.

34 Eso fue lo que pasó en la sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de enero de 2009 (*vid.* n. anterior).

La proyección de esta idea sobre el caso que nos ocupa, apoyaría que no es completamente ilegítimo que el tribunal británico se pronuncie sobre los posibles costes que pudiera tener para el demandante en el Reino Unido el proceso en el que figura como demandado en Grecia. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina que hemos visto del Tribunal de Luxemburgo, esa posibilidad se encuentra vedada en el ámbito europeo en tanto en cuanto supone pronunciarse, aunque sea indirectamente, sobre la competencia de los tribunales de otro estado miembro. De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, el principio de confianza mutua sobre el que descansa la cooperación judicial en materia civil, exige que sea solamente el tribunal de cada estado el que juzgue sobre su competencia, debiendo abstenerse el resto de cualquier pronunciamiento que pudiera implicar valoración de la misma.

Casi podríamos decir que del principio de confianza mutua se pasa al de desconfianza mutua, pues cada tribunal asume de manera exclusiva y excluyente la competencia para determinar si puede conocer de un determinado litigio<sup>35</sup>, sin que sea admisible ninguna injerencia, ni tan solo indirecta, en esta determinación. Esta atribución en exclusiva de la competencia/competencia a cada órgano jurisdiccional, que el Tribunal de Luxemburgo deduce de los principios estructurales de la cooperación judicial civil, pero que no tiene reflejo positivo en ninguna norma ni de los reglamentos de cooperación ni del derecho europeo originario va, incluso, más allá, puesto que, como ya se ha indicado, incide en cuestiones que estrictamente no son competenciales, pero que podrían tener incidencia indirecta en la posibilidad de que el tribunal se pronuncie. De esta forma, la doctrina del Tribunal de Luxemburgo carga a los tribunales de los estados miembros con la obligación de, incluso cuando adopten medidas que no están cubiertas por los instrumentos europeos, velar para que la medida adoptada no perjudique la posibilidad de que los tribunales de otro estado miembro pudieran llegar a conocer y pronunciarse en un asunto en el que gozaran de competencia de acuerdo con un instrumento de la UE.

Si se me permite la licencia, nos encontramos ante una situación que nos recuerda lo que cuenta el Génesis sobre el interrogatorio que sufre Caín cuando se le pregunta por su hermano Abel, a lo que el primero responde si acaso es el guardián de su hermano<sup>36</sup>. Los tribunales de la UE podrán ser interrogados de igual forma por la doctrina del Tribunal de Luxemburgo en aquellos casos en los que los tribunales de otros estados miembros se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por los primeros. El encogerse de hombros como Caín no será suficiente en aquellos casos en los que se den cumulativamente dos requisitos: en primer lugar, que la competencia del tribunal afectado se basara en un instrumento de la UE y, en segundo término, que la decisión que hubiera sido adoptada implicara algún tipo de verificación de la competencia (en sentido amplio) ejercida por el mencionado tribunal.

---

35 Así se apuntaba ya en la sentencia *West Tankers*, donde se indicaba que la competencia del tribunal italiano para decidir sobre la validez de la cláusula arbitral de sometimiento a Londres era “exclusiva” (núm. 27 de la sentencia); lo que solamente tiene sentido si se conecta con esta pretendida exclusividad de cada tribunal para pronunciarse sobre su propia competencia; de tal manera que no sería tanto la determinación de la validez de la eficacia de la cláusula arbitral, sino de la incidencia que tendría ésta en la competencia del tribunal italiano, pues, obviamente, ninguna competencia exclusiva sobre la validez de las cláusulas compromisorias puede derivarse del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, del Reglamento 44/2001 o del Reglamento 1215/2012, pues en todos estos instrumentos se excluye la materia arbitral

36 *Génesis*, 4,9.

Si se dan estos dos requisitos, Caín (el tribunal que hubiera adoptado la medida) podría verse obligado a asumir que su actuación era incorrecta; y en el caso de los tribunales británicos y su reiterado recurso a las medidas antiproceso en relación a tribunales de estados miembros de la UE<sup>37</sup>, quizás no esté de más recordar cómo concluye la historia de Caín<sup>38</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

La sentencia *Taylor* profundiza en la línea que habían abierto *Turner* y *West Tankers*. Si en *West Tankers* se dio el paso de extender la doctrina de *Turner* sobre *antisuit injunctions* a casos en los que las medidas antiproceso habían sido dictadas en auxilio de un arbitraje, en *Taylor* se extiende la doctrina a decisiones que tan solo de una manera indirecta dificultan la continuación de un proceso en el extranjero. A diferencia de los casos anteriores, sin embargo, el tema no se plantea en el momento de la adopción de la medida, sino en el de ser reconocida en otro estado miembro.

El Tribunal de Justicia mantiene y extiende la idea de que la competencia de cada tribunal para pronunciarse sobre su propia competencia internacional es exclusiva y excluyente; justificando esta “competencia/competencia” en el principio de confianza mutua y añadiendo así un elemento esencial a la construcción de la cooperación judicial en la UE.

---

37 *Vid.* CANALS VAQUER, R., *loc. cit.*

38 *Génesis*, 4,14.



# **GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, DOBLE PATERNIDAD Y RELACIÓN FAMILIAR COMO ALLEGADOS EN UNA SITUACIÓN INTERNACIONAL (STS, SALA DE LO CIVIL, N° 1958/2023, DE 16 DE MAYO DE 2023)**

**PILAR JIMÉNEZ BLANCO\***

## **I. HECHOS**

El asunto resuelto por el TS, aparte de ser conocido por lo mediático de sus protagonistas (lo que, lógicamente, no se evidencia en la sentencia publicada por la utilización de seudónimos) incluye todos los ingredientes que hacen de la filiación uno de los ámbitos en los que mayores retos jurídicos se plantean en la actualidad: dos varones que conforman una pareja de hecho; cada uno de ellos logra la paternidad de dos hijos a través de sendos contratos de gestación por sustitución pero con aportación de material biológico propio. Después de una convivencia durante años en Panamá, la pareja se rompe y mientras uno de ellos se muda a Méjico con sus hijos, el otro se traslada a España con los suyos. Será este último el que plantee la demanda ante un juzgado de Madrid ejercitando, de manera principal, una doble acción de paternidad basada en la posesión de estado y, de manera subsidiaria, una acción de responsabilidad parental consistente en un régimen de relación y de visitas con la finalidad de que los cuatro menores conserven relación entre ellos en su condición de allegados.

En primera instancia, se desestimaron las pretensiones principales de filiación formuladas por el demandante y se estimó la subsidiaria de establecimiento de un régimen de relaciones de los hijos entre sí y con sus padres respectivos, sentencia que fue confirmada en apelación.

Se interpone entonces un recurso extraordinario por infracción procesal y también uno de casación, ambos rechazados. El objeto central era una supuesta infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la posesión de estado como título para el establecimiento de la filiación y la vulneración del principio del interés superior del menor, recogido en el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño y en nuestra normativa interna, por no mantener el núcleo familiar.

En este comentario, nos vamos a limitar a analizar aquellos aspectos que involucran al Derecho internacional privado y que son tratados de manera muy accesoria en la sentencia. El análisis va a seguir el mismo orden de las cuestiones planteadas: en primer lugar, la competencia

---

\* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo. El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE, 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).

y la ley aplicable para el establecimiento de la filiación; posteriormente, la valoración de los mismos aspectos en relación con la demanda de responsabilidad parental.

## II. CUESTIONES PREVIAS: LA EFICACIA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA RESIDENCIA HABITUAL DEL DEMANDADO

Debemos comenzar por la cuestión previa de la gestación por sustitución que subyace en todo el proceso. El TS, reiterando su propia doctrina, manifiesta su contravención con el orden público español, pero no le queda más remedio en este caso que hacer valer su efecto atenuado. En el litigio de base, no está en juego la eventual nulidad del contrato de gestación sino su eficacia indirecta, que sirve de fundamento a la reclamación de paternidad por la pareja del progenitor comitente biológico que figura inscrito como tal en el Registro civil.

Podría decirse que incluso el TS da un paso más allá, no pedido, en este supuesto: admite que si en el Estado de origen, del nacimiento de los menores, se hubiera obtenido un certificado y/o una resolución judicial que declarara la doble paternidad se hubiera podido lograr la inscripción en el Registro civil como hijos de los comitentes y todo ello con base en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 “a pesar de su dudoso valor normativo y su manifiesta contradicción con la jurisprudencia de esta sala” (*sic*). Es decir, evidencia lo que es sabido: ni la nulidad del contrato prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ni la jurisprudencia del TS considerando la eficacia de tales contratos contraria a nuestro orden público, hubieran frenado una inscripción que sigue produciéndose en la práctica a pesar de no tener soporte en nuestro marco normativo y jurisprudencial<sup>1</sup>.

Otro aspecto esencial para los aspectos que se van a examinar tiene que ver con la determinación de la residencia habitual de los menores. De los antecedentes se deriva que, inicialmente, la convivencia de ambos progenitores y sus hijos se desarrolló en Panamá, hasta el momento de la ruptura en el que uno de ellos se trasladó a Méjico y el otro a Valencia, también con sus respectivos hijos.

Teniendo esto en cuenta, no convence el planteamiento del TS en el Fundamento de Derecho 6.2, que pretende justificar la residencia en España del demandado basándose en hechos circunstanciales, a saber: que no consta que la estancia de los hijos del demandado en el extranjero sea con vocación de permanencia, que durante las vacaciones vienen a España y que en la demanda se ha señalado como domicilio del demandado, con quien conviven, un domicilio en

---

1 Las cifras indican que cada año se registran un número significativo de filiaciones obtenidas por esta vía. No existen estadísticas oficiales, pero sí ha logrado obtenerse el dato del Ministerio de Asuntos Exteriores, a través de Portal de Transparencia, que refiere la recepción en los consulados españoles, entre 2010 y 2020, de 2.856 solicitudes de inscripción de menores nacidos por este tipo de contratos; de ellas, se han hecho efectivas 2.515, es decir, casi un 90%. Y todo ello, sin perjuicio, de la inscripción de gestaciones encubiertas por resoluciones de adopción dictadas en el Estado de origen. *Vid.* estos datos en TREJO PULIDO, A., *En el nombre de padre: explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos*, Common Creatives, 2021, pp. 27 y ss. (disponible *online*).

nuestro país. No compartimos ninguno de estos indicios como reveladores de una residencia en España. Más bien al contrario, las circunstancias fácticas revelan una residencia habitual del demandado en el extranjero, siendo además un dato notorio en los medios de comunicación.

### III. LA ACCIÓN DE DOBLE PATERNIDAD Y LA DEMANDA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE

Respecto a la doble acción de paternidad, el TS no cuestiona en ningún punto la competencia judicial internacional para conocer de las demandas de filiación. Es evidente que tal competencia ha de determinarse conforme al Derecho autónomo y, en concreto, con base en el art. 22 quáter, d) LOPJ, cuya redacción vigente —aunque errónea en su génesis— conduce claramente a la competencia de nuestros tribunales al margen de la residencia habitual de los menores; sería suficiente a estos efectos la nacionalidad “o” la residencia habitual del demandante, siendo claro que ambas condiciones se cumplirían en el presente caso, dado que el demandante es nacional español y tiene, en el momento de la demanda, su residencia en Valencia. Sería suficiente, a estos efectos, acreditar aquí su residencia actual; a pesar de la confusa literalidad del precepto, no haría falta probar su residencia en los seis meses anteriores. La eventual exorbitancia de nuestro foro de competencia podría tener consecuencia con vistas al reconocimiento de la decisión en otro Estado, particularmente cuando tuviera que hacerse valer en Méjico, pero sería irrelevante a los efectos de la inscripción de la filiación en nuestro Registro civil.

Respecto de la demanda de paternidad de los hijos del demandante, residentes en Valencia, la aplicación del foro de la residencia habitual del menor del citado art. 22 quáter d) LOPJ no tendría ninguna tacha de exorbitancia en ese caso.

En todo caso, la competencia de los tribunales españoles para ambas acciones de paternidad también podría justificarse sobre la base de una sumisión tácita del art. 22 quáter d) LOPJ, dado que el demandado compareció, no interpuso la declinatoria y consta su contestación sobre el fondo. Aunque son conocidas las reticencias a la sumisión en el ámbito del Derecho de la familia, los riesgos e inconvenientes que podrían predicarse de la sumisión expresa no son trasladables a una eventual sumisión tácita en ese sector<sup>2</sup>.

Desde la perspectiva de la ley aplicable, el TS da por hecha la aplicación de la ley española con base en el art. 9.4 C.c. considerando la residencia de los menores en España. Como se ha indicado, los datos existentes conducen a fijar la residencia de los hijos del demandante en España, pero la de los hijos del demandado en el extranjero, con traslado además de un país a otro.

En este contexto, la acción de paternidad reclamada para los hijos del demandante podría conducir a la aplicación de la ley española que debe resolver tanto el fondo de la filiación como

---

2 JIMÉNEZ BLANCO, P., “Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia”, en Esplugues Mota, C. y Guzmán Zapater, M. (dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 51 y ss.

la legitimación para ejercitar la acción por parte del demandante. Recordemos que lo que se pretendía era que se declarase la paternidad del demandado con base en la posesión de estado prevista en el art. 131 del Código civil.

La segunda demanda de paternidad podría llevar a la aplicación de un Derecho extranjero, pero cabe preguntarse cuál. En efecto, tal y como se ha indicado, consta una residencia inicial conjunta en Panamá y una residencia actual en Méjico. La conexión del art. 9.4 C.c. pretende evitar el conflicto móvil con su anclaje “en el momento del establecimiento de la filiación”, pero dicho inciso no solo plantea numerosas dudas interpretativas, sino que, además, según se interprete, resulta poco efectivo para evitar el conflicto móvil.

Las dudas versan sobre la identificación del “momento del establecimiento de la filiación”<sup>3</sup>, porque este criterio puede entenderse de maneras diversas: puede ser desde el momento del nacimiento, el momento en el que se entiende consolidada la filiación o el momento de la interposición de la demanda. Parte de la doctrina<sup>4</sup>, considera precisamente la demanda como la fecha crítica relevante. No me parece que los argumentos a favor de esta fecha sean concluyentes. Por una parte, se intenta hacer valer el paralelismo con el foro de competencia, también basado en la residencia habitual del menor. Tal paralelismo no es necesario, dado que, mientras en el sector de la competencia, es preceptivo que los hechos o circunstancias se refieran al momento inicial del proceso (art. 22 octies 2 LOPJ así nos lo recuerda) no ocurre necesariamente lo mismo en el sector del Derecho aplicable, máxime cuando la determinación de la filiación no siempre va a depender de una reclamación judicial de la filiación. Quedarían fuera, por ejemplo, los supuestos de reconocimiento de la filiación ante el encargado del registro o notario (a menos que se siguiera una interpretación analógica). Por otra parte, se argumenta el paralelismo con la fijación temporal del punto de conexión para el divorcio y la separación judicial, que el art. 8 de Roma III lleva al momento de la demanda. Esto tampoco es determinante y el paralelismo es dudoso: el divorcio y separación judicial son, por definición, judiciales. Cabe entender, más bien, que la seguridad jurídica y la estabilidad requeridas para los actos del estado civil justificarían estar al momento del nacimiento.

Esto enlaza con el segundo aspecto que anticipamos: si la fijación del momento temporal pretende evitar la problemática del conflicto móvil, tal finalidad se frustraría si

hiciéramos depender la conexión del momento de la demanda. Las demandas se pueden interponer en diferentes momentos y con diferentes residencias habituales de las personas cuya filiación pretende establecerse. El *forum shopping* estaría servido; y la inseguridad jurídica también. Recuérdese la movilidad internacional de los menores en el presente caso. La conexión fijada en el momento del nacimiento se convertiría realmente en inmutable y será ese Derecho reclamado el que determine los diferentes títulos aptos para establecer la filiación. De

---

3 Véanse las diferentes posibilidades en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 91 y ss.

4 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1863; Adam Muñoz, M.D., “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 8-2, 2016, pp. 34-54, esp. p. 42.

este modo, se evita además cualquier alteración —fraudulenta o no— en el Derecho aplicable que pudiera justificar una atribución o revocación de la filiación inicialmente no posible.

Cabe, en todo caso, retener la orientación material del precepto que salta de conexiones en la búsqueda de un ordenamiento que establezca dicha filiación. El supuesto habitual es que la filiación esté establecida en relación con uno de los progenitores: el progenitor gestante. En este caso, la filiación inscrita es la del padre intencional, dada la evidencia de que medió un contrato de gestación por sustitución. Por lo tanto, en la práctica, la orientación material funcionará generalmente para el establecimiento de la filiación respecto del segundo progenitor.

En el presente supuesto, de no admitirse la fijación de la residencia habitual en el momento del nacimiento, la modificación de circunstancias podría conducirnos al Derecho panameño (residencia inicial y donde se produjo la convivencia sobre la que pretende sustentarse la posesión de estado) o al Derecho mejicano (residencia actual). La aplicación del Derecho panameño tendría vocación de ser aplicado considerando el momento en el que ese vínculo pudo establecerse: la convivencia se desarrolló en Panamá, por tanto, es esa ley la que, en su caso, tendría que decir algo sobre si vivieron allí como “hijos” del demandante. Desestimada la pretensión, sí podría pasarse al Derecho español considerando la nacionalidad española de los menores.

Sobre el fondo, el TS rechaza la posesión de estado como título de filiación porque el carácter intencional en la misma quedaría desvirtuado por haber tenido el demandante posibilidades de establecer la filiación por otras vías: a la indicada posibilidad de inclusión en el certificado emitido por el Estado de origen de nacimiento, se sumaría la posibilidad de adopción de los hijos de la pareja. No solo no se siguió ninguna de estas vías, sino que parece acreditado que ya desde el año 2016 existe una ruptura de la convivencia familiar.

Como he indicado, no procede entrar aquí en las condiciones y requisitos de la posesión de estado como título de filiación, pero sí subrayar el interés en este título para quien pretende reclamar la filiación en una situación de controversia con el progenitor ya inscrito. En efecto, frente a la vía de la adopción de los hijos de la pareja o del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del art. 120 C.c., la filiación por posesión de estado no requeriría contar con el asentimiento del otro progenitor. No es casualidad, por tanto, su invocación en este caso. Como tampoco fue casual en el asunto resuelto por la SAP de Asturias (sección 4ª) de 24 de julio de 2018<sup>5</sup>, en el que el cónyuge del padre intencional, cuya filiación había sido inscrita y quien se opuso a la adopción del niño por su cónyuge pretendía el establecimiento de la filiación a su favor sobre la base en una posesión de estado, también rechazada en aquel caso por falta de convivencia.

En todo caso, es importante la llamada de atención que realiza el TS de no proceder a la equiparación entre la protección del interés superior del menor y el establecimiento automático de la filiación por este motivo. Ciertamente, la protección del menor puede y ha de obtenerse por otras vías que no fueren —aun más— la institución de la filiación. La reciente jurisprudencia del TEDH sobre los vínculos derivados de un contrato de gestación por sustitución es elocuente en ese sentido. La protección de una relación de familia, y el derecho a la vida familiar del

---

5 ECLI: ES:APO:2018:987A

art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, parte de una concepción más amplia que no requiere tergiversar el sentido y contenido de la filiación. La eficacia (indirecta y mediata) de los contratos de gestación por sustitución al amparo de la vida familiar no obliga a que el Estado de acogida prevea el establecimiento de un vínculo de filiación entre niño y los comitentes; es suficiente, a estos efectos, poder mantener la relación familiar de hecho (entiéndase con convivencia y permanencia del niño con los comitentes) que se ha venido consolidando durante los años transcurridos desde el nacimiento del niño. Así se indica expresamente en la STEDH en el asunto *Vladís Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia*<sup>6</sup>; pero ya se derivaba también de la jurisprudencia anterior en los asuntos *Labassee*<sup>7</sup> y *Mennesson*<sup>8</sup>. No puede invocarse el derecho a la vida familiar para exigir el reconocimiento legal de la gestación por sustitución en el Estado de acogida si este otorga efectos y protección a la relación constituida entre el menor y los “padres intencionales” aunque sea por una vía distinta y alternativa a la filiación pero que garantice la responsabilidad parental de aquellos.

En este contexto, y en relación con nuestro caso, una vez establecida la filiación inicial, que permite el derecho a la identidad del menor, indica el TS que el interés superior de este no requiere una orientación material para establecer la filiación respecto de un segundo progenitor. La cuestión es interesante a la hora de valorar —y cuestionar— la propia orientación material de nuestro art. 9.4 C.c.<sup>9</sup>

Subsidiariamente, el demandante había solicitado mantener un derecho de relación con los hijos del demandado que permitiera mantener contacto entre todos los menores en su condición de allegados. Para esta petición de responsabilidad parental, el TS tampoco analiza ni la competencia de nuestros tribunales ni la ley aplicable.

Para la determinación de la competencia judicial, vuelve a ser relevante identificar la residencia habitual de los hijos del demandado y, en este caso, claramente la fecha crítica es el momento de la presentación de la demanda. Por tanto, dicha residencia debería haberse entendido fijada en Méjico, aunque a estos efectos, habría dado lo mismo que fuera Panamá, dado que ninguno de los dos Estados es parte del Convenio de La Haya de 1996.

El examen inicial de la competencia hubiera requerido verificar el cumplimiento de algún foro de Bruselas II bis (aplicable por razones temporales). La única opción pasaría en este caso por la prórroga de la competencia del art. 12. Valorable sería en este contexto la comparecencia del demandado y sus alegaciones de fondo que habría que ver si es interpretable como “aceptación inequívoca” de la competencia de los tribunales españoles, que tendrían vinculación estrecha con el caso por la nacionalidad española de los menores, pero que hubiera requerido una valoración judicial específica sobre el ejercicio de esta competencia “en interés del menor”.

De no considerar esa prórroga, las opciones pasarían nuevamente por el art. art. 22 quáter d) LOPJ, vía art. 14 de Bruselas II bis, dado que el Convenio de La Haya de 1996 no sería apli-

6 ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217

7 ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111

8 ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211

9 *Vid.* esta perspectiva crítica en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*

cable. No sería descartable tampoco valorar en este contexto la sumisión tácita del art. 22 bis LOPJ, en los términos indicados anteriormente.

8. Una aplicación directa del foro del demandante del art. 22 quáter d) LOPJ plantearía la dificultad adicional en la determinación de la ley aplicable conforme al art. 15 del Convenio de La Haya de 1996, dada su falta de equivalencia con los foros del Convenio. Ciertamente, la aplicación del Derecho del foro está pensando en la competencia general de la residencia habitual del menor. Quebrado este presupuesto con un criterio sin referente homólogo en el Convenio, la aplicación del Derecho del foro devendría injustificable. No obstante, la cláusula de excepción del art. 15.2 permite, en interés del menor, buscar un Derecho más vinculado con el mismo. Desde esta perspectiva, ante la invocación de un derecho de relación y visita basada en una convivencia continuada en régimen “familiar” podría justificarse la aplicación del Derecho panameño, Estado en el que dicha convivencia se desarrolló.

#### **IV. VALORACIÓN FINAL**

9. En todo caso, la solución de fondo alcanzada, sobre el mantenimiento de un derecho de relación y de comunicación entre los menores basándose en su condición de “allegados” parece razonable y justificada desde la perspectiva del interés superior del menor. De este modo, se logra una protección de una relación familiar de hecho sin tener que forzar y alterar la configuración de la filiación. Quedan en este ámbito, no obstante, pendientes nuevos retos en un momento en el que la determinación de la filiación —tradicionalmente denominada biológica o por naturaleza— ya no depende exclusivamente del componente genético sino también del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los aspirantes a progenitores.





## ASIGNACIÓN DE SEXO LEGAL INDETERMINADO: STJ DE ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª) NÚM. 83/2023, DE 23 DE ENERO

PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS\*

### I. HECHOS

En octubre de 2017 el Tribunal Constitucional alemán estimó el recurso presentado por una persona intersexual (o intersex) registrada como mujer al nacer, y que, por no percibirse como tal, pero tampoco como hombre, había solicitado en todas las instancias previas (autoridades registrales, juzgados y tribunales) que en la mención de su sexo legal constara “inter/diverso” o “diverso”<sup>1</sup>. El Tribunal consideró que para las personas intersexuales, que por definición no se acomodan a las características de ninguno de los dos sexos que incluye el sistema binario (hombre/mujer), la asignación con arreglo a este sistema vulnera los derechos garantizados por el art. 2.1 (libre desarrollo de la personalidad) en relación con el art. 1.1 (dignidad humana) y el art. 3.3 (no discriminación por razón de sexo), todos ellos de la Constitución alemana. En consecuencia, conminó al legislador a que, con fecha tope de 31 de diciembre de 2018, modificara la normativa interna, a fin de introducir una tercera opción. El 1 de enero de 2019 entraba en vigor la correspondiente reforma<sup>2</sup>, que permite que las personas intersexuales consten con sexo/género “diverso” en el Registro civil alemán, y que cualquier persona cuyo sexo se ha asignado conforme al sistema binario transicione a esta tercera opción, si se auto-percibe como no binaria (sea o no intersexual).

No debe extrañar, pues, que haya sido una persona alemana (residente en Sevilla) la que haya conseguido —a mi conocimiento por vez primera— que un tribunal español declare que las autoridades españolas pueden estar obligadas, en situaciones como la suya, a trascender el sistema binario en el que aún permanece estancada la normativa española. Sabemos que esa persona se llama Andrea Speck<sup>3</sup>, y que llevaba batallando desde hacía tiempo para conseguir que su sexo legal fuera reconocido en España como “X”, tal y como consta en su pasaporte alemán, o como “indeterminado”: igual da si es por ser intersexual o porque no conforma, por la razón que sea, con el género femenino ni con el masculino. Lo consiguió primero en el ámbito sanitario: la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía accedió a cambiar la mención de “hombre” a “indeterminado” en la base de datos de usuarios del Sistema

---

\* Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

1 Sentencia de 10 de octubre de 2017, *Bundesverfassungsgericht* 1 BvR 2019/16.

2 *Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben*, de 18 de diciembre de 2018, *Bundesgesetzblatt* I 2018, núm. 48, de 21 de diciembre de 2018 ([www.bgbl.de](http://www.bgbl.de)).

3 Porque son muchos los medios de comunicación que se hicieron eco de la noticia. Así, por ejemplo, *El Salto*: <https://www.elsaltodiario.com/lgtbiq/andrea-speck-persona-no-binaria-alemania-brecha-identidad-espana>

Sanitario Público de Andalucía. Pero la Dirección General de la Policía denegó su solicitud de rectificación de la mención del sexo en el Registro Central de Extranjeros, por lo que, a través de los correspondientes recursos, el asunto escaló hasta el TSJ de Andalucía. La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de Sevilla, por Sentencia 82/2023 de 23 de enero<sup>4</sup> estima su recurso, ordenando que, en lugar de “hombre”, conste “indeterminado, X o expresión equivalente”.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La cuestión que se plantean las diversas instancias es la obligación (o no) de reconocer la asignación o reasignación del sexo legal operada con arreglo a la ley de otro Estado, cuando esa ley contempla una opción que el Derecho español desconoce. Y en esta cuestión subyacen dos problemas: uno es que el ordenamiento español siga anclado en el sistema binario, que no garantiza los derechos de todas las personas *trans*, ni de todas las personas intersexuales, a pesar de que se haya reformado recientemente precisamente con esta finalidad; y el otro es que con esta reforma normativa, además, no se han introducido normas relativas a las situaciones privadas internacionales.

La reciente Ley 4/2023 o Ley *trans*<sup>5</sup> consolida el sistema binario, desperdiciando con ello, a sabiendas<sup>6</sup>, la oportunidad de atender debidamente a dos realidades. La primera es que las personas intersexuales en el momento de su nacimiento no se acomodan al binarismo; y aunque es cierto que para ellas (si nacen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley *trans*) se ha dispuesto por vez primera en nuestro sistema una solución específica en lo relativo a la mención legal del sexo en el Registro civil, esta solución carece de sentido. El art. 74.2 Ley 4/2023 prevé la posibilidad de que la asignación no se realice durante el primer año de vida si las/os dos progenitoras/es están de acuerdo; pero más allá de que no se prevea qué ocurre si no hay acuerdo<sup>7</sup>, transcurrido ese año, en el que no se sabe qué habrá cambiado para asignar conforme al sistema binario, la asignación será obligatoria (art. 49.5 LRC)<sup>8</sup>, y no cabrá como

---

4 ECLI:ES:TSJAND:2023:792.

5 Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, *BOE* núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

6 La Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea el 2 de marzo de 2018 (*BOCG* núm. 220.1 de 2 de marzo de 2018) proponía recoger una tercera categoría de género.

7 Conforme a la normativa vigente cabría instar un expediente de jurisdicción voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 86 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (*BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015, en adelante *LJV*) y que sea un Juzgado el que determine cuál de los progenitores decide. Pero el hecho de que la posible mención en blanco solo dure un año deja sin sentido práctico esta opción, pues cabe pensar que, de no haber acuerdo inicial, será asignado un sexo (tampoco se hace ninguna indicación de criterios para determinar cuál) mientras se sustancia el procedimiento. Y este procedimiento no llevará menos de medio año, siendo optimistas.

8 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, *BOE* núm. 175, de 22 de julio de 2011. El apartado 5º del art. 49 ha sido introducido por disp. final undécima de la Ley *trans*.

sexo nada diferente que “mujer” o “varón”<sup>9</sup>. Ciertamente es que esta solución atiende al reparo de que la no asignación o la asignación a un tercer sexo/género puede ser estigmatizante, pero precisamente el reconocimiento legal de esta tercera opción podía constituir un paso importante para visibilizar y reconocer lo natural de esta realidad, y para que, en este sentido, vaya desprendiéndose de ese posible estigma. El resultado de no acoger una tercera opción es que, frente a lo que el propio título de la Ley indica, ni se garantizan los derechos de (todas) las personas LGTBI, al menos en lo tocante a la I de intersexual, ni se ampara la igualdad efectiva de (todas) las personas trans. Porque la segunda realidad que la Ley desconoce es que hay personas que pueden precisar una reasignación a un “tercer sexo/género”: tanto las intersex a las que ha asignado ya un sexo diferente al de “indeterminado”, cuando es éste el género con el que se identifican, como ocurre en el asunto alemán antes indicado<sup>10</sup>, sino también las personas no binarias y las de género fluido que a fecha actual constan como “hombre” o como “mujer”, y que, de ser posible, transicionarían a una opción no binaria.

Y no solo es de lamentar que se haya desaprovechado lo propicio del momento histórico actual, en el que varios países de nuestro entorno han introducido el “tercer género”<sup>11</sup>, sino que, en atención a esta realidad, esto es, al hecho de que en otros ordenamientos las soluciones puedan diferir, no se hayan previsto normas específicas para las situaciones internacionales. Porque aunque la ley no haya contemplado qué ocurre en situaciones internacionales, como bien muestra el asunto de Andrea Speck, esas situaciones se presentan. Y para resolverlas, contamos, a falta de soluciones especiales, con unas normas generales que no proporcionan respuestas adecuadas para casi ninguno de los problemas<sup>12</sup>.

Centrándonos en el que se le presenta en particular al TSJ, éste fundamenta su decisión — estimar la solicitud de Speck de constar con sexo indeterminado— en un principio general: evitar la disparidad de datos personales (entre el país de la nacionalidad y España), a partir de la obligación de inscripción de la persona en un registro —que, advierte, no es el Registro civil—. Además, en una suerte de “a mayor abundamiento”, parece aplicar la norma de conflicto contenida en el art. 9.1 Cc, sin mencionarla en ningún momento, cuando advierte que esta solución comporta estar a la ley nacional de la persona interesada.

En la solución del TSJ podría parecer que la norma de conflicto es de aplicación opcional (“*si se quiere trasladar al ámbito del derecho internacional privado...*”). Pero lo cierto es que en este asunto, en puridad, no se plantea un problema de ley aplicable. No hay que aplicar una ley extranjera, sino, como más adelante se desarrolla, reconocer el valor probatorio que tiene

9 Que es como indica que deben registrarse las personas el aún vigente art. 170 del Reglamento del Registro Civil (Decreto de 14 de noviembre de 1958), *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

10 Y el austríaco que llevó al Tribunal Constitucional de Austria a dictar un pronunciamiento similar al alemán: Sentencia de 15 de junio de 2018 (No. G 77/2018, VfGH G 77/2018). En Francia una persona intersexual asignada como “varón” también solicitó su reconocimiento como “indeterminada”, pero se denegó este reconocimiento, y su negativa ha sido amparada por el TEDH en el asunto *Y. c Francia*, núm. 76888/17, TEDH 2023.

11 Además de Alemania y Austria, Malta, Países Bajos, Islandia, entre otros: más extensamente, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “La identidad de género en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. 76, 2 (2023), pp. 343-366, esp. pp. 348-349.

12 *Ibidem*.

el pasaporte extranjero para acreditar datos de identidad que se inscribirán en un registro administrativo, ciertamente, con arreglo a una ley extranjera. Ahora bien: interesa en este punto indicar que, frente a lo que parece afirmar el TSJ, si se tratase de inscribir en el Registro civil el nacimiento de la persona, con todos sus datos de identidad, incluido el sexo, la solución no debería ser diferente a la que propone para el Registro Central de Extranjeros. Porque en tal caso, el de la inscripción en el Registro civil, sí se aplicaría la norma de conflicto de forma obligada. Así, si Andrea Speck naciese mañana en territorio español y el equipo médico advirtiese que es intersex, por más que la ley española no haya abandonado el binarismo, en su inscripción en el Registro civil español debería constar que su sexo es “indeterminado”, porque el sexo en una mención de identidad para la que, en defecto de solución específica, habrá que aplicar la norma general dispuesta para el estatuto personal. Pero no solo habría que estar a la ley alemana porque es su ley nacional, y no cabe afirmar que contravenga el orden público, sino también porque los principios de libre circulación de personas y libre establecimiento y de no discriminación vigentes en la UE así lo exigirían. En atención a estos principios, de hecho, resultará obligado inscribir a personas extranjeras con la tercera categoría también si no la contempla la ley nacional, pero ha sido asignada como tal con arreglo a la ley del EM de su nacimiento y residencia habitual (por ejemplo, si Speck tuviese nacionalidad francesa, pero al nacer intersexual en Alemania y residir allí se le asigna el género indeterminado), e incluso si la persona, además de la nacionalidad del EM que contempla el tercer sexo, tiene también nacionalidad española (si Speck, en el momento de su nacimiento, es alemana y española)<sup>13</sup>.

Habrán, pues, personas que deberán ser inscritas en el Registro civil español con un sexo legal que no es “varón” ni “mujer”, sino esta tercera categoría: personas extranjeras, pero también españolas. Y, a mi entender, no solo las que impone el Derecho de la UE antes indicadas, sino también, en atención a ese principio invocado por el TSJ, el de evitar disparidades en los datos de identidad de la persona, las que tengan esa asignación con arreglo a otra ley (no necesariamente de otro EM) cuando adquieran la nacionalidad española. Pero nada de esto ha sido previsto por *Ley trans*: ni la posibilidad de que en el RC español se inscriban personas extranjeras con un tercer sexo o género indeterminado si así lo prevé su ley nacional o la del EM de su residencia y nacimiento (incluso siendo también españolas), ni para solucionar el conflicto móvil cuando personas extranjeras de género indeterminado con arreglo a la anterior ley nacional adquieren la nacionalidad española.

---

13 Aplicando de forma analógica la jurisprudencia derivada, respectivamente, de los asuntos *Grunkin-Paul* (STJCE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559) y *García Avello* (STJCE de 2 de octubre de 2003, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539): cf. *ibidem*, p. 352. Entiendo que estas resoluciones, con otras en materia de nombre y apellidos, son las que resultarían especialmente de aplicación en materia de asignación de sexo, por tratarse ambas (el sexo y el nombre y los apellidos) de menciones de identidad de la persona, y no elementos del estado civil. Cabe, no obstante, advertir que en materia de estado civil las libertades de circulación y establecimiento también imponen el reconocimiento de relaciones creadas al amparo de la ley de otro EM, como se ha puesto de relieve, por ejemplo, en los asuntos *Coman* (STJUE de 5 de junio de 2018, C-673/16, EU:C:2018:385) en relación con un matrimonio entre personas del mismo sexo y *V.M.A. y Stolichna obsthtia, rayon “Pancharevo”*, STJUE de 14 de diciembre de 2021, C-490, EU:C:2021:1008, en lo que respecta a la doble filiación materna.

Pero, como antes se apuntaba, en este asunto de lo que se trataba no era de asignar el sexo legal con arreglo a una determinada ley. Ni siquiera se trata, en puridad, de reconocer el cambio de sexo operado conforme a un Derecho extranjero<sup>14</sup>, pues no se trataba de modificar una inscripción en el Registro civil<sup>15</sup>, sino una mención de identidad recogida en un registro administrativo, cuyos datos se introducen y actualizan a partir de los que contienen documentos extranjeros: señaladamente el pasaporte. El pasaporte extranjero contiene los datos de identidad que se tienen en cuenta en materia de Extranjería. Salvo si se duda de la autenticidad del documento —y tras consultar al consulado correspondiente—, tales datos deben tenerse por acreditados<sup>16</sup>. Por tanto, si el sexo que consta en el pasaporte es “indeterminado”, el registro correspondiente debe adaptarse en consecuencia. Y a este respecto no debiera importar si se trata de una primera inscripción o de la actualización del dato. Porque del mismo modo que una modificación en el Registro Civil de Extranjeros de la nacionalidad se acreditaría con la mera presentación del pasaporte del nuevo Estado, y la autoridad española no se afanaría en comprobar si, en efecto, con arreglo a la ley reguladora de la nueva nacionalidad es esta la que le corresponde, si la mención legal del sexo ha cambiado, y este cambio se acredita a través del pasaporte, nada debería impedir reconocerlo y actualizar el dato en el registro administrativo español, sin más consideraciones.

### III. CONCLUSIÓN

La Ley *trans* ha desaprovechado la oportunidad de regular la asignación o reasignación del sexo legal a una tercera categoría para personas intersexuales o de género no binario. Y quizás se deba a la complicación de afrontar la revisión normativa que precisa abandonar el binarismo sexual, pero ello comporta que, como se ha indicado, no se garanticen plenamente los derechos de todo el colectivo LGTBI, en lo referido a personas intersex y trans. Además, se entiende mal que el legislador haya obviado que el reconocimiento del tercer género ya se ha producido en otros países, y que el número de leyes que lo contemplan seguramente vaya

---

14 Pues Andrea Speck tuvo que tener una asignación conforme al sistema binario en el momento de su nacimiento, que cambiaría a raíz de la entrada en vigor de la reforma antes mencionada (nota 2).

15 Cuestión para la cual tampoco ha dispuesto normas la Ley *trans*. Aplicando las vigentes, en tal caso, como el cambio habrá operado con intervención de una autoridad extranjera, la inscripción de la correspondiente decisión obligaría a tramitar previamente el procedimiento de *exequatur* (art. 96.1 LRC) o a realizar un reconocimiento registral, verificando las condiciones establecidas al efecto (art. 96.2 LRC). Para el caso de que el cambio de sexo en el extranjero opere sin intervención de autoridad, probablemente no sea descabellado dar una solución basada en el art. 9.1 Cc, y que el reconocimiento se realice por remisión al ordenamiento jurídico competente, en este caso el de la nacionalidad. Quizás es lo que pretendía el TSJ. Pero de ser así, tampoco acertaría cuando obvia por completo la prueba que, a tal efecto, tendría que haber sido practicada en el marco del procedimiento, sobre el contenido y la vigencia de esa ley (art. 281.2º LEC, por remisión del art. 33 LCJIMC). Porque, si en el ámbito del Registro civil, el conocimiento de la autoridad del contenido de la ley extranjera aplicable le exime de la práctica de la prueba de esa ley, no ocurre lo mismo en el ámbito de un procedimiento: *vid.* al respecto FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Madrid, Civitas, 2022, p. 243.

16 A este respecto, y en relación con la edad, existe una jurisprudencia consolidada. Entre las resoluciones más recientes, Sents. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 535/2022 de 5 julio (ECLI:ES:TS:2022:2782) y núm. 796/2021, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4266).

aumentando, por lo que habrá que dar respuestas a las solicitudes de reconocimiento de una reasignación, como también de asignación al “sexo indeterminado” con arreglo a leyes extranjeras. De hecho, ya ha ocurrido en el asunto sobre el que se pronuncia el TSJ de Andalucía.

En el caso en particular, el Tribunal acierta al acceder a la pretensión de una persona alemana que, conforme a su ley personal consiguió que se reconociera que no es ni mujer ni hombre, de modificar la mención al sexo legal que, con arreglo a la situación previa a esa transición, constaba en el Registro Central de Extranjeros. Como bien indica en la Sentencia, la mención que figura en la documentación oficial extendida por las autoridades de su nacionalidad es “sexo indeterminado”, por lo que es la que debe constar también así para las autoridades españolas. Los documentos y registros españoles deberán comenzar a contar con la correspondiente casilla de “x”, junto con las de “mujer” y “hombre”.

# SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, (SECCIÓN 4ª), DE 3 DE MAYO DE 2023: A VUELTAS CON LA *PROFESSIO IURIS* ANTICIPADA

ALFONSO YBARRA BORES\*

## I. LOS ANTEDECENTES DEL CASO

En la sentencia de la AP de Málaga de 3 de mayo de 2023<sup>1</sup>, la cual es objeto del presente comentario, se aborda el caso de una sucesión internacional de la cual van a resultar una serie de problemas derivados de un conflicto entre posibles herederos. La internacionalidad viene dada por los datos referidos a la persona del causante: en efecto, había nacido en Argelia, gozaba de nacionalidad canadiense, falleció en Dubái (Emiratos Árabes) el 17 de agosto de 2017 y tenía su residencia habitual en Torremolinos (Málaga) en el momento del óbito. Además, había otorgado testamento en dicha localidad el 24 de enero de 2011<sup>2</sup>. En el litigio se enfrentaron los cuatros hijos de un primer matrimonio del causante, frente a los tres hijos de otro posterior.

Los primeros, al ser excluidos del testamento, formularon demanda ejercitando con carácter principal acción de nulidad de testamento por incurrir en defectos de forma y, de manera subsidiaria, de preterición no intencional y también intencional de heredero forzoso. Básicamente alegaban que el testamento adolecía de una serie de defectos, entre ellos, la no designación de la legislación aplicable, la no institución de heredero, la falta de distribución de la totalidad de los bienes, la institución de legado en favor de una hija del segundo matrimonio y la manifestación, no cierta, de conocer el causante el idioma español. Asimismo, alegaban la existencia de una preterición de todos los herederos no intencionada por error del testador, motivada por las limitaciones lingüísticas. Con fundamento en ello, se solicitaba una sentencia por la que se declarara, con carácter principal, la nulidad del testamento, declarando como únicos y universales herederos a los siete hijos del causante y, subsidiariamente, se solicitaba la declaración

---

\* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+I: “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)”, código PID2019-106496RB-I00, Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i.

1 ECLI ECLI:ES:APMA:2023:680.

2 Se trataba de un testamento *simpliciter*, denostados por la DGSJFP, sin razón a nuestro entender, desde la resolución de la entonces DGRN de 15 de junio de 2016 (*BOE* núm. 175, de 21 de julio de 2016). Sobre los testamentos parciales véase RIPOLL SOLER, A., “Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*”, *Revista de Derecho Civil*, V. III, núm. 2, abril-junio 2016, pp. 44-47; CUEVAS DE ALDASORO, M. A., *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2018, p. 137-140 y CABANAS TREJO, R. y BALLESTER AZPITARTE L., “¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *Diario La Ley*, nº 9061, 16 de octubre de 2017, pp. 10-12.

de herederos de los hijos no preteridos, la nulidad por preterición no intencionada y, subsidiaria de la anterior, la declaración de nulidad por preterición intencionada.

Los tres hijos del segundo matrimonio se opusieron a la demanda alegando no ser aplicable la Ley española por tener el causante nacionalidad canadiense y, habiendo sido otorgado el testamento con fecha anterior al Reglamento 650/2012<sup>3</sup>, el mismo era conforme a los requisitos de la *lex auctor*, que en la fecha de su otorgamiento impedía la elección de la ley sucesoria, esto es, la *professio iuris* (al igual que lo hacía la *lex del domicile* del testador). Además, alegaron que, de manera tácita, el testador había expresado su intención de que la Ley aplicable a la sucesión fuese la canadiense y que, no teniendo el testador contacto con los actores, hijos de su primer matrimonio, le llevó a preterirlos en el testamento, algo permitido por la Ley de Canadá. Y, en cuanto a las acciones subsidiarias, los demandados mantuvieron que, para el eventual supuesto de que fuese aplicable la Ley española, la preterición realizada por el testador fue del todo punto intencionada y, en cualquier caso, no conduciría a la nulidad del testamento, sino a respetar la legítima estricta.

Así las cosas, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Torremolinos consideró aplicable la Ley española, y ello en aplicación —erróneamente, como veremos— de las disposiciones transitorias del Reglamento 650/2012. Así, estimó parcialmente la demanda, no acogiendo la acción principal de petición de declaración de nulidad y declarando la existencia de una preterición intencional, reduciendo el legado a que se refería el testamento en la parte que perjudicase a la legítima de los demandantes. Disconformes las partes con la sentencia, ambas recurren en apelación a la AP de Málaga.

Al respecto, y para centrarnos en el núcleo del presente comentario, los tres motivos de apelación del recurso de los demandantes —por infracciones procesales— fueron desestimados dado que los recurrentes no habían solicitado previamente que las omisiones de pronunciamiento que fundamentaban sus motivos hubiesen sido completadas conforme posibilita el artículo 215.2 LEC. Y ello por encontrarse a su alcance la defensa de su derecho a obtener la tutela judicial efectiva por parte del tribunal obligado a hacerlo, en este caso el de instancia, por lo cual no podían pretender obtener dicha tutela en la apelación<sup>4</sup>.

Por su parte, el recurso de los demandados se fundamentaba en la existencia de una errónea aplicación del derecho sustantivo al permitirse, cuando no era preceptivo, el reenvío a la Ley española para discernir la controversia suscitada<sup>5</sup>. Se alegaba también la aplicación, igual-

3 Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DOUE* núm. 201, de 27 de julio de 2012).

4 Téngase en cuenta que el TC ha declarado recientemente la inconstitucionalidad de este requisito en dos recientes resoluciones, la STC 43/2023, de 8 de mayo (ECLI:ES:TC:2023:75) y la STC 75/2023, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:75), y ello por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), si bien ha de advertirse que tal declaración se ha realizado en relación a la vertiente de derecho a la doble instancia en el ámbito penal.

5 Ha de señalarse que el Juzgado, de una manera improcedente, había determinado la Ley española como aplicable conforme a los artículos 9.8 y 12.2 CC, cuando, como veremos, eran aplicable a tal fin las normas



mente errónea, del artículo 21 del Reglamento 650/2012, cuando se debería haber aplicado el artículo 22, pues, conforme a los criterios de interpretación literal y lógico-sistemático, y de la prueba practicada, consideraban que en el testamento se señalaba de una manera tácita la Ley canadiense como la Ley aplicable a la sucesión. Sobre la base de los motivos del recurso de los demandados, la AP de Málaga resolverá en el sentido que pasamos a exponer.

## II. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN COMO CUESTIÓN NUCLEAR

Así las cosas, podemos intuir que el tema central del litigio versará sobre la determinación de la Ley aplicable a la sucesión: en efecto, la Ley española (residencia habitual del causante) beneficiaría claramente a los demandantes, hijos del primer matrimonio, mientras que la Ley canadiense (nacionalidad del causante) era manifiestamente favorecedora a la postura mantenida por los descendientes del segundo matrimonio.

Pues bien, la AP de Málaga, frente al incomprensible criterio de aplicación del artículo 9.8 y 12.2 CC que había mantenido el juez *a quo*, deja claro desde un primer momento que para la determinación de la Ley que debía regir la sucesión era de aplicación el Reglamento 650/2012, dado que nos encontrábamos ante una sucesión con evidentes repercusiones transfronterizas<sup>6</sup>, y el testador había fallecido el 17 de agosto de 2017, por lo tanto aplicándose ya el citado instrumento<sup>7</sup>. Además, había de tenerse en consideración a tal efecto la primacía del Derecho de la Unión Europea y el carácter *erga omnes* del Reglamento<sup>8</sup>.

Entrando en la aplicación del Reglamento 650/2012 y en lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable, en la sentencia comentada se analizan sus artículos 21 y 22. Se parte de la base de que la sucesión se rige por la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (art. 22.1), salvo que se acredite que el causante mantuviera un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado (art. 21.2). Sin embargo, el Reglamento permite que el causante pueda designar como Ley que regule su sucesión la del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento

---

del Reglamento 650/2012. Se trata de un grave error que, desgraciadamente, no ha de sorprender a quienes se dedican al Derecho internacional privado, habituados a encontrar tales atrocidades jurídicas en las resoluciones de nuestros tribunales (*vid.* YBARRA BORES, A., “Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: una relación compleja”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 14, núm. 2, 2022, pp. 871-899).

6 El supuesto tratado es modélico para ilustrar a los alumnos de Derecho internacional privado sobre lo que se debe considerar una sucesión de carácter internacional: testador nacido en Argelia, de nacionalidad canadiense, con residencia habitual en Torremolinos (Málaga), fallecido en Emiratos Árabes Unidos, con un testamento otorgado ante notario en España y con bienes, aparentemente, en varios países.

7 Artículo 83 del Reglamento 650/2012.

8 El carácter *erga omnes*, implica, por un lado, que se aplicará el ordenamiento señalado por las reglas del Reglamento aunque se trate de un ordenamiento de un Estado que no participe en el mismo y, por otro, y como consecuencia indirecta de lo anterior, que las normas de conflicto del sistema interno del Estado que aplique el Reglamento son desplazadas por las reglas de éste en la materia concreta (en nuestro caso, las del art. 9.8 CC).

(art. 22.1), pudiendo realizarse la elección expresamente —en forma de disposición *mortis causa*— o resultar de los términos de una disposición de ese tipo, esto es, de una manera tácita (art. 22.2).

Siendo evidente que en el supuesto que tratamos no existió elección expresa de Ley aplicable, se abrían entonces dos incógnitas que son abordadas en la sentencia: por una parte, si cabía la elección anticipada de Ley en un testamento otorgado en 2011, esto es, antes incluso de que hubiese entrado en vigor el Reglamento 650/2012 y, por otra, si del testamento en cuestión podía deducirse una elección tácita a favor de la Ley personal del causante, la Ley canadiense<sup>9</sup>.

Respecto a la primera cuestión, para la AP de Málaga no cabe duda de que el artículo 83.4 del Reglamento 650/2012 posibilitaba la elección incluso en fecha anterior a la entrada en vigor del mismo el 16 de agosto de 2012<sup>10</sup>. Más problemática se plantea en estos casos la segunda incógnita y, para discernir la misma, el tribunal realiza un examen de las disposiciones sucesorias para determinar si existió una designación tácita de la Ley canadiense; y de tal estudio llega a la conclusión de que en el caso hubo una elección tácita de tal ley, dado que, tras hacer constar su nacionalidad el causante, se refirió en el testamento a la aplicación de su ley personal a la disposición de última voluntad. Y al amparo de ello realizó un legado a favor de una hija, con preterición de los otros dos hijos que mencionó, posibilidad ésta que el testador manifestó que era permitida por la ley canadiense<sup>11</sup>, y que resultaba incompatible con la legislación sucesoria española en casos de preterición de herederos forzosos<sup>12</sup>.

En definitiva, siendo válida la elección tácita de la ley rectora de la sucesión en los términos señalados, no resultaba aplicable la ley española respecto al pronunciamiento sobre la denunciada preterición, razón por la cual es revocada la sentencia de instancia al ser aplicable a la sucesión el Derecho canadiense<sup>13</sup>.

9 Respecto a la posibilidad de que nacionales de terceros Estados, residentes en Estados miembros de la Unión Europea, puedan elegir su Ley personal para regir el conjunto de su sucesión al amparo del artículo 21.1 del Reglamento 650/2012, ha respondido afirmativamente la reciente sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023, C-21/22 ( ECLI:EU:C:2023:766).

10 Sobre la procedencia de la admisión de la *professio iuris* anticipada, incluso la anterior a la fecha de entrada en vigor del Reglamento 650/2012, véase la RDGRN de 15 de junio de 2016 (BOE núm. 175, de 21 de julio de 2016).

11 La cual fue debidamente acreditada en el procedimiento mediante la oportuna prueba documental.

12 Sobre la flexibilidad a la hora de admitir la existencia de *professio iuris* tácita, véanse las resoluciones de la DGRN de 4 de julio de 2016 (BOE núm. 194, de 12 de agosto de 2016), de 2 de marzo de 2018 (BOE núm. 69, de 20 de marzo de 2018), de 14 de febrero de 2019 (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019) y de la DGSJFP de 28 de agosto de 2020 (BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020). Por el contrario, en sentido menos favorable a la existencia de *professio iuris* tácita, véanse las resoluciones de la DGRN de 24 de julio de 2019 (BOE núm. 231, de 25 de septiembre de 2019) y de la DGSJFP de 24 de julio de 2023 (BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2023).

13 La sentencia comentada se refiere al cambio de paradigma representado por el comentado artículo 22 del Reglamento 650/2012, pues, en palabras del TS, el Reglamento 650/2012 “se inclina decididamente por aceptar la elección de la ley aplicable (*professio iuris*), pues resulta preferente la ley elegida por el causante (...)” (STS nº 685/2018, de 5 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:4139).

### III. LA CRITICABLE REFERENCIA AL REENVÍO

Hemos señalado que en la sentencia del juez *a quo* se aplicó erróneamente la ley española como consecuencia del juego del reenvío *ex* artículo 12.2 CC, que, como vimos, había ido precedido de una indebida aplicación del artículo 9.8 CC. Así las cosas, y tras declarar la AP de Málaga la aplicación del Reglamento 650/2012 para determinar la Ley aplicable y, en su virtud, estimar la existencia de una válida elección tácita del Derecho canadiense, no le encontramos sentido alguno a las diversas referencias que se hacen en la sentencia a la institución del reenvío.

En efecto, tras reiterar la Sala la aplicación del Reglamento 650/2012, se indica que, especialmente en lo que al supuesto que nos ocupa requiere, ello resulta así “teniendo en cuenta lo establecido con las condiciones del reenvío a otra legislación que se establece el artículo 34”. Y, correlativamente, se recalca que a tal fin “ha de estarse a las normas que dicho Reglamento establece en lo que respecta a la admisibilidad del reenvío de la Ley aplicable por parte del testador, conforme establecen los artículos 12 y 22 del citado Reglamento Sucesorio Europeo” (p. 5, pfo. 4)<sup>14</sup>. Se trata de una referencia al reenvío con una frase cuyo significado no se alcanza a entender, y que no se intuye a cuento de qué viene, pues nada aporta a la solución del caso. Pero es que la misma idea es repetida más adelante al reiterarse que el Reglamento 650/2012 “admite la designación de la ley aplicable al testamento y por tanto su reenvío conforme establece el artículo 12 y 22, con respecto a la ley de su sucesión” (p. 7, pfo. 3).

Realmente era innecesaria cualquier alusión al reenvío, y la razón es muy simple: una vez declarada por el tribunal la existencia de elección tácita de la Ley canadiense, el artículo 34.2 del Reglamento 650/2012 establece que en ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refiere, entre otros, el artículo 22. Esto significa que, en el supuesto de haberse elegido —expresa o tácitamente— la Ley que ha de regir la sucesión, se cierra cualquier posibilidad de que opere el reenvío, por lo que resulta evidente que cualquier mención a tal mecanismo ya carecía de sentido<sup>15</sup>.

Decía algún clásico que el reenvío es una materia amada por los profesores, odiada por los alumnos, e ignorada —cuando la perciben— por los abogados y jueces; es evidente que en el caso abordado se rompió la tradición y ocurrió todo lo contrario, pues existió un especial empecinamiento por parte del tribunal en introducir con calzador tal figura, y ello sin que hubiera necesidad alguna de hacerlo.

---

14 La alusión que se hace al artículo 12 debe tratarse de un error, pues ninguna relación guarda dicho precepto con el reenvío; entendemos que en realidad se debe estar refiriendo al artículo 21. Sin embargo, lo cierto es que más adelante se reitera la misma errata.

15 Sobre el reenvío y el Reglamento 650/2012 véanse, ALVAREZ GONZALEZ, S., “Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y reenvío. Dos nuevas entregas del Tribunal Supremo entre el Código civil y el Reglamento 650/2012, de sucesiones”, *La Ley Unión Europea*, nº 69 (abril de 2019); CALVO VIDAL, I., “El estado de aplicación de las disposiciones del Reglamento UE sobre Sucesiones en materia de orden público, aplicación universal y reenvío, y sobre el acceso a los registros del certificado sucesorio europeo”, *Parlamento Europeo*, 2017: <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/131003/juri-comision-briefing-eu-sucesiones.pdf>; CALVO VIDAL, I., “El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *Bitácora Millennium DIPr*: <http://www.millenniumdipr.com/ba-6-el-reenvio-en-el-reglamento-ue-650-2012-sobre-sucesiones> y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Reenvío y Reglamento sucesorio europeo”, *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, 2018, pp. 53-77.

