

# ¿CUÁNDO SE APLICA EL REGLAMENTO *BRUSELAS II BIS*? EL TJCE SE PRONUNCIA SOBRE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

ANA QUIÑONES ESCÁMEZ\*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. APLICACIÓN *RATIONE MATERIAE* Y *RATIONE TEMPORIS* Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR (STJCE, 27 DE NOVIEMBRE DE 2007, ASUNTO C-435/06, C).
  1. ÁMBITO MATERIAL Y PROTECCIÓN PÚBLICA DEL MENOR.
  2. RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DERECHO TRANSITORIO.
- III. APLICACIÓN AL DIVORCIO INTERNACIONAL (STJCE, 29 DE NOVIEMBRE DE 2007, ASUNTO, C-68/07, *SUNDELIND*).
  1. APLICACIÓN OBLIGATORIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS.
  2. PARALELISMOS CON EL ASUNTO *OWUSU*.
  3. APLICACIÓN *PRINCIPAL* DE LOS CRITERIOS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL (*SUNDELIND*).
  4. APLICACIÓN *SUBORDINADA* DE LAS NORMAS NACIONALES.
  5. APLICACIÓN *EXHAUSTIVA* DE LOS CRITERIOS DEL REGLAMENTO.
- IV. AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA PROPUESTA «ROMA III» Y SUSTITUCIÓN DE LAS NORMAS NACIONALES.
- V. CONCLUSIÓN Y REFLEXION FINAL.

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación del divorcio va aproximándose en los Estados miembros por la vía de la flexibilización<sup>1</sup>. Si bien, subsisten diferencias, que no per-

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

<sup>1</sup> La flexibilización parece ir ganando terreno. Se admite el divorcio por consentimiento mutuo, se acorta el plazo de espera en caso de divorcio unilateral; y, aunque subsisten diferencias con respecto al papel del juez, se estudia el introducir, en caso de consentimiento mutuo, un divorcio notarial (sin juez ni abogados) en el vecino país francés.

miten vislumbrar, si deseable, una unificación material<sup>2</sup>. Pero existe un Derecho internacional privado común, marcado hasta ahora por la sucesión y la continuidad de textos en materia matrimonial, que se encuentra en curso de modificación. Se proyecta introducir normas *ex novo* de derecho aplicable y ampliar los criterios de competencia judicial internacional existentes. En concreto, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003/CE o también llamado Bruselas II (en adelante, R. 2201/2003/CE), de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>3</sup> —en vigor en los Estado Miembros (EEMM), desde el 1 de marzo de 2005<sup>4</sup>, salvo Dinamarca<sup>5</sup>—, está siendo revisado a través de la Propuesta de Reglamento, conocida como «Roma III», de 17 de julio de 2006<sup>6</sup>. Con el nuevo texto se ampliará el volumen de competencia de los EEMM y se reforzará la seguridad jurídica impidiendo la llamada «carrera hacia el tribunal». No obstante, las cuestiones relativas al ámbito

<sup>2</sup> Notablemente, Malta no prevé el divorcio, aunque a tenor del art. 33 de la *Ley sobre el matrimonio*, es posible reconocer en dicho país un divorcio obtenido en el extranjero que, una vez inscrito, abra la posibilidad de contraer nuevo matrimonio (previsión que permitiría a los esposos malteses solicitar el divorcio, tras trasladarse un año, a otro EM, y posteriormente volver a Malta para hacer valer la disolución al amparo del Reglamento Bruselas II) Y subsisten diferencias entre los otros EEMM que admiten el divorcio. Por ejemplo, Irlanda prevé un largo periodo de separación previo al divorcio mientras que la separación no es obligatoria y el divorcio ha dejado de ser causal (o con causa determinada) en nuestro país.

<sup>3</sup> DO L 338, de 23 de diciembre de 2003. Ha reemplazado al Reglamento CE n.º 1347/2000, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, y ha sido objeto de una leve modificación a través del Reglamento del Consejo n.º 2116/2004, de 2 de diciembre de 2004, que tiene por objeto salvar la vigencia del Acuerdo existente entre la Santa Sede y Malta (DO L 367, de 14 de diciembre de 2004).

<sup>4</sup> A excepción de los artículos 67, 68, 69 y 70, que se aplican a partir del 1º de agosto de 2004.

<sup>5</sup> Si bien la exclusión de Dinamarca hizo brecha, el 19 de octubre de 2005, al firmar este país un acuerdo con la Comunidad por el que se extendían las normas comunitarias del Reglamento CE n.º 44/2001 (sobre competencia y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil) al mismo (además del Reglamento CE n.º 1348/2000 sobre notificaciones y traslado de documentos), entrando ambos en vigor, para dicho Estado miembro, el 1 de julio de 2007 (DO L 94 de 4 de abril de 2007). Cabe esperar que otros reglamentos, como el que nos ocupa, en materia de competencia y de reconocimiento sigan el mismo destino que el reglamento general para ese país.

<sup>6</sup> Propuesta de reglamento del Consejo modificando el R. 2201/2003/CE en materia de competencia y estableciendo normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial {COM (2006) 399 final}.

de aplicación del R. 2201/2003/CE y el concepto de competencias exclusivas en la materia matrimonial han venido, desde el inicio, suscitando desconcierto, críticas generalizadas en cuanto a la redacción del articulado, y encontradas posturas doctrinales en nuestro país<sup>7</sup> y en otros Estados

<sup>7</sup> La falta de precisión técnica en la redacción de las normas ha suscitado cierta confusión y una polémica en la que las posiciones no siempre se enfrentan en términos absolutos sino que se entrecruzan e intentan encajar las piezas del puzzle comunitario bajo parámetros a veces coincidentes y a veces distintos. Vid. ABARCA JUNCO, P., «Separación matrimonial y disolución del matrimonio», *Derecho internacional privado*, vol. II, UNED, Madrid, 2001 (revisión de 2006), pp. 142-144, que ofrece, a nuestro entender, una explicación acertada del ámbito de aplicación, cuando indica que el juez: «... habrá de remitirse al Reglamento. Es éste el que va a decir cuando y cómo se aplica; cuando, y en ocasiones incluso, cómo, se aplica el derecho interno y también cuando no va a poder aplicarse aún si no es competente ningún tribunal comunitario según los foros de competencia del reglamento» (p.143). Respecto al funcionamiento y al juego del artículo 7 han reflexionado muchos autores, coincidiendo en destacar su falta de claridad. Es el caso de las monografías: ARENAS GARCÍA, P., *Crisis matrimoniales internacionales*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 152-153, que indica que el art. 7 es una «excepción» a la regla del art. 8, y señala que la interpretación puede inferirse del Informe Explicativo elaborado por A. BORRÁS RODRÍGUEZ (*DO C*, de 16 de julio de 1998, pp. 27-64, n.º 45) y C. ESPLUGUES MOTA, que señala que: «El art. 7 del Reglamento 1347/2000 posee una rúbrica (carácter exclusivo de las competencias) que ha generado —y genera— importantes controversias en la doctrina europea, desde el momento mismo de su promulgación», en *El divorcio internacional*, Valencia 2003, pp. 42-43 y pp. 166-167. Asimismo, con otro enfoque: CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 2007, pp. 132-134, pero haciendo énfasis en que el reglamento regula de manera confusa y contradictoria los arts. 6 y 7, y extrayendo que el 7.1 trata de evitar una denegación de justicia que daría paso a los foros nacionales cuando ningún tribunal de un EM es competente según el reglamento (p. 132). Otros trabajos se moverían en una «línea intermedia» o con diversas matizaciones: CARO GÁNDARA, R., «La naturaleza mutable de los foros de competencia del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental y su incidencia en el control de oficio de la competencia, en *La Unión Europea ante el s. XXI: los retos de Niza, Actas de las XIX Jornadas de la AEPDIRI*, Ed. BOE, Madrid, 2003, p. 191; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000», en CALVO CARAVACA, A. L., y IRIARTE ÁNGEL, L., (dir.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid 2001, pp. 213-239, que indica que se sigue una vía intermedia cuando hubiere sido más deseable un ámbito *erga omnes*; ESPINOSA CALABUIG, R., «La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de Bruselas II bis», *Rivista di diritto internazionale, privato e processuale*, 2004, pp. 735-782; FONT SEGURA, A., «El progresivo avance del derecho comunitario en materia de familia : un viaje inconcluso de Bruselas II a BII bis», en *REDI*, 2004, pp. 273-301; GARAU SOBRINO, F., «El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes », que limita la aplicación del reglamento a los casos en los que el demandado es nacional o reside en un Estado

miembros<sup>8</sup>. No es de extrañar que se planteen problemas en la práctica; que titubeen los tribunales<sup>9</sup>, y que se eleven recursos prejudiciales a los

miembro en CALVO CARAVACA, A. L., y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.), *El derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, p. 401; GÓMEZ JENÉ, M., «El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad», *La Ley*, 1 de junio de 2001, p. 2, que señala que la función del art. 7 no es la de determinar la aplicabilidad del reglamento; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation «Brussels II bis», en FULCHIRON, H., y NOURISSAT, C., *Le nouveau droit communautaire du divorce et la responsabilité parentale*, Ed. Dalloz, París, 2005, pp. 58 y siguientes; RODRÍGUEZ PINEAU, E., «El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», que se refiere a «la conexión comunitaria como criterio de aplicación» (...) en los términos previstos para la acción matrimonial (i. e. residencia habitual en o nacionalidad de un estado miembro)», *La Ley-Unión Europea*, 30 de enero de 2004, n.º 5944, pp. 1-2; RODRÍGUEZ RODRIGO, J., «Reglamento 1347/2000: ámbito de aplicación personal (arts. 7 y 8)», *La Ley*, 22 de octubre de 2004, pp. 1-7, que señala que sigue siendo una cuestión controvertida, decantándose por una tesis intermedia; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup>, «La oscura redacción de sus artículos 7 y 8», en CALVO CARAVACA, A. L., y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 741-774, y VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Civitas, Madrid, 2007, p. 168.

<sup>8</sup> La idea de la exclusividad de los criterios de competencia, entendida como exhaustividad, cuando el demandado es nacional o residente en EEMM, es acogida, aunque con términos distintos o con matizaciones, por la mayoría de la doctrina de otros EEMM: ANCEL, B., y MUIR-WATT, H., «La désunion européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II', *Revue Critique de droit international privé*, 2001, p. 421; HAU, W., «Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht», *FamRZ*, 2000, p. 1340; MCELEAVY, P., «The Brussels II Regulation: How the European Community has moved into Family Law», *ICLQ*, 2002, p. 886, y RIGAUX, F., y FALLON, M., *Droit international privé*, Larcier, Bruselas, 2006, pp. 557-558.

<sup>9</sup> Así, la AP Barcelona, sec. 12<sup>a</sup>, en su sentencia de 13-4-2007 (n.º 124/2007, *Rec.88/2007*. Pte: Jiménez de Parga Gastón, Juan Miguel) señala que: «La nacionalidad ecuatoriana de los contrayentes (...) no impide (...), que se encuentran domiciliadas en España desde antes del 2004, puedan solicitar la disolución del vínculo conyugal, bien en forma consensuada o contenciosa, ante los tribunales españoles, no obstante la nacionalidad que ostentan. (...)». Pues, tras indicar que: «La competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer la demanda de divorcio (...) deriva de la aplicación de los preceptos citados de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...)». También añade que: «Finalmente también es de mencionar el Reglamento 2201/2003, del Consejo de la Comunidad Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que en su artículo 3.1 atribuye competencia para resolver las cuestiones relativas al divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, en forma alternativa, a los órganos jurisdiccionales».

que, recientemente, ha respondido el TJCE<sup>10</sup>. Las decisiones no ofrecen una argumentación teórica sólida sobre el ámbito de aplicación del reglamento<sup>11</sup>, pero ponen de manifiesto la necesidad de dar unas soluciones claras para la práctica.

El objetivo de estas páginas es responder de forma clara a la pregunta de cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II, notablemente, en caso de divorcio. La reflexión tiene como acicate dos recientes decisiones del TJCE: Por una parte la decisión de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, *Kerstin Sundelind López c. Miguel Enrique López Lizazo*, que versa sobre la polémica cuestión del ámbito de aplicación espacial del reglamento y sobre el carácter exclusivo de sus criterios de competencia en materia de divorcio, siendo el demandado nacional y residente en un Estado tercero. Y, por otra parte, la decisión de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, *C*, que resuelve cuestiones prejudiciales relativas al ámbito de aplicación material y temporal del reglamento para la materia de responsabilidad parental.

## II. APLICACIÓN *RATIONE MATERIAE* Y *RATIONE TEMPORIS* Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR (STJCE, 27 DE NOVIEMBRE DE 2007, ASUNTO C-435/06, C)

El asunto «C» trae causa en una decisión de los servicios sociales suecos destinada a colocar a dos menores en una familia de acogida no biológica. La decisión fue confirmada, el 3 de marzo de 2005, por los tribunales administrativos de dicho país, pero la madre marchó con los menores a Finlandia, y acudió y recurrió, hasta la apelación, al TS administrativo finlandés. Éste elevó al TJCE tres cuestiones prejudiciales. Le interrogó sobre si la decisión sueca entra en la categoría de «materia civil», dado su marcado carácter público, exigida por el R. 2201/2003/CE. También le planteó, al hilo de otra cuestión prejudicial relativa al ámbito de aplicación temporal del reglamento, acerca de la articulación del reglamento con las

---

les del Estado miembro, en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges.» (CENDOJ:08019370122007200143).

<sup>10</sup> El TJCE se haya pronunciado sobre el R. 2201/2003/CE en los asuntos *Sundelind López* (STJCE, de 29 de noviembre de 2007, Asunto C-68/07, pendiente de publicación y *C* (STJCE, de 27 de noviembre de 2007, Asunto C-435/06, pendiente de publicación).

<sup>11</sup> Además, en el asunto *Sundelind* tras oírse al Abogado General, se juzgó sin Conclusiones.

normas armonizadas por el Consejo de los países nórdicos en materia de protección de menores. A nuestro entender, la cuestión relativa al ámbito de aplicación material ha de retener nuestra atención, pues incide en la relativa al ámbito temporal del nuevo reglamento.

### 1. ÁMBITO MATERIAL Y PROTECCIÓN PÚBLICA DEL MENOR

Nos es de extrañar que en materia de responsabilidad parental surjan cuestiones prejudiciales en torno a la calificación de «materias civiles», pues el nuevo R. 2201/2003/CE ha ampliado los supuestos que cubre al independizar la responsabilidad parental de las crisis matrimoniales. En el asunto «C», el TJCE, siguiendo al Abogado General, se manifiesta a favor de la inclusión de una medida administrativa de acogimiento de un menor en una familia distinta a la biológica. Nada cabe objetar a tal inclusión, pues los servicios sociales suecos tienen responsabilidades con respecto a los menores; pueden decidir emplazarlos en una familia de acogida, y han de hacerlo conforme a sus normas y procedimiento aunque tengan un carácter público-administrativo. La práctica de los servicios sociales no se aviene con una supuesta concepción estricta de lo que las normas internas finlandesas entienden por «materia civil». La calificación interna no es retenida por el TJCE. Según el Tribunal ha procederse a una interpretación autónoma de los conceptos del reglamento (considerando n.º 46)<sup>12</sup>. Y no sorprende, hoy, en los EEMM, el que una medida de emplazamiento de menores en una familia de acogida no biológica pueda ser adoptada por una autoridad pública de carácter administrativo según lo previsto en las normas de protección de menores. La compatibilidad de una tal medida con la noción de «materias civiles», a los efectos del nuevo R. 2201/2003/CE, ha de ser retenida, si no se quiere comprometer la materia misma de responsabilidad parental, como indica el TJCE en su considerando n.º 45. La argumentación que hace el TJCE basada en la interpretación autónoma de los conceptos del reglamento es algo parca, pero cabe sumarle otros argumentos que van en esa misma dirección. A saber, la noción de responsabilidad parental contenida en el reglamento se encuentra inspirada en la que ofrece el Convenio de la Conferencia de La Haya, de 19 de octubre de 1996, *sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de*

<sup>12</sup> Con anterioridad, al hilo del Convenio de Bruselas de 1968, en TJCE, Sentencia de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou*, C-292/05, Rec. p. I-1519.

*protección de los niños*. De hecho, hace ya más de un siglo, que el Convenio de La Haya de 1902 fue reemplazado por otro Convenio de 1961, en materia de protección de menores, al hilo del célebre asunto E. Böll —conocido por el TIJ en 1958<sup>13</sup>—, que puso de manifiesto que la intervención de los servicios sociales, según normas de derecho público suecas<sup>14</sup>, era fruto de una nueva visión en la protección interna e internacional de los menores, y lo hasta aquí dicho vale, más aún, para los dos EEMM implicados en el asunto «C», Suecia y Finlandia, pues, en ambos, la protección del menor tiene un marcado carácter público, con independencia de que la noción de «materia civil» pueda interpretarse de modo estricto en la normativa interna, de carácter general, finlandesa. A mayor abundamiento, cabe también traer a colación la dificultad de distinguir entre lo «público» y lo «privado» en el ámbito de los reglamentos comunitarios<sup>15</sup>, en los que confluyen los derechos continentales y de *common law*<sup>16</sup>. Es más, la Guía práctica para la aplicación del nuevo reglamento Bruselas II, de 1 de junio de 2005 ilustra la responsabilidad parental, en su comentario al art. 1 del reglamento, con la colocación del menor en una familia de acogida<sup>17</sup>.

## 2. RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DERECHO TRANSITORIO

La tercera cuestión prejudicial del asunto «C» se ocupa del ámbito temporal de aplicación del nuevo reglamento. Tratándose del reconocimiento en Finlandia de una decisión sueca que fue ejercitada antes de que estuviera vigente el nuevo reglamento, es en las normas de derecho transitorio (art. 64.2 del R. 2201/2003/CE) donde ha de encontrarse respuesta. De las

<sup>13</sup> Al respecto, entre nosotros, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 101-107.

<sup>14</sup> Normas internacionalmente imperativas o leyes de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria de las que ya hablaba SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho Romano actual*, Madrid, 1879, t. VI, p. 138.

<sup>15</sup> ROGERSON, P., «Comentario al art. 1 del R. 44/2001 o «Bruselas I», en MANKOWSKI, P. (dir.), *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, Sellier, Munich, 2007, p. 37.

<sup>16</sup> DICEY, A. V., MORRIS, J. H. C., y COLLINS, L., *The Conflict of Laws*, Vol. 2, Thomson, Londres, 2006, pp. 1008-1009.

<sup>17</sup> *Guide pratique pour l'application du nouveau règlement Bruxelles II* (francés e inglés), que está disponible en la web de la red judicial europea. Véase la p. 8, donde se ejemplifica la colocación del niño en una familia de acogida del menor para precisar la inclusión en el ámbito material de competencia.

tres condiciones que exige, es la relativa a las normas sobre las que basa su competencia el juez de origen las que retienen la atención. Es necesario que el criterio de competencia esté contemplado en el R. 1347/2000/CE anterior o en un convenio nórdico. Sin embargo, al ser dudosa la articulación del reglamento con el Acuerdo Nórdico, de 6 de febrero de 1931, se entrecruza una segunda cuestión prejudicial. Cabe señalar, al respecto, que el art. 59 del R. 2201/2003/CE establece la sustitución en favor del reglamento (dejando, en el apartado 2a, la posibilidad aún de hacer una declaración que se hizo en favor del reglamento<sup>18</sup>). Era posible aún invocar las normas nacionales armonizadas (ley Finlandesa) pues al no ser normas convencionales de competencia judicial internacional no se veían sustituidas por el reglamento (art. 59), pero tales normas no pueden obstaculizar la aplicación de un reglamento comunitario. De manera que sólo es posible acudir al R. 1347/2001/CE, por lo que se decanta el TJCE. Sin embargo, aunque es cierto que la decisión sueca, que se quiere hacer valer en Finlandia, fue ejercitada estando vigente el R. 1347/2000/CE anterior, dicho texto sólo cubre a las medidas de responsabilidad parental vinculadas a una crisis matrimonial (lo que no es el caso). De manera que la decisión sueca no podía estar comprendida en el ámbito temporal del R. 2201/2003/CE. La ya citada Guía práctica para la aplicación del nuevo reglamento Bruselas II refuerza esta afirmación<sup>19</sup>. El TJCE retiene erróneamente —a nuestro entender— que el supuesto entra en el ámbito de aplicación *ratione temporis* del R. 2201/2003 invocando el derecho transitorio y el texto comunitario anterior. No se percató de que se ha ampliado el ámbito material de aplicación del nuevo reglamento respecto a la responsabilidad parental independizándola de las crisis matrimoniales<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> La Declaración Nórdica n.º 28 prioriza al nuevo Reglamento 2201/2003/CE sobre el Acuerdo Nórdico de 6 de febrero de 1931. El TJCE invoca la prioridad aún cuando éste texto podría haber cumplimentado el requisito (y no el R. 1347/2003/CE). La Abogada General Juliane KOKOTT en sus Conclusiones, presentadas el 20 de septiembre de 2007 y apunta que los Estados miembros han acordado mediante la adopción del Reglamento n.º 2201/2003 favorecer el exequátur (n.º 61) «...Pero, por otra parte, los Estados miembros han acordado mediante la adopción del Reglamento n.º 2201/2003 determinados estándares procesales como, por ejemplo, el mantenimiento de la necesidad del exequátur que, por su parte, están destinados a la protección de las partes, como destaca acertadamente el Gobierno de los Países Bajos». Tal parece ser el objetivo.

<sup>19</sup> Véase, la página n.º 7 (disposiciones transitorias: art. 64). El asunto debe estar cubierto por el reglamento anterior, lo que no ocurre, a nuestro entender, en el asunto sometido al TJCE.

<sup>20</sup> Cabe recordar que, en nuestro país, *mutatis mutandis*, tampoco se es plenamente consciente de la ampliación del ámbito de aplicación operada por el nuevo reglamento, en



### III. APLICACIÓN AL DIVORCIO INTERNACIONAL (STJCE, 29 DE NOVIEMBRE DE 2007, ASUNTO, C-68/07, *SUNDELIND*)

A la polémica pregunta sobre cuándo se aplica el R. 2201/2003 en las crisis matrimoniales, el texto comunitario responde de forma confusa. Se dice, incluso, que contradictoria<sup>21</sup>. Cabe centrarse en esta cuestión, pues causa no pocos problemas en la práctica al estar en juego la aplicación misma del instrumento comunitario, sus disposiciones y el juego, aunque residual, de las normas internas. En este sentido es ilustrativa la SAP Barcelona, de 13 de abril de 2007, donde, tras indicar que la nacionalidad común ecuatoriana de los contrayentes no impide, al encontrarse domiciliados en España, el que puedan solicitar la disolución del vínculo conyugal ante los tribunales españoles<sup>22</sup>, fundamenta tal aseveración tanto (y primero) en la LOPJ como en el texto comunitario, soslayando con ello el espinoso tema del régimen aplicable<sup>23</sup>. Los jueces parecen titubear ante el divorcio de nacionales de un tercer Estado.

---

la SAP Tenerife, de 1 de junio de 2004 (*JUR* 2004\198314. Vid., la nota de F. CALVO BABIO, en *SEPInet*, n.º 41, febrero de 2005, pp. 31-36, y A. QUIÑONES ESCÁMEZ, en *REDI*, 2005, pp. 364-368. El tribunal, empero, se da cuenta de que el caso no entra en el ámbito temporal de aplicación, y justifica la invocación hermenéutica de tales preceptos en que refuerzan la normativa existente, no percatándose de que el Reglamento anterior n.º 1347/2000 no cubre los litigios post-divorcio relativos a la responsabilidad parental).

<sup>21</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Comares, 2007, p. 132.

<sup>22</sup> Se une a lo anterior el que el reconocimiento de las decisiones de divorcio en el Ecuador se obstaculice mediante un control rígido de la competencia cuando los esposos son nacionales (competencia exclusiva de la jurisdicción del Ecuador prevista en el art. 129 del Código civil. Al respecto: QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, t. I África del Norte & América Latina, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 603-604 y pp. 613-614). Quizás pretendiera el tribunal reforzar su competencia al amparo tanto del derecho comunitario como del interno para intentar dar una mayor suerte a la eficacia de la sentencia en el Ecuador.

<sup>23</sup> Tras señalar: «La competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer la demanda de divorcio (...) deriva de la aplicación de los preceptos citados de la Ley Orgánica del Poder Judicial», añade: «Finalmente también es de mencionar el Reglamento 2201/2003, del Consejo de la Comunidad Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que en su artículo 3.1 atribuye competencia para resolver las cuestiones relativas al divorcio, la separación judicial o nulidad del matrimonio, en forma alternativa, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges».

Con independencia de los fallos técnicos u obscuridades del R. 2201/2003/CE es preciso responder claramente a la pregunta de cuándo se aplica el reglamento a una crisis matrimonial. Intentando ofrecer, si posible, una interpretación armoniosa con el propio texto; e, incluso, con los otros reglamentos comunitarios sobre competencia judicial internacional civil. Se entrecruza, aquí, la cuestión espinosa de la llamada «conexión comunitaria» o de la aplicación de los instrumentos comunitarios a las relaciones vinculadas con terceros Estados, punto nada pacífico en el célebre asunto *Owusu*, de 1 de marzo de 2005<sup>24</sup>.

El divorcio iniciado por la Sra. K. Sundelind López ilustra bien el problema al ser el esposo demandado un nacional cubano y residente en Cuba en el momento en que su esposa, de nacionalidad sueca, insta la demanda de divorcio en Suecia, y cuyos tribunales sólo podían declararse, competentes al amparo de sus normas internas. La esposa demandante, residente en Francia, instó el divorcio ante los Tribunales suecos invocando que las normas internas eran aplicables al caso. Pero los tribunales suecos se declararon incompetentes de conformidad con el artículo 3.1.a) del Reglamento 2201/2003/CE, al ser Francia el último lugar de residencia habitual de los cónyuges y donde aún reside la demandante. El TJCE, les dio la razón, al responder que los artículos 6 y 7 del Reglamento 2201/2003/CE deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un asunto de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda, si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo a dicho Reglamento.

Para nosotros, es compatible el que, por una parte, el R. 2201/2003/CE se aplique a *todos* los litigios internacionales; y que, por otra, establezca soluciones distintas según que el demandado sea o no sea a nacional o residente en un Estado Miembro, pero siempre que ningún Estado Miembro sea competente para conocer del litigio. Pues en la hipótesis de que un Estado Miembro sea competente (*Sundelind*) la solución que prescribe el R. 2201/2003/CE es la misma tanto para la hipótesis del «demandado nacional o residente en un Estado Miembro» (al que llamaremos —siguiendo a M. FALLON— «demandado comunitario»<sup>25</sup>) como para la hipótesis del

<sup>24</sup> Asunto C-281/02, Rec., p. I-1383, sobre el que volveremos.

<sup>25</sup> FALLON, M., «Approche systématique de l'applicabilité dans l'espace de Bruxelles I et de Rome I», J. Meeusen (dir.), *Enforcement of international contracts in the European Union*, Intersentia, Antwerpen, 2004, pp. 127-174.

demandado «nacional y residente en un Estado tercero» (al que llamaremos «demandado no comunitario»). En las dos hipótesis, si un (u otro) Estado Miembro es competente son sus tribunales los que deben conocer del divorcio internacional, según el reglamento.

Ahora bien, siendo el demandado no-comunitario podría darse el caso (que no se da en el asunto *Sundelind*) de que ningún Estado Miembro fuera competente para conocer del divorcio internacional según el reglamento. El reglamento, en ese caso, y sin por ello excluir el supuesto de su ámbito de aplicación, prevé una consecuencia distinta: si los criterios de competencia del reglamento no la atribuyen a los EEMM, el Estado Miembro consultado podrá conocer del divorcio internacional, en virtud de sus normas internas, que se aplicarán en defecto de o de manera subordinada. Las normas internas se ven, de este modo, «comunitarizadas».

Lo que venimos diciendo refuerza el carácter *erga omnes* del texto que nos ocupa. Menoscaba, por tanto, la idea de que el R. 2201/2003/CE precise una conexión comunitaria para aplicarse, salvo que se entienda que ésta la ofrece el Estado Miembro del foro, pues está obligado a aplicarlo al formar parte de su derecho interno. Otra cosa es que sea criticable la «comunitarización de las normas internas» y su permanencia frente al demandado no-comunitario cuando no concurre un criterio de competencia del reglamento, por cuanto va a permitir el abrir la puerta a competencias exorbitantes para tales demandados. Más deseable, como indica J. Carrascosa González, sería que las competencias comunitarias se ampliaran y se cerrara el paso a las exorbitantes<sup>26</sup>. La Propuesta de Reglamento «Roma III» parece coadyuvar en este sentido pues ampliará el volumen de competencia de los EEMM aminorando el juego de las competencias internas (será más frecuente que un Estado Miembro sea competente). Si no vamos errados, es posible conciliar las posturas doctrinales y las aparentes contradicciones del texto dentro de estos parámetros. A tal fin, es oportuno distinguir entre la aplicación exhaustiva o la aplicación principal de los criterios de competencia judicial internacional del reglamento.

## 1. APLICACIÓN OBLIGATORIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Los reglamentos comunitarios en materia de competencia judicial internacional se integran en el derecho procesal nacional de cada Estado Miembro. Cuando esto sucede, son directamente aplicables por los tribu-

<sup>26</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en *Mundialización...*, *op. cit.*, pp. 231-232.

nales del Estado ante el que se plantea el litigio. Por su misma naturaleza, los reglamentos son fuente de aplicación obligatoria para determinar la competencia judicial internacional de los EEMM. A nuestro entender, y a nuestros fines, la «conexión comunitaria» (si necesaria) la ofrece la jurisdicción del Estado Miembro ante la que se plantea el asunto. El que el esposo demandado sea nacional o resida en un Estado Miembro (demandado comunitario) no es un criterio de aplicabilidad. Tampoco es un criterio de no-aplicabilidad el que demandado sea nacional y residente en un Estado tercero. El juez de cada EM aplica, simplemente, el reglamento a los divorcios «internacionales». Lo hemos visto en el asunto *Sundelind*: es indiferente que el demandado sea nacional y residente en un Estado tercero. El juez sueco (que, como vimos, no es competente según el reglamento) ha de aplicar el reglamento frente a las normas internas en la materia.

Huelga decir, aunque no esté de más el apuntarlo, que el reglamento no se hubiera aplicado si la esposa hubiera instado el litigio en Cuba (nacionalidad y residencia del esposo demandado). Si hubiere acudido a la jurisdicción cubana, la decisión obtenida en Cuba hubiera podido ser reconocida, en Suecia, al amparo del régimen de exequátur previsto por el DIP interno sueco, y sin que los foros de competencia del reglamento fueran a obstaculizar, mediante un eventual control de la competencia indirecta, un tal reconocimiento. E incluso, frente al juez de exequátur sueco, las reglas de incompatibilidad de decisiones podrían jugar a favor de la decisión cubana si se planteara la demanda en Francia con posterioridad. Sin embargo, el divorcio internacional se plantea en un Estado Miembro y su decisión es susceptible de ser reconocida en los otros EEMM al amparo del texto comunitario. La esposa acude a la jurisdicción sueca (coincidente con su nacionalidad); y, en tal caso, el juez sueco aplica el reglamento, que no lo considera competente. Si hubiere aplicado el privilegio de nacionalidad, la decisión sueca de divorcio podría verse reconocida en otro EM, al amparo del mismo R. 2201/2003/CE, que no prevé control de la competencia indirecta (del tribunal de origen) De manera que es lógico que, preventivamente, en sede de competencia, intente el R. 2201/2003/CE (y el juez sueco) solventar el asunto internacional y comunitario a la vez.

Sentado lo anterior, cada legislador (interno o comunitario) dota a su jurisdicción «internacional» de límites. Puede ocurrir que, incluso incluyendo el supuesto de hecho en el ámbito de aplicación del R. 2201/2003/CE, el juez consultado no siempre resulte competente (esto último es lo que sucede en el caso *Sundelind*). Pero la solución (negativa o positiva)

del reglamento no menoscaba —sino todo lo contrario— la aplicación del texto. Es compatible, para nosotros, la afirmación de que el R. 2201/2003/CE cubre las hipótesis internacionales y el hecho de que las normas de competencia judicial internacional comunitarias no confieran siempre competencia al EM miembro consultado; y que, ni siquiera, puede que la ofrezcan a los otros EEMM. El R. 2201/2003/CE se aplica con sus «límites a la jurisdicción de los EEMM». Y, al igual que la LOPJ establece «límites a la jurisdicción» en el ámbito internacional, el reglamento atiende a cierta razonabilidad. El que se aplique *en* los Estados Miembros al divorcio *internacional* es compatible con el resultado de que, aplicándolo, se cierre el paso a las normas de competencia nacionales cuando otro Estado Miembro es competente mientras que, en algunas hipótesis internacionales (demandado no-comunitario) se permita la actuación subordinada (llamada residual) de las normas internas, pero siempre que no haya un EM competente para conocer del divorcio. Criticable (o no), la aplicación del R. 2201/2003/CE a los divorcios internacionales sólo requiere que el juez ante el que se plantee el litigio internacional sea el de un Estado Miembro, pues sólo el juez de un Estado Miembro se ve compelido a aplicar el reglamento inserto (con independencia del origen de las normas) en su ordenamiento. Ahora bien, todo y debiendo el juez aplicar el reglamento a los divorcios internacionales, lo hará con los límites y en los términos que éste establezca, siendo posible en algunas hipótesis (demandado no-comunitario) la actuación subordinada o residual de las normas nacionales. Iremos desgranando las distintas hipótesis ilustrándolas con otras decisiones del TJCE.

## 2. PARALELISMOS CON EL ASUNTO *OWUSU*

Los criterios de competencia judicial internacional del R. 2201/2003/CE se aplican con los límites o en los términos que el propio reglamento prevé. Tampoco en este punto, aunque pueda sorprender, difiere de los otros reglamentos comunitarios en materia de competencia judicial internacional (ni, de hecho, de la actuación de cada legislador nacional en el ámbito internacional). Para ilustrarlo es interesante traer a colación el asunto *Owusu* (C-281/02, STJCE, 1 de marzo de 2005<sup>27</sup>), que ha dado que

<sup>27</sup> STJCE de 1 de Marzo de 2005, *Owusu*, C-281/02, Rec. p. I-1383, nota de PALAO MORENO, G., en *La Ley*, n.º 6306 de 29.7.2005 y nota de QUIÑONES ESCÁMEZ, A., en *AEDIPr.* 2006, pp. 669-674. Cabe recordar, que *Owusu* es un nacional británico domici-

hablar, no sólo por el rechazo a la doctrina del *forum non conveniens*<sup>28</sup> sino, porque al no estar vinculado el caso a otro Estado Miembro<sup>29</sup>, ha

liado en el Reino Unido que quedó tetrapléjico tras un grave accidente ocurrido en la playa privada de la casa que había alquilado para sus vacaciones en Jamaica. Acudió a la jurisdicción británica para demandar no sólo al arrendador, el sr. *Jackson*, nacional y domiciliado, como él, en el Reino Unido, sino, también, y por responsabilidad extracontractual, al complejo hotelero de Jamaica, encargado de la vigilancia y la seguridad de la playa donde ocurrió el accidente. Tanto el demandado domiciliado en el Reino Unido como los codeemandados domiciliados en Jamaica se opusieron a la competencia de la jurisdicción inglesa. Invocaron, al respecto, la existencia de vínculos estrechos con Jamaica: lugar donde se produjeron los hechos, donde se encontraban las pruebas y podían apreciarse mejor los usos existentes. El juez inglés (vid., CA 9.6.2002, [www.hrothgar.co.uk](http://www.hrothgar.co.uk), nota MUIRWATT, H., *Revue Critique DIPr.*, 2003, p.335) se interrogó sobre la facultad que tiene, conforme al derecho inglés, para declararse incompetente si estima que existe un foro conveniente de un tercer Estado (*forum non conveniens*), pero siendo competente sobre la base del artículo 2 del Convenio de Bruselas.

<sup>28</sup> El juez inglés interrogó al Tribunal de Justicia acerca de la compatibilidad de la teoría anglo-americana del *forum non conveniens* con el Convenio de Bruselas. El planteamiento de esta cuestión prejudicial era esperado desde los célebres asuntos Harrods, entre otros (*Re Harrods Ltd* [1991] 3 WLR. 397; *Ace Insurance Company v. Zurich Insurance Company*, [2001] 1 *Lloyd's Rep.* 618) que abrieron el debate doctrinal. El interés por la cuestión, lo ilustran tres recientes monografías, en Bélgica, Francia y USA (NUYTS, A., *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant y LGDJ, 2003; CHALAS, Ch., *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, T. II, Presses d'Aix-Marseille, 2000 y KARAYANNI, M., *Forum Non Conveniens in the Modern Age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo-American Law*, New York, 2004), y, en nuestro país, los trabajos de CARO, R., «*Forum Conveniens y Non Conveniens y Convenio de Bruselas: Quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional. Reflexiones al hilo del Asunto C-314/92 del TJCE, Ladenimor, S.A., v. Intercomfinanz, S.A.*», *REDI*, 1995, pp. 56-80; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «¿Caben reducciones teleológicas o «abuso del derecho» en las normas sobre competencia judicial internacional?», *REDI*, 1995-2, pp. 125-126, y OTERO GARCÍA, C., *RCM*, 2001, n.º 94, p. 99). La posibilidad de dar cabida al *forum non conveniens*, al menos en supuestos vinculados con Estados terceros (solución de compromiso por la que aboga GAUDEMET-TALLON, M.<sup>a</sup>-H., «Le *forum non conveniens* une menace pour la CB?», *Revue Critique DIPr.*, 1991, p. 49), parece un punto en común entre los autores.

<sup>29</sup> El TJCE, siguiendo las conclusiones del Abogado General Philippe LÉGER, responde negativamente a la posibilidad de introducir el *forum non conveniens* en el espacio judicial europeo, desde el momento en que un Estado contratante es competente según el Convenio, y aunque los demás elementos del litigio se vinculen a un tercer Estado. La reacción doctrinal ha sido de decepción (CHALAS, Ch., nota en *Revue Critique DIPr.*, 2005-3). También de rechazo (BRIGGS, A., «The Death of Harrods», *LQR* 2005, p.535 y «The impact of recent judgements of the EC on English Procedural Law and practice», en

espoledo todo tipo de reflexiones en torno al ámbito de aplicación del derecho comunitario (en este caso, del «Convenio» de Bruselas) y a la distinción entre los litigios comunitarios y los no-comunitarios. El TJCE hizo una referencia, desafortunada como innecesaria, a los obstáculos al mercado interior para justificar la aplicación del Convenio de Bruselas<sup>30</sup>, con la consiguiente reacción por parte de la doctrina<sup>31</sup>. Sin embargo, y más aún pensando no ya en un «convenio» sino en «reglamentos comunitarios», es posible acotar en su justa medida la respuesta dada por el TJCE, con ocasión del asunto *Owusu*, demostrando que, el texto comunitario es de aplicación, pero que la competencia del EM en cuestión es limitada<sup>32</sup>. Parece olvidarse, del asunto *Owusu*, que el texto comunitario no permitía al demandante el centralizar todo el litigio ante el EM del domicilio del demandado, debido a la inaplicabilidad del art. 6.1 del Convenio (pluralidad de demandados) al no cumplirse la condición de que estuvieran todos los codemandados domiciliados en Estados contratantes<sup>33</sup>. Lamentablemente

---

www.jurist2005.org). Notablemente en la doctrina inglesa, pues, con anterioridad, el TJCE había rechazado las *anti-suit injunctions* del derecho procesal inglés (TJCE, asunto *Turner*, 27.4.2004, C-159/02, nota de M.ª J. ELVIRA BENAYAS, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 9, 2005).

<sup>30</sup> Véase, el n.º 34: «No obstante, las reglas uniformes de competencia contenidas en el Convenio de Bruselas no se aplican únicamente a las situaciones que tienen un vínculo efectivo y suficiente con el funcionamiento del mercado interior (...) el Convenio de Bruselas (...) tiene como objetivo, sin duda alguna, eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior derivados de las disparidades entre las legislaciones nacionales en la materia.

<sup>31</sup> Según A. BRIGGS («The impact..., *op. cit.*) el riesgo existe de que el mercado interior sirva para determinar el ámbito de aplicación del Convenio («This marking out of territory by the court was deadly serious. It was intended to warn off those who might advance similar arguments about lack of connection to the internal market to trim or undermine the scope of the Judgments Regulation). Punto en el que coincide R. A. BRAND («Recent cases of the ECJ interpreting the Brussels Convention [now the Regulation, JB] demonstrate a federalization of Community law, with the Court clearly trying to unify private international law principles within the Community structure. It is important, however, that this maturation of a multilateral system into a central regime not bring with it the absolutist approach to private international law rules that has otherwise been rejected in efforts to enhance multilateral cooperation and elevate party autonomy.» University of Pittsburgh School of Law, *Working Paper 25/2005*). V. respecto a la falta de base legal de esta afirmación, la nota de BEAUMONT, P. en la crónica de BORRÁS, A., PELLISÉ, C., a la jurisprudencia comunitaria, en *RJC*, 2005-4, p. 1251).

<sup>32</sup> Como pusimos de manifiesto en la citada nota al caso publicada en el *AEDIPr* (2006).

<sup>33</sup> Respecto a esta condición, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Eurolex, 1996, pp. 48-49.

te no se planteó una cuestión prejudicial al respecto, y nada se dice en la decisión del TJCE, pero es necesario tenerlo en cuenta porque coadyuva a ilustrar la idea de que los textos comunitarios se aplican a los litigios internacionales, aunque no siempre confieran competencia a los Estados miembros en todas las hipótesis de las que se ocupan (en el caso *Owusu*, a la totalidad del litigio internacional o con respecto a todos los demandados). La totalidad del litigio sólo se podía centralizar ante el juez del Estado Miembro competente (a la sazón inglés) si sus normas internas (e incluida la técnica del *forum non conveniens*) permitieran tal cosa. Sigue siendo válido, en definitiva, lo expresado en el art. 49 de la *Civil Jurisdiction and Judgement Act* (1982) de que nada en dicha ley puede impedir que el juez inglés se inhiba, en base al *forum non conveniens*, salvo (que sea incompatible con) el texto comunitario. La incompatibilidad consiste en la facultad del actor de hacer valer el art. 2 del Convenio, pero no el artículo 6.1 (pluralidad de demandados), pues no puede invocarse para atraer a los codemandados domiciliados en Estados terceros. De lo que se extrae que el demandante debe sopesar las desventajas de ver obstaculizada la centralización de todo el litigio ante una misma jurisdicción con respecto a los co-demandados domiciliados en terceros países.

Ahora bien, todo y teniendo en cuenta las limitaciones señaladas, es cierto que el plantear un litigio internacional ante la jurisdicción de un Estado Miembro (conexión comunitaria) comporta el aplicar el texto comunitario y el atender a sus criterios de competencia, lo que puede cerrar el paso a las normas nacionales. Planteado el litigio internacional en un Estado Miembro, la aplicación del texto comunitario incide en el conocimiento del litigio por los otros Estados. Así, puede dar como resultado la imposibilidad de poder litigar ante un solo tribunal (centralizar el litigio) o el cerrar el paso a la litispendencia o a la conexidad con respecto a la jurisdicción de un Estado tercero.

El texto comunitario condiciona el juego de las normas procesales nacionales (y sus correctivos). Pero de todo lo anterior se extrae que es fuente obligatoria y principal, y que se ocupa de los litigios internacionales en los términos o con los límites que el propio texto prevé. Visto de esta forma, y contrariamente a lo que se afirma, no hay realmente una diferencia, en el fondo, entre el ámbito de aplicación del R. 44/2001/CE y el ámbito de aplicación del R. 2201/2003/CE en cuanto a su naturaleza *erga omnes* o universal. La vocación de ambos reglamentos es la de regular las relaciones internacionales y sus normas de competencia sustituyen o, en su



caso, se articulan en una relación de jerarquía o subordinación con las normas nacionales que pueden verse excluidas (aplicación exhaustiva) o subordinadas (aplicación principal).

### 3. APLICACIÓN PRINCIPAL DE LOS CRITERIOS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL (*SUNDELIND*)

Si estamos en lo cierto, la aplicación del R. 2201/2003/CE requiere de un litigio internacional y que el asunto se presente ante la jurisdicción de un Estado Miembro, pero es indiferente que el elemento de extranjería lo aporte otro Estado Miembro o un Estado tercero. Y el razonamiento puede extenderse a otros textos comunitarios sobre competencia judicial internacional. La decisión del TJCE, de 29 de noviembre de 2007, en el asunto *Sundelind*, no lo contradice sino que lo refuerza, pues afecta a un divorcio internacional que se insta ante la jurisdicción de un EM (cuya nacionalidad ostenta la esposa). El juez sueco ha de aplicar el reglamento al tratarse de un divorcio internacional. A continuación, ha de verificar si le confiere a él competencia. Si la respuesta es negativa (como ocurre en tal asunto), tiene aún que verificar si otro Estado Miembro es competente para conocer del caso (lo que ocurre, pues es competente Francia). El TJCE refuerza la imperatividad de los criterios de competencia previstos en el texto comunitario<sup>34</sup>. El juez sueco no puede prevalecerse del privilegio de nacionalidad, previsto en su derecho interno, siendo un (otro) EM competente para conocer del asunto. Lo que se le está diciendo a la esposa demandante es que residiendo todavía en Francia o no llevando aún seis meses en Suecia ha de acudir a los tribunales franceses. Y en el bien entendido de que nada impide que la esposa pueda acudir, si lo considera oportuno, a la jurisdicción cubana de la nacionalidad y residencia actual del marido demandado. No se le dice a la esposa sueca que ha de acudir a otro tribunal porque el demandado es «no-comunitario». Se le dice que tiene competencia otro EM (Francia) y sin que esto impida el que acuda a un tercer Estado (Cuba). Lo que no puede hacer es acudir a los tribunales suecos (al menos mientras no lleve seis meses de residencia en el territorio). Lo que importa es que otro Estado Miembro es competente según el

<sup>34</sup> Que no es inaudita en la jurisprudencia del TJCE: GIE *Groupe Concorde*, C-440/97, *Rec. I-6307*; *Custom Made*, C-288/92, *Rec. I-2918* y *Turner c. Grovit*, de 27 de abril de 2004, citado con anterioridad.

reglamento. Se evita cierto *forum shopping*<sup>35</sup> y el juego de las competencias exorbitantes cuando un (otro) Estado Miembro es competente. Si la esposa quiere acudir ante la jurisdicción de un Estado Miembro lo ha de hacer ante la francesa. Y en el bien entendido de que puede acudir a la jurisdicción cubana. Nótese que el reconocimiento de la decisión cubana (en los Estados Miembros) no se regulará por el texto comunitario, salvo por la incidencia de no ser conciliables las decisiones.

#### 4. APLICACIÓN SUBORDINADA DE LAS NORMAS NACIONALES

El R. 2201/2003/CE se aplica al asunto *Sundelind*, pues trata de un divorcio internacional instado ante la jurisdicción de un Estado Miembro (Suecia) El reglamento cierra el paso a las normas nacionales suecas, al tener otro Estado Miembro competencia (Francia). Y es indiferente que el marido demandado sea un nacional cubano residente en Cuba, lo mismo sucedería si el marido fuera comunitario (si continuara residiendo en Francia, por ejemplo). Los jueces franceses son competentes para conocer del divorcio internacional según el texto comunitario en ambas hipótesis (demandado comunitario o demandado no-comunitario). Ahora bien, cabe ir más allá de la hipótesis planteada en el asunto *Sundelind*. Es decir, introduciendo la variante de que ningún EM fuera competente para conocer de tal divorcio internacional, según el reglamento. En tal hipótesis, el juez sueco consultado podría acudir, según el reglamento, a sus normas internas. Si ningún Estado Miembro es competente, las normas internas suecas operan «en defecto de», de forma subordinada, frente al demandado no-comunitario. E incluso, para evitar la discriminación por razón de nacionalidad, el privilegio de nacionalidad sueco, podrían invocarlo los nacionales de otros EEMM (art. 7.2)

Y todo lo anterior, con independencia de la crítica que suscite la exorbitancia de las normas nacionales en tal hipótesis, pues tales privilegios no pueden invocarse, aunque ningún Estado Miembro sea competente, frente a un demandado comunitario (entendiendo por tal al nacional o residente en un Estado miembro). Como ya indicamos en *Derecho e inmigración*:

---

<sup>35</sup> La consecuencia de que conozca el juez de un EM (francés) u otro EM (juez sueco) no son menospreciables. En el primer caso la ley aplicable sería la francesa (último domicilio común) mientras que en el otro lo sería la *lex fori* sueca. Las causas (no requeridas en el derecho sueco) y las consecuencias patrimoniales son distintas en el reparto de bienes de los cónyuges.

*el repudio islámico en Europa*, respecto al proyectado Convenio de Bruselas II (extensible al R. 1347/2000/CE y al R. 221/2003/CE) el derecho comunitario establece foros amplios para que la esposa nacional (o residente) pueda demandar a su marido, notablemente nacional y residente en un país islámico, transcurridos seis meses —o, en su caso, un año<sup>36</sup>— a fin de tener acceso al divorcio o de frenar los inconvenientes del reconocimiento de un repudio marital, cuando el derecho sustantivo aplicable la discrimina (exige probar una causa a la mujer mientras que el marido no necesita probar causa alguna). El *forum actoris* limitado que establece el reglamento amplió, de hecho, las posibilidades que ofrece la LOPJ<sup>37</sup>. La misma reflexión, que hicimos con el Convenio o el R.1347/2000/CE, puede extenderse al R. 2201/2003, que lo ha sustituido. Ambos permiten a la mujer marroquí, que vivió en Marruecos, o a la española casada con un marroquí y residente en Marruecos que retorna (si se cumple el requisito de residencia) el acceder a los tribunales españoles para obtener el divorcio. Ni el reglamento ni la LOPJ permiten un *forum actoris* absoluto. No contienen con foros exorbitantes o privilegios de nacionalidad, como es el caso de los artículos 14 y 15 del Código Civil francés o del art. 32 de la Ley italiana de DIP de 1995, que no juegan siempre el papel de foros de necesidad. Ocurre más bien que algunos EEMM se resisten a poner punto y final a tales competencias en materia matrimonial<sup>38</sup>, pese a que son susceptibles de obstaculizar el reconocimiento de las decisiones en los terceros Estados<sup>39</sup>. Y no es extraño que los tribunales internos vayan reduciendo la posibilidad de invocarlos: la *Cour de Cassation* francesa les ha dado, recientemente, un carácter «facultativo» (al juez) para frenar el abuso<sup>40</sup>.

Todo lo que venimos diciendo conduce, en definitiva, a reforzar la idea de que el reglamento se aplica a todos los divorcios internacionales. In-

---

<sup>36</sup> Plazos que exige el R. 2201/2003/CE, pero que no exigen los privilegios de nacionalidad de las normas estatales.

<sup>37</sup> Extremos ya destacados en nuestro trabajo *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Premio Rogelio Duocastella (1999), Barcelona, 2000, pp. 91 y ss.

<sup>38</sup> Véase en este sentido la tesis de PATAUT, E., *Principe de souveraineté et conflits de juridiction*, LGDG, Paris, 1999.

<sup>39</sup> Piénsese, por ejemplo, en la competencia del juez de origen como condición de reconocimiento en el convenio bilateral con Marruecos de 1997.

<sup>40</sup> En el asunto *Banque de développement local*, Cass. Civ. 1ª, 22 de mayo de 2007, *Revue Critique de droit international privé*, 2007, p. 610, nota de GAUDEMET-TALLON, M.ª H.

cluso cuando ningún Estado Miembro es competente, aunque establezca consecuencias distintas frente al demandado no-comunitario y al demandado comunitario. En un caso (demandado no-comunitario), la aplicación de sus criterios de competencia internacional es principal o prioritaria. En el otro caso (demandado comunitario) la aplicación es exhaustiva, como veremos a continuación.

##### 5. APLICACIÓN *EXHAUSTIVA* DE LOS CRITERIOS DEL REGLAMENTO

El R. 2201/2003/CE es obligatorio en los EEMM. Se aplica a los litigios internacionales. Cuando ningún EM es competente, los criterios del reglamento no tienen una aplicación positiva, pero el reglamento se aplica al divorcio internacional. Se aplica para descartar las normas de competencia interna (de los EEMM) frente a un demandado comunitario (nacional o residente en un Estado miembro). En tal hipótesis, el juez del Estado Miembro consultado no podrá declararse competente a través de sus normas nacionales, pues las del reglamento las sustituyen. Los criterios de competencia del reglamento operan, en tal caso, de manera exhaustiva. Las normas internas no son llamadas ni siquiera con carácter subsidiario, subordinado o residual. La solución tiene su lógica, pues el elenco de criterios que establece el reglamento ya refleja los existentes en los EEMM. Y los criterios restantes no se han visto, en principio, introducidos por tener un carácter exorbitante. Y es necesario descartarlos, en sede de competencia, para evitar, al amparo del mismo reglamento, el reconocimiento o la libre circulación de la decisión dictada, a su amparo, en los otros EEMM.

En definitiva, cada vez que se plantea un divorcio internacional en un Estado Miembro, éste ha de verificar si es competente de acuerdo con los criterios previstos en el reglamento. Si la respuesta es negativa, tendrá aún que verificar si es competente otro Estado Miembro. Pero, si ningún Estado Miembro es competente, podrá acudir, subsidiariamente, a sus normas nacionales si el demandado es no-comunitario. Frente al demandado comunitario, la sustitución es completa.

#### IV. AMPLIACIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA PROPUESTA «ROMA III» Y SUSTITUCIÓN DE LAS NORMAS NACIONALES

El R. 2201/2003/CE está siendo revisado a través de la Propuesta «Roma III» de 17 de julio de 2006. Sin entrar en los problemas que ya arrastraban los textos anteriores (v. gr., se limita a la cuestión de estado civil) ni en la polémica suscitada respecto a las normas de derecho aplicable (v. gr., el papel dado a la autonomía de la voluntad), interesa destacar, a nuestros fines, que el texto proyectado ampliará el volumen de la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros<sup>41</sup>. Por consiguiente, comportará una mayor reducción del papel, ya de por sí residual o subordinado, de las normas nacionales. En otras palabras, la hipótesis de que ningún Estado Miembro sea competente para conocer de un divorcio internacional será más infrecuente con «Roma III»;

---

<sup>41</sup> Confiere cierta autonomía de la voluntad, al insertar el artículo 3 bis siguiente: «Elección del órgano jurisdiccional por las partes en los procesos relativos al divorcio y a la separación judicial.

1. Los cónyuges podrán acordar que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en un proceso relativo a su divorcio o separación judicial siempre que exista una vinculación sustancial entre ellos y ese Estado miembro en virtud del hecho de que (a) se aplique cualquiera de los criterios de competencia enumerados en el artículo 3 (b) ese Estado haya sido el lugar de la última residencia habitual común de los cónyuges durante un período mínimo de tres años, o (c) uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su “domicile” en el territorio de uno de estos dos Estados miembros.

2. Deberá formularse por escrito un convenio atributivo de competencia que ambos cónyuges deberán firmar a más tardar en el momento en el que se acuda al órgano jurisdiccional.

3. En el artículo 4 la expresión “al artículo 3” se sustituye por la expresión “a los artículos 3 y 3 bis”, y en el artículo 5 la expresión “en el artículo 3” se sustituye por la expresión “en los artículos 3 y 3 bis”.

También establece competencias residuales en el art. 7: Cuando ninguno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y no sean ambos nacionales de un mismo Estado miembro, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, no tengan su “domicile” en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en virtud del hecho de que: los cónyuges hayan tenido su residencia habitual previa común en el territorio de ese Estado miembro durante un periodo mínimo de tres años, o

(d) uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su “domicile” en el territorio de uno de estos dos Estados miembros».

y, por tanto, será más frecuente el que se cierre paso a las normas nacionales frente al demandado no-comunitario. Además, el polémico art. 6 será suprimido, en razón de las confusiones que ha generado y de las críticas recibidas, particularmente, al hilo de la consulta pública que siguió al Libro verde preparatorio de la reforma en curso<sup>42</sup>. Se considera superfluo en la medida en que los arts. 3, 4 y 5 precisan cuando los EEMM tienen competencia exclusiva (exhaustiva) siendo el demandado comunitario.

Para concluir —y sin pretender entrar, aquí, en el tema, no menos espinoso, de la «competencia externa» de la Comunidad<sup>43</sup>— el que sea el legislador regional el que elabore normas comunes de competencia judicial internacional, que sustituyan a las normas nacionales, no es una solución peor que la que ofrece el legislador nacional que elabora, igualmente, normas de competencia «internacional», incluidos foros exorbitantes. Cierto es, que la visión del legislador regional (comunitario) no será todo lo «internacional» que podría ser, pero no es más nacionalista (o como se decía en otros tiempos imperialista) que la del legislador interno<sup>44</sup>. Más aún, y continuando con algo de provocación, nada garantiza que la visión de los foros «internacionales» sea una visión «internacionalista». El profesor holandés Hans Jessurum d'Oliveira cuestionó, en su día, si la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado era realmente universal<sup>45</sup>. Y es que, en definitiva, cada legislador tiene vocación universal para establecer los criterios de competencia judicial internacional, y la vocación es amplia (y no sólo para evitar la indefensión).

---

<sup>42</sup> Al respecto, cabe seguir las reflexiones del Grupo europeo de DIPr., [www.gedip-egpil.eu](http://www.gedip-egpil.eu), también, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «From Brussels II to Brussels II bis and further», en BOELE-WOELKI, K., y GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (eds.), *Brussels II bis: Impact and Application in the Member States*, Antwerpen: Intersentia, 2007, pp. 12-20.

<sup>43</sup> KOHLER, K., «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Revue Critique de droit international privé*, 1999, p. 1 y WILDERSPIN y ROUCHAUD-JOËT, «La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé», *Revue Critique de droit international privé*, 2004, p. 38.

<sup>44</sup> De hecho, nuestra LOPJ careció de foros exorbitantes en la medida en que se inspiró y anticipó, en 1985, nuestra futura adhesión al primer texto comunitario en la materia.

<sup>45</sup> D'OLIVEIRA, H. U., «Universalisme ou régionalisme de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Revue Critique de droit international privé*, 1996, p. 347.

## V. CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN FINAL

Al objeto de esclarecer la confusión sobre el ámbito de aplicación en el espacio del R 2201/2003/CE para la materia matrimonial, generada por la supuesta contradicción entre los arts. 6 y 7 del mismo; y, teniendo en cuenta que a finales del pasado mes de noviembre de 2007 se ha pronunciado el TJCE (*Sundelind*), por primera vez, sobre la interpretación de tales artículos, en un caso de divorcio internacional instado contra de un demandado no-comunitario (nacional y residente en un Estado tercero), concluimos lo siguiente:

1. *Carácter obligatorio y aplicación universal del R. 2201/2003/CE*: El juez de un Estado Miembro ante el que insta una demanda de divorcio internacional (con elemento extranjero) no puede ignorar el reglamento. Por su propia naturaleza es obligatorio y se encuentra integrado en su derecho interno. Es indiferente que el elemento de extranjería lo aporte otro Estado Miembro o lo aporte un Estado tercero. La «conexión comunitaria», de haberla, la ofrece el Estado Miembro ante el que se plantea el asunto (foro). El reglamento se aplica a todos los divorcios internacionales.

2. *Sustitución o subordinación de las normas nacionales*: El R. 2201/2003/CE es la fuente normativa principal, en los EEMM, para determinar la competencia judicial internacional en materia matrimonial, pero sus normas confieren competencia a los EEMM con los límites o en los términos que indican. La competencia se atribuye de manera exhaustiva frente a un demandado comunitario (nacional o residente); y, de manera prioritaria y principal frente a un demandado no-comunitario (*Sundelind*). Pero sólo en defecto de Estado Miembro competente tendrán entrada las normas nacionales. Estas se encuentran subordinadas y comunitarizadas.

La nueva Propuesta de reglamento «Roma III», al ampliar la competencia de los EEMM, reforzará este extremo reduciendo más aún el juego —hoy ya residual— de las normas nacionales.

3. *Consecuencias prácticas*: Cada vez que se insta un divorcio internacional en un Estado Miembro (conexión comunitaria) éste ha de verificar si es competente según el reglamento. Si la respuesta es negativa, ha de verificar aún si es competente otro Estado Miembro. Si es el caso (otro EM es competente) no acudirá a sus normas nacionales. Sólo, si ningún Estado Miembro es competente, le será posible acudir a sus normas nacionales frente a un demandado no-comunitario.

4. *Legislador regional v. legislador interno*: El legislador nacional establece los criterios de competencia judicial internacional de sus tribunales, y lo hace de manera amplia. Puede no estar al abrigo de toda crítica el que el legislador regional actúe del mismo modo (aunque refleja criterios comunes). Pero el que sea cada legislador nacional el que establezca —según su visión nacional— normas de competencia judicial *internacional* no parece una mejor opción, pues introduce, a veces, foros exorbitantes.

5. *Existencia de vasos comunicantes entre el ámbito de aplicación material y temporal del reglamento para la materia de responsabilidad parental*: El TJCE, en el asunto «C» se pronuncia sobre el ámbito de aplicación material y temporal del reglamento en materia de responsabilidad parental. A nuestro entender, el TJCE acierta al incluir la decisión sueca de acogimiento del menor en una familia no-biológica dentro de la noción autónoma de «materias civiles», no afectando ni el carácter público de las normas aplicadas ni la intervención de la autoridad pública. Sin embargo, en cuanto al ámbito de aplicación temporal del reglamento, aplica erróneamente las disposiciones transitorias al olvidar que el precedente R. 1347/2000/CE no cubre las medidas de responsabilidad parental adoptadas al margen de una crisis matrimonial.

#### ¿CUÁNDO SE APLICA EL REGLAMENTO *BRUSELAS II*? EL TJCE SE PRONUNCIA SOBRE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

RESUMEN: El Reglamento *Bruselas II bis* es obligatorio en los Estados Miembros (EEMM), salvo Dinamarca. Se aplica a los litigios internacionales. Sus normas de competencia judicial internacional se aplican en los términos o con los límites a la jurisdicción previstos en el texto: de manera exhaustiva, frente a un «demandado comunitario» (nacional o residente); y, de manera prioritaria y principal, frente a un demandado no-comunitario (TJCE, 29 nov. 2007, C-68/07 *Sundelind López*). Por tanto, cada vez que un divorcio internacional se plantea ante el juez de un EM (única «conexión comunitaria» necesaria), éste ha de verificar si es competente de acuerdo con los criterios previstos en el reglamento. Si la respuesta es negativa, ha de verificar si lo es otro Estado Miembro. En tal caso (si otro Estado Miembro es competente), en ningún se acudiría a las normas nacionales. Y, sólo si ningún Estado Miembro es competente, será posible acudir subsidiariamente a las normas nacionales en la hipótesis del demandado no-comunitario (no nacional ni residente) La Propuesta de reglamento «Roma III» que se avecina, al ampliar los criterios de competencia judicial internacional, de los EEMM desplazará en mayor medida a las normas nacionales. Quizás, no esté al abrigo de la crítica tal proyección universal del legislador regional (y la técnica compleja seguida en algunas de sus disposiciones). Pero no parece mejor la situación actual en la que cada legislador establece, según su visión nacional, a veces exorbitante, las normas de competencia judicial *internacional*.



PALABRAS CLAVE: Reglamento (CE) n.º 2201/2003 – Ámbito de aplicación – Competencia en materia de divorcio – Demandado que tiene la nacionalidad y es residente de un país tercero – Exclusión de las Normas nacionales de competencia – Ámbito de aplicación material y temporal: acogimiento del menor fuera del domicilio familiar.

WHEN IS THE *BRUSSELS II BIS REGULATION* APPLICABLE?  
FIRST ECJ JUDGMENTS ABOUT SCOPE

SUMMARY: The Brussels II bis Regulation is mandatory on all Member States (MS) except Denmark. It applies to international conflicts. Its rules of international jurisdiction apply under the terms or within the limits to the jurisdiction established therein: in an exhaustive manner when the respondent is an EU national or resident and in a preferential and principal manner for non-EU respondents (ECJ, 29 Nov. 2007, C-68/07 *Sundelind López*). In such a situation, the national rules will only be applicable failing a competent MS. Therefore, every time that a judge from a MS has before it an international divorce case (that being the only «UE necessary connection»), the judge must verify whether it has jurisdiction according to the international jurisdiction criteria set out in the Regulation. If the answer is negative, the judge has to verify whether another MS has jurisdiction. If that is the case (if another MS has jurisdiction), national laws will not be applicable. It is only when no MS has jurisdiction that it will be possible to apply national laws in a subsidiary manner, in the case of a non-EU respondent (not national or resident of a MS). The future draft «Rome III Regulation, which widens up the international jurisdiction criteria, will replace to greater extent national laws. While such a universal approach by the regional legislator (and the complex technique used in some of its provisions) may be subject to some critics. But, it is questionable whether the alternative of leaving it to each legislator to establish the *international* jurisdiction rules from its own national perspective would be any better.

KEY WORDS: Regulation (EC) N° 2201/2003 – Scope – Jurisdiction in divorce proceedings – Respondent not a national or a resident of a Member State – Exclusion National rules – Substantive and temporal scope: Placement of children outside the family home.

QUAND LE REGLEMENT BRUXELLES II BIS EST-IL APPLICABLE?  
PREMIERS ARRETS CJCE SUR LE CHAMP D'APPLICATION

RÉSUMÉ : Le règlement Bruxelles II bis est obligatoire dans tous les États membres (EM), à l'exception du Danemark. Il s'applique aux conflits internationaux. Ses règles de compétence internationale sont applicables dans les termes ou limites à la compétence qui y sont établis: de façon exhaustive lorsque le défendeur est communautaire d'une manière principale pour les défendeurs non-communautaires (CJCE, 29 nov. 2007, C-68/07 *Sundelind López*). C'est-à-dire à défaut de compétence des EM. Par conséquent, chaque fois qu'un juge d'un EM est saisi (l'unique « connexion communautaire » nécessaire), il doit vérifier s'il est compétent selon le règlement. Si la réponse est négative, le juge est tenu de

vérifier encore si un autre EM est compétent. Si tel est le cas (si un autre EM est compétent), les lois nationales ne sont pas applicables. Seulement lorsque aucun EM est compétent, il est possible d'appliquer les règles nationales, subordonnées, dans le cas d'un défendeur non- communautaire. Le futur projet de «Rome III», qui élargit les critères de compétence internationale, remplacera à une plus grande mesure les lois nationales. Une telle approche universelle du législateur régional (et de la complexité technique utilisée dans certaines de ses dispositions) n'est pas tout à fait à l'abri de la critique. Cependant, il est douteux qu'il serait mieux l'alternative actuelle consistant à laisser à chaque législateur national d'établir les règles de compétence *internationale* à partir de leur propre perspective.

MOTS CLÉS: Règlement (CE) n.º 2201/2003 – Champ d'application – Compétence en matière de divorce – Défendeur ressortissant et résident d'un pays tiers – Exclusion des règles nationales de compétence – Champ d'application matériel et temporel: placement d'enfants en dehors du foyer familial.