

# COMPATIBILIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO RELATIVA A LOS EFECTOS DEL DIVORCIO CON EL DERECHO COMUNITARIO

(STJCE DE 10 DE JUNIO DE 1999, AS. C-430/97, *J. JOHANNES  
C/ H. JOHANNES, REC.*, 1999, PP. 3475-3497).

Por ANA QUIÑONES ESCÁMEZ \*

## I. INTRODUCCIÓN

La decisión que comentamos suscita, ante todo, interés por las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia. Tales cuestiones se incardinan en el debate sobre la incidencia del derecho comunitario en el derecho de familia y en las normas de conflicto basadas en la conexión de la nacionalidad. De hecho, no es infrecuente el que las autoridades comunitarias se encuentren con cuestiones incidentales de derecho de familia —como hijo a cargo, viuda, ex-cónyuge— cuando determinan los beneficiarios de derechos derivados de la función pública<sup>1</sup>, pero para resolver tales cuestiones no cuentan con normas de conflicto comunitarias que les permitan designar el derecho del Estado miembro competente; siendo, a menudo, los propios interesados los que invocan como fundamento de sus pretensiones el derecho, o la decisión obtenida en un Estado miembro, susceptible de avalar su petición. El DIPriv. nacional da respuesta a tales situaciones y el derecho comunitario extrae sus consecuencias. Este

---

\* Profesora Titular Universitat Pompeu Fabra.

<sup>1</sup> Meinhardt/Comisión, 17 de mayo de 1972, *Rec.* 1972, p. 269; Díez García/Comisión, 18 de diciembre de 1992, *Rec.* 1992, p. 2619 y Khouri/Comisión, *Rec.* 1992, p. 2637, entre otros.

método de remisión es seguido, en ocasiones, por el TJCE y las directivas comunitarias (p.e., en el art. 5a de la Propuesta modificada de Directiva sobre reagrupación familiar de 10.10.2000), si bien a veces se acude a conceptos autónomos<sup>2</sup>.

Sin embargo, el supuesto que aquí nos ocupa no se ciñe a las relaciones entre la institución comunitaria y sus funcionarios. El litigio que trae causa en esta decisión se suscita entre particulares (ex-esposos alemanes, casados en EE.UU y divorciados en Bélgica) y se plantea ante la jurisdicción de un Estado miembro (Amtsgericht de Köln). Ante el juez alemán, la Sra Johannes reclama, a su antiguo cónyuge, funcionario de la Comisión jubilado, el reparto compensatorio de los derechos de pensión de jubilación, previsto en el derecho alemán; y, el demandado, Sr. Johannes, se opone alegando que el derecho comunitario contempla únicamente, para el cónyuge divorciado, una pensión de viudedad, y que el derecho nacional no puede pretender alcanzar el mismo resultado obligando a un funcionario al reparto compensatorio de la pensión con su ex-esposa. Es más, sostiene que *la aplicación del derecho alemán, al que remite la norma de conflicto alemana basada en la nacionalidad común de los esposos, entraña una discriminación por razón de la nacionalidad incompatible con el derecho comunitario (ex-art. 6 del TCE, nuevo art.12 CE) al situarlo en una situación de desventaja con respecto a los otros funcionarios que no ostentan dicha nacionalidad*. Y lo interesante del caso es que los argumentos del Sr. Johannes, hacen dudar al tribunal alemán hasta el punto de que decide suspender el procedimiento y plantear al TJCE dos cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es el Estatuto de los Funcionarios europeos, en particular su Anexo VIII (régimen de pensiones), y más en particular el artículo 27 de éste, una normativa exhaustiva y cerrada sobre los derechos a pensión del cónyuge divorciado de un funcio-

---

<sup>2</sup> Como en el célebre asunto Reed, TJCE de 17 de abril de 1986 (59/85, *Rec.*, p. 1283). Y tal será, si el TJCE sigue las indicaciones del Abogado General, en el asunto D y Reino de Suecia contra Consejo (C 22/99 P y C 125/99). Se trata aquí de determinar si el concepto de «funcionario casado», que recoge el Estatuto comunitario de la función pública, es atribuible al miembro de una pareja del mismo sexo inscrita conforme a la ley Sueca (*Registrerat Partnerskap*), de 23 de junio de 1994. El Abogado General propone atender a una noción autónoma de matrimonio, basada en la concepción estricta y tradicional, más beneficiosa para el mantenimiento de las arcas comunitarias.

nario, que excluye derechos más amplios previstos por un Derecho nacional (en este caso, el reparto compensatorio de una pensión prevista por el Derecho alemán)?»; y,

«2) ¿ El hecho de que la normativa de un Estado miembro (en este caso, Alemania) sobre los efectos del divorcio imponga a un funcionario, con la obligación de reparto compensatorio de una pensión, una carga más gravosa por el único motivo de que posee la nacionalidad alemana, es compatible con el estatuto de los Funcionarios europeos y el artículo 6 del Tratado CE?».

Cabe avanzar que la respuesta que ofrece el TJCE a estas dos cuestiones gravita, en esencia, en torno a la exclusión del derecho de familia del ámbito comunitario<sup>3</sup>, y, aunque la solución sea impecable, cabría especular, como apunta algún autor<sup>4</sup>, si, a tenor de las nuevas expectativas de «comunitarización» que ofrecen el art. 65 TCE y el art. 2 del Tratado de Niza<sup>5</sup>, como de la potencial colisión de toda situación con los principios fundamentales de Derecho comunitario, sería posible ofrecer en el futuro una solución más matizada. Y, junto a ello, reflexionar sobre los motivos

<sup>3</sup> 1) «El Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n. 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión, en su versión modificada por el Reglamento (CECA, CEE, Euratom) n. 2799/85 del Consejo, de 27 de septiembre de 1985, y, en particular, el artículo 27 de su Anexo VIII no se oponen a la aplicación, en un litigio entre dos antiguos cónyuges, de disposiciones de Derecho nacional como las contenidas en el artículo 1587 y siguientes del Bürgerliches Gesetzbuch, que establecen el reparto compensatorio de los derechos a pensión entre esposos divorciados; 2) El artículo 6 del Tratado (actualmente, tras su modificación, artículo 12 CE) no se opone a que el Derecho de un Estado miembro, al regular, atendiendo a la nacionalidad de los esposos considerada como factor de conexión, las consecuencias de un divorcio entre un funcionario de las Comunidades Europeas y su antiguo cónyuge, dé lugar a que dicho funcionario soporte cargas más gravosas que uno de otra nacionalidad que se encuentre en la misma situación».

<sup>4</sup> F. RIGAUX, «Versorgungsausgleich and Art. 12 EC: Discriminations based on nationality and German private international law» (2000), *IPRax*, 287-288; y, aunque sea de paso, M. Fallon en su comentario a otra STJCE en, *RCDIP*, 2000, p. 736.

<sup>5</sup> Con el Tratado de Niza (26.2.2001, no en vigor) la existencia de competencias en la materia se manifiesta con la exigencia de unanimidad para la cooperación en materia de familia (art. 67.5 TCE, modificado por el art. 2 del Tratado de Niza).

que pudieron llevar al juez alemán a plantear al TJCE la compatibilidad de su sistema de DIPriv. y de Derecho de familia con el Derecho comunitario.

## II. DISCRIMINACIÓN FUNDADA EN LA *VERSORGUNGS AUSGLEICH* E IGUALDAD DE TRATO

La Sra Johannes reclama, en base al derecho alemán, el reparto compensatorio de los derechos a pensión (*Versorgungsausgleich*)<sup>6</sup>, incluidos los adquiridos por su ex-esposo en su condición de funcionario de la Comisión, a prorrata de la duración del matrimonio, pero éste último alega que, en el ámbito comunitario de los quince, sólo los funcionarios alemanes u holandeses deben proceder a un reparto compensatorio con su ex-cónyuge resultando desfavorecidos. El TJCE considera que tales disposiciones no son competencia del legislador comunitario, sino que siguen incumbiendo a los Estados miembros, y, que, por esta misma razón, las disposiciones comunitarias no pueden constituir una normativa cerrada y exhaustiva que pueda oponerse a la aplicación de las disposiciones del derecho nacional aplicables a dos ex-cónyuges<sup>7</sup>. Cabe notar que, la com-

<sup>6</sup> Los artículos 1587 y siguientes del BGB y el artículo 2 de la Ley sobre regulación de situaciones adversas en materia de compensación de pensiones (1983) prevén la participación del cónyuge, que no ha realizado una actividad renumerada durante el matrimonio, en las expectativas a la Seguridad Social, pensiones de vejez o invalidez, que haya adquirido del otro cónyuge (*Versorgungsausgleich*). El art. 1587.1 BGB señala que: «Habrà una pensión compensatoria entre los cónyuges divorciados en caso de que durante el matrimonio se hubieran constituido o mantenido para ambos o para uno de ellos esperanzas de derecho o expectativas de un futuro pago de una pensión por causa de edad...». Los artículos siguientes dan las pautas para el cálculo de la suma compensatoria por las expectativas de pago de una pensión. Al respecto: G. BELCHAUS, «Einführung in den Versorgungsausgleich», en *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, T. I, 1976, p. 793, citado por I. ZABALZA, *La prestación compensatoria en el derecho alemán*, PPU, 1987, p. 13.

<sup>7</sup> Señala el TJCE que el art. 27 del Anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios no es aplicable al litigio principal, al no cumplir la misma finalidad que las disposiciones nacionales aplicables sobre reparto compensatorio de los derechos de pensión que es lo que reclama la ex-esposa del funcionario. Ciertamente, el artículo 27 dispone: «La mujer divorciada de un funcionario o de un antiguo funcionario tendrá derecho a la pensión de viudedad definida en el presente capítulo, siempre que justifique tener derecho, al fallecimiento de su anterior marido, a una pensión alimenticia a cargo de éste, fijada por decisión judicial o contrato concluido entre los antiguos esposos».

pensación de los derechos a pensión recogida en el derecho alemán no es desconocida para las instituciones comunitarias<sup>8</sup> y que tampoco es contraria a las tendencias actuales europeas<sup>9</sup>. Dicha institución tiene en cuenta la Resolución del PE sobre el reparto de los derechos a pensión para las mujeres divorciadas o separadas de su cónyuge en los Estados miembros de la Comunidad (1994)<sup>10</sup>. Por otra parte, no puede afirmarse que su arbitrio suponga un gravamen a los funcionarios alemanes con respecto a los belgas sin atender a la institución dentro del conjunto del derecho alemán. Ciertamente, el Código Civil belga (el otro derecho vinculado al caso) no conoce esta figura ni la prestación compensatoria, pero el sistema de régimen matrimonial de esta legislación es el de la comunidad de bienes (a diferencia del alemán de participación próximo al de separación<sup>11</sup>), por lo que sería posible establecer un equilibrio a través de otros cauces<sup>12</sup>. Es una lástima que la decisión guarde silencio acerca del régimen económico matrimonial, o, más aún, de los pactos matrimoniales que pudieran haber establecido los sres. Johannes —todavía más teniendo en cuenta que se casaron en los Estados Unidos donde pudieran haber tenido un primer domicilio conyugal—, elementos que contribuirían a mesurar la diferencia de cargas a las que alude el sr. Johannes. Las diferencias legislativas son, pues, reales y justificadas, siendo inconcebible el pretender una solución uniforme para un aspecto concreto que menospreciara esta diversidad. El DIPriv. puede hacer frente a esta complejidad al ser una rama del ordenamiento concebida para regular tales disparidades. Son las disposiciones de DIPriv las que conviene examinar.

<sup>8</sup> Pe., el Auto del tribunal de Justicia de 8 de octubre de 1998 (asunto C-228/97. *Rec.* 1995-II y *Rec.* 2000-I).

<sup>9</sup> Es ilustrativa al respecto la Resolución n.º 37/78, de 27 de septiembre de 1978, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la «Igualdad de los esposos en el Derecho Civil», que fue tenida en consideración, por ejemplo, para la introducción del art. 23 de la Compilación catalana, por Ley 8/1993 de 30 de septiembre. Nuestra legislación atiende, también, al valorar la prestación compensatoria a las expectativas futuras de los esposos (art. 97.7 a C. c. y art. 84.2 a del CF catalán. Respecto a los problemas de adaptación véase la nota de jurisprudencia de C. Nieto Delgado, en *REDI*, 1998-2, p. 267-272), entre otros ordenamientos europeos p.e., el francés (art. 272 C. c.).

<sup>10</sup> *DOCE* C44, de 14 de febrero de 1994, p. 218.

<sup>11</sup> Un ejemplo ilustrativo en el derecho español lo proporciona la introducción del citado art. 23 de la Compilación catalana (actualmente art. 84.2 del CF), por Ley 8/1993 de 30 de septiembre, que modula los efectos del régimen legal de separación de bienes.

<sup>12</sup> Art. 97.7 a Código civil en el derecho español.

### III. DISCRIMINACIÓN BASADA EN LA NORMA DE CONFLICTO: LA CONEXIÓN DE LA NACIONALIDAD

El DIPriv. alemán regula el divorcio y sus efectos por la ley del Estado al que pertenecen ambos cónyuges (art. 17 que remite al art. 14 de la EGBGB<sup>13</sup>), y, de haberse planteado el litigio ante un juez belga, éste no hubiera dado una solución conflictual distinta. La disparidad de legislaciones no alcanza a los sistemas de DIPrivado. No es completa la afirmación del Abogado General, en sus conclusiones (punto 4), de que la ley belga, *del último domicilio común*, fuera aplicable al divorcio. El derecho belga cuenta con escasas normas de conflicto; su Código Civil, heredero del Código napoleónico, mantiene aún la norma unilateral que aplica el derecho belga, relativo al estado y la capacidad de las personas, a los belgas aunque residan en país extranjero, de modo que, convenientemente bilateralizada por la jurisprudencia, a los extranjeros se les aplica su ley nacional. Cierto es que, en los años 60, la voluntad de facilitar el acceso al divorcio condujo al legislador belga a ampliar el ámbito de aplicación de la ley belga (*lex fori*) en lo que concierne a *la admisibilidad y la determinación de las causas del divorcio*<sup>14</sup>, y, que, por tanto, la ley belga era aplicable a los esposos alemanes domiciliados en Bélgica en lo que se refiere a tales extremos, pero tanto la norma de conflicto belga (art. 3 C.c.) como la alemana (art. 17 y art. 14 EGBGB) atienden a la ley nacional común para las otras cuestiones relativas al divorcio. Las disposiciones de DIPriv. relativas a la competencia judicial en materia de alimentos entre esposos divorciados coadyuvan, a mayor abundamiento, a reforzar la falta de discrepancia entre los dos sistemas. El Convenio comunitario de Bruselas de 1968 —que se ha transformado en un Reglamento sobre la base

<sup>13</sup> El deseo de ver reconocida la pensión compensatoria y sus futuras expectativas se pone de relieve en la propia norma de conflicto. El art. 17 (3) 1. EGBGB precisa que debe ser reconocida por la ley de uno de los Estados a los que los cónyuges pertenecen en el momento de la solicitud de divorcio, y, que si conforme a este criterio no es posible tenerla en cuenta, cabrá a petición de uno de los cónyuges aplicar el derecho alemán que la reconoce: si el otro cónyuge adquiere durante el período conyugal expectativas de pensión nacionales, o si durante un tiempo del período conyugal los efectos del matrimonio estaban sujetos a una ley que reconociese dicha institución.

<sup>14</sup> Ley de 27 de junio de 1960 sobre la admisibilidad del divorcio cuando uno al menos de los cónyuges es extranjero, *Moniteur belge*, 9 de julio de 1960.

de los artículos 61 y 65 del TCE<sup>15</sup>—, aunque excluye las cuestiones de derecho de familia de su ámbito de aplicación, cubre las obligaciones alimenticias y medidas análogas entre los ex-esposos, como la prestación compensatoria o los alimentos post-divorcio (el TJCE ha efectuado una interpretación amplia en los litigios post-divorcio<sup>16</sup>). Ofreciendo el art. 5.2 de este convenio la posibilidad de unificar el litigio relativo al divorcio y a los alimentos ante un mismo tribunal (salvo que la competencia se base exclusivamente en la nacionalidad de *una* de las partes), el tribunal competente para conocer del mismo (en el caso que nos ocupa el belga) podría haber sido competente para conocer de la demanda accesoria de alimentos si el esposo/os demandante así lo hubiere querido (lo que no quiso). Cabe notar que el Reglamento de Bruselas II, que se limita a la disolución o relajación del vínculo matrimonial (divorcio, separación de cuerpos y nulidad) y a los procedimientos sobre responsabilidad parental con respecto de los hijos comunes de los esposos suscitados con ocasión de la demanda de divorcio<sup>17</sup> va a encontrar un punto de articulación en esta materia con el Convenio o el Reglamento Bruselas I, que no altera la cuestión.

Por otra parte la sentencia belga de divorcio (1986) fue reconocida por la jurisdicción alemana en 1995, cabe imaginar al amparo del Convenio entre Bélgica y la República Federal de Alemania de 30.6.1958<sup>18</sup>. Este convenio limita el control de la ley aplicada por el juez de origen en los supuestos de capacidad, estado o sucesiones si afecta a un nacional del Estado donde el reconocimiento de la decisión se invoca, a menos que la decisión conduzca al mismo resultado que si se hubieren aplicado las nor-

<sup>15</sup> Reglamento n.º 44/2001, adoptado por el Consejo el 22 de diciembre de 2000 (*DOCE*, L 12 de 16 de enero de 2001). Su entrada en vigor está fijada para el 1 de marzo de 2002, en todos los Estados de la Unión Europea, a excepción de Dinamarca (vid., art. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado CE, y con respecto al Reino Unido e Irlanda véase el art. 3).

<sup>16</sup> STJCE, 27 de febrero de 1997, Antonius van den Boogaard c. Paula Laumen, asunto 220/95, *Rec.*, p. I-11447.

<sup>17</sup> Reglamento n.º 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 (*DOCE*, L 160 de 30 de junio de 2000). Directa y uniformemente aplicable en todos los Estados miembros, con exclusión de Dinamarca.

<sup>18</sup> Convenio de 30 de junio de 1958 entre el reino de Bélgica y la República Federal de Alemania relativo al reconocimiento y a la ejecución recíproca, en materia civil o comercial, de las decisiones judiciales, sentencias arbitrales y actos auténticos, en vigor desde el 27 de enero de 1961.

mas de DIPriv. del país de exequátur (equivalencia); si bien, Alemania ha abandonado el control de la ley aplicada en la redacción dada, en 1986, al 328 del ZPO alemán. Nótese que si la decisión belga se hubiese dictado después del 1 de marzo de 2001, fecha de entrada en vigor del Reglamento Bruselas II, que substituiría el convenio bilateral en esta materia, sería igualmente reconocida y ejecutada en Alemania, conforme al texto comunitario que elimina, igualmente, el control de la ley aplicada por el juez de origen.

Por las razones apuntadas, la ley belga aplicada a la ruptura matrimonial no se extendería a los alimentos post-divorcio (artículo 8 del Convenio de La Haya de 1973)<sup>19</sup>. Este artículo vincula los alimentos a la ley rectora de la crisis (ley aplicada) con el punto de mira puesto en establecer cierta coherencia en vistas a la posterior revisión de los alimentos post-divorcio. El juez belga aplicó la ley belga únicamente para disolver el vínculo matrimonial, es decir que, plausiblemente, si hubiere conocido de tales aspectos, hubiera aplicado la ley alemana a los efectos del divorcio como ley nacional común. Por tanto, el juez alemán obraría bien utilizando la norma de conflicto rectora de los efectos del divorcio ya que no podía extender la ley belga como «ley aplicada» a los mismos. De haber habido «ley aplicada al divorcio», en el sentido del art. 8 del CLH (1973), el juez belga hubiere aplicado la ley alemana de la nacional común (art. 3 C.c). La decisión alemana de alimentos podría obtener el reconocimiento —no siendo Bélgica parte en el Convenio de La Haya de 1973— sobre la base del Convenio de Bruselas I, e igualmente del futuro Reglamento Bruselas I, si el juez alemán se pronunciara con posterioridad al 1 de marzo de 2002, fecha de su entrada en vigor. Por consiguiente, no existe discriminación basada en la disparidad de los sistemas de DIPriv. vinculados al caso.

#### IV. LA «COMUNITARIZACIÓN» DEL DIPRIV. EN EL ÁMBITO DE LA FAMILIA Y LAS SUCESIONES

Que el TJCE afirme que la norma de conflicto nacional relativa a los efectos del divorcio no se ve afectada por la aplicación del art. 6 del TCE

<sup>19</sup> Sin contar con las dificultades de interpretación que ofrece la distinción entre ley aplicable y aplicada al divorcio. Vid., S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 137 y ss.



no constituye una novedad. Si el art. 6 TCE tiene por ámbito de actuación el derecho comunitario, y éste la actividad económica, las normas materiales o de conflicto que regulan el divorcio escapan a su ámbito de aplicación. El punto de partida para responder a las cuestiones que nos ocupan sigue siendo el que el derecho comunitario afecta a las materias de contenido económico. Desde que viera la luz el Tratado de Roma, en 1958, momento en el que se hablaba de una Comunidad Económica, hasta hoy en día que se habla de una Unión Europea, los objetivos, económicos, se han ampliado, pero ésta evolución no debe ser exagerada sin atender, entre otros<sup>20</sup>, al principio de subsidiariedad. La unificación del derecho de familia, a través del DIPriv., si plausible<sup>21</sup>, es, también, polémica en cuanto al contenido y al «instrumento» a utilizar, enfrentando a los partidarios de la vía convencional y a los partidarios de la vía comunitaria.

El Convenio de Bruselas (1968), entre otros, ha finalizado por ver la luz como Reglamento tras la «comunitarización» de la cooperación judicial en materia civil operada por el Tratado de Amsterdam. El nuevo título IV del TCE establece que el Consejo «adoptará medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el art. 65» (art. 61, letra c), y, que tales medidas incluirán, el «fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción» (art. 65b). Sin seguir la idea avanzada por algún autor de considerar que el art. 65 TCE concierne precisamente a las materias relativas al derecho de personas y de familia, por cuanto los conflictos de leyes en materia patrimonial se encuentran cubiertos sobre la base del art. 95 CE<sup>22</sup>, parece que, «en la medida en que ello sea necesario para la consecución del Mercado Interior», algunas cuestiones podrían incluirse en las previsiones de este artículo<sup>23</sup>. Pero, también, se argumen-

<sup>20</sup> Vid. el art. 6.3 del TCE y el Proyecto de Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea (Bruselas, 28 de septiembre de 2000. Carta 4487/00) que favorecen la diversidad cultural y la «identidad nacional».

<sup>21</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Pasado, presente y futuro del derecho internacional privado comunitario», *RXUSC*, 1996, vol. 5, p. 39, y A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Derecho internacional privado y tratado de Amsterdam», *REDI*, 1992-2, p. 384.

<sup>22</sup> J. BASEDOW, «The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam», *CML Rev*, 2000, p. 696-699.

<sup>23</sup> OLIVER REMIEN, «European Private International Law, The european community and its emerging area of freedom, security and justice», *CML Rev*, 2001, p. 60: «The fact that, due to diverging conflict of laws rules, one and the same legal relationship —a security, a marriage, a succession— will be judged differently in the

ta que el fomentar la compatibilidad de las normas elaboradas por los Estados miembros significa que no es de la competencia del Consejo el unificarlas sino sólo el alentar su coordinación mediante la celebración de instrumentos convencionales entre Estados miembros<sup>24</sup>. Desde 1992 se gira en torno a esta idea, la propuesta de Convenio de 1993 del Grupo Europeo de DIPriv. iba en este sentido cubriendo el ámbito familiar y sucesorio<sup>25</sup>, aunque el grupo de trabajo «extensión del Convenio de Bruselas» elaborara, con posterioridad, un convenio menos ambicioso limitado al divorcio, comprendidas las cuestiones relativas a los hijos<sup>26</sup> texto que, finalmente, modificado y adaptado, ha sido retomado por la Comisión sobre la base del art. 61, punto c, del TCE, dando lugar al citado Reglamento Bruselas II.

El ámbito de aplicación material de este Reglamento de Bruselas II es limitado, pero la Comunidad tiene en mente no sólo extender sus soluciones (p.e., a las parejas de hecho), sino estudiar otros ámbitos del derecho de familia, comprendidos, incluso, la armonización de los conflictos de leyes, como se desprende de la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 30.11.2000*<sup>27</sup>. La actividad propuesta consiste, en principio, en llevar a cabo un «estudio» preliminar no sólo sobre la competencia sino sobre la ley aplicable al divorcio (Roma III), a los regímenes matrimoniales y, también, a las sucesiones, estudios que deberán culminar en abril de 2004. Mayor prudencia manifiesta, aún, el *Proyecto del Consejo de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>28</sup>. Cierto es que establece «nuevos grados en el reconocimiento mutuo» que

---

courts of different EC Member States is not an anachronism, but is neither comprehensible nor tolerable in «an area of freedom, security and justice», as promised in Article 61 EC».

<sup>24</sup> C. KOHLER, «Le droit international privé après Amsterdam,» *RCDIP*, 1999, p. 20.

<sup>25</sup> Vid. el informe del profesor P. Lagarde en *REDI*, 1994, p. 466.

<sup>26</sup> *DOCE*, C 221 de 16 de julio de 1998, pp. 1 y ss. con informe de A. Borrás.

<sup>27</sup> Actualización semestral del Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (II semestre 2000) Bruselas 30.11.2000 COM (2000) 782 final, p. 16. Francia ha propuesto una iniciativa facilitando el derecho de visita de los hijos ([www.justice.gouv.fr/europe/projevivi.html](http://www.justice.gouv.fr/europe/projevivi.html)) que ha dado recientemente lugar a una Propuesta de Reglamento, de 6.9.2001 (COM 2001) 505 final.

<sup>28</sup> *DOCE* C 12 de 15 de enero del 2001.

cubren la disolución de los regímenes matrimoniales<sup>29</sup>, las consecuencias patrimoniales y la ruptura de parejas no casadas y las sucesiones; cierto, también, que se proponen, además, como «medidas complementarias» las relativas «a la armonización de las normas sobre conflictos de leyes»<sup>30</sup>, pero denotan estos últimos textos cierto retroceso, o llamada a la prudencia, al proponer la elaboración de «estudios», para el año 2004, y, al silenciarse el «instrumento» a adoptar. En cualquier caso, cierto es que los «estudios» sobre la armonización de los conflictos de leyes en la materia que nos ocupa, entre otras de derecho de familia, ya han empezado, aunque se discrepe en torno a la «comunitarización» de este ámbito, donde el principio de subsidiariedad, si tal existe, cobraría todo su sentido<sup>31</sup>, sin hablar de la polémica cuestión acerca de la concurrencia con otros organismos como la Conferencia de La Haya<sup>32</sup>.

Al margen de cual sea el «instrumento» adoptado, si especulásemos acerca de la norma de conflicto rectora de la ley aplicable a los efectos del divorcio caeríamos en la cuenta de que no sería alérgica al criterio de conexión basado en la nacionalidad común de los esposos. Una mínima pesquisa verificaría que ni siquiera las normas de competencia del citado Reglamento Bruselas II, aunque se basan en la proximidad, suprimen el criterio de la nacionalidad común de los esposos (art. 2.1, b), lo que manifiesta la fuerza de la nacionalidad en materia de estado de las personas, incluso en el ámbito mucho más discutible de los conflictos de jurisdicciones<sup>33</sup>. El criterio de la nacionalidad, suprimido del Convenio de Bru-

<sup>29</sup> Cabe recordar que los regímenes matrimoniales ya habían sido objeto de polémica ante el TJCE con ocasión de la interpretación del art. 1.2 del Convenio de Bruselas de 1968 (TJCE, 6 marzo 1980, *Cavel c. Cavel*, 120/79, *Rec.*, 731). La situación no ha cambiado con el Reglamento Bruselas I.

<sup>30</sup> Como se indica en la introducción al Proyecto: «no prejuzga en absoluto los trabajos que se desarrollen en otros ámbitos de la cooperación judicial civil, en particular en materia de conflictos de leyes». La idea es que la armonización de los conflictos de leyes facilitará la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones, pieza o principio angular de la cooperación civil comunitaria, al abandonarse el control de la ley aplicada.

<sup>31</sup> M.<sup>a</sup>-H. GAUDEMET-TALLON, «La famille face au droit communautaire», en *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, pp. 107 y ss.: «Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions», *RMC*, 2000, p. 237.

<sup>32</sup> SONNENBERGER, «Europäisches Internationales Privatrecht im Diebst freien Personenverkehrs», *RIW*, 1999.4.

<sup>33</sup> Al respecto, W. HAU, «Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht», *FamRZ*, 2000, pp. 1333-1341, y M. Gó-

selas de 1968 que se ocupa de un ámbito patrimonial, ha retomado vigor con el Reglamento de Bruselas II, en materia de divorcio: ¡cuanto más vigor, cabe pensar, retomaría si se tratara de determinar el derecho aplicable a los efectos del divorcio! Siendo la nacionalidad común de los esposos de uso frecuente en materia familiar, pudiéndose incluso garantizar la correlación *forum-ius*, cabe auspiciar que un supuesto «instrumento Roma III» sobre ley aplicable al divorcio no excluiría a la ley nacional común como norma de conflicto rectora de la materia. Cabe añadir a tales virtudes, que tampoco contradeciría el «irresistible ascenso de la autonomía de la voluntad» en el ámbito familiar, ya que, hoy, al no imponerse automáticamente la nacionalidad del marido a la esposa, ésta resultará de la voluntad de los esposos, lo que pudiere favorecer, también, la opción del individuo (por cambio de nacionalidad) por el ordenamiento del país en el que vive.

Las normas de conflicto constituyen un factor de previsibilidad y seguridad, de continuidad en el estatuto personal y familiar, para las personas que ejercen la libertad de circulación, de forma que una cláusula basada en el principio de reconocimiento mutuo o en la no discriminación no podrían intervenir más que eventualmente en el marco de los litigios que nos ocupan (si es que admitimos la plausibilidad de dicha intervención). Pero si nos detenemos en la clase de norma de conflicto afectada, en su estructura y su criterio de conexión, observaremos que la norma de conflicto que barajamos pertenece al tipo de las normas de conflicto multilaterales con conexiones subsidiarias, que raramente pueden ser motivo de conflicto con la libertad de circulación: como ya se ha apuntado, no es la norma de conflicto alemana en sí misma sino las normas materiales las susceptibles de obstaculizar dicha libertad. En cuanto hace al factor de conexión, la designación —con carácter prioritario— de la conexión de la nacionalidad común de los esposos —en lugar de la ley de residencia habitual común— garantiza la continuidad del estatuto personal y familiar de quienes ejercen la libertad de circulación (se desplazan a otro país). La seguridad, la previsibilidad, la continuidad de las relaciones jurídicas (o, si se prefiere, la salvaguarda de la identidad nacional) constituyen objetivos clásicos vinculados a la norma de conflicto, compatibles con el derecho comunitario. La previsibilidad aprovecha a la persona que

---

MEZ JENE, «El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterios de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad», *RJLa Ley*, n.º 5321, 1.7.2001, pp. 1-5.

circula libremente por el territorio comunitario y a su familia. Por regla general, son las normas imperativas las que pueden sorprender a la persona desincentivando u obstaculizando el ejercicio de tales libertades, debiendo ser descartadas salvo que su aplicación sea justificada<sup>34</sup>, tal no ocurre con la norma de conflicto multilateral basada en la nacionalidad común de los esposos.

Pero no hay que autoengañarse más de lo estrictamente necesario. El principio de la libre circulación de las personas y la igualdad de trato no son palabras vanas sino que se erigen como uno de los fundamentos de la construcción comunitaria. Esto quiere decir que las otras ramas del derecho pueden tener que inclinarse cuando están en contradicción con sus principios superiores, ya que este «orden concurrencial» es evolutivo y capaz de integrar nuevos objetivos, superando ya la división clásica entre el derecho privado y el derecho público. Miradas así las cosas, sería un tanto iluso el pretender si tal o cual política puede entrar en conflicto con este «orden constitucional», todas le estarían potencialmente sometidas, y todas las normas, pueden tener que respetar su lógica, salvo que él mismo las excluya. Esta óptica no es sino el reflejo de la subordinación cada vez más fuerte del derecho a los imperativos de la economía que, siendo un instrumento se corre el riesgo de que no lo sea. La dificultad principal reside en establecer los términos de la oposición y sus límites a fin de evitar los abusos.

## V. LOCALIZACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA RELACIÓN JURÍDICA E INVOCACIÓN DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS: ¿COMMUNITY SHOPPING?

Los conflictos relativos a los alimentos post-divorcio, y, en concreto a la alemana «Versorgungsausgleich», objeto, como se ha indicado, de una norma de conflicto específica en el art. 17 (3) EGBG no son pacíficos<sup>35</sup>. La polémica obedece a la disparidad legislativa, que incita al cónyuge alemán económicamente más fuerte a especular sobre si un traslado de residencia a otro país le permitiría prevalecerse de su nueva situación e invocar una solución más ventajosa (p.e. si la legislación del país de la re-

<sup>34</sup> A. NUYTS, «L'application des lois de police dans l'espace», *RCDIP*, 1999, p. 247

<sup>35</sup> HOFFMANN, *Internationales Privatrecht*, 6º ed. Munich, 2000, pp. 288-290.

sidencia no establece más que unos alimentos basados en las necesidades básicas)<sup>36</sup>. Se ha verificado ya que la clásica maniobra del llamado *forum shopping* serviría de poco en este caso, al ofrecer el sistema de DIPriv. belga la misma solución que el sistema alemán. Pero el sr. Johannes lo que invoca para escapar a la dura ley alemana, ante el juez alemán, es el derecho comunitario, la libertad de circulación ejercida como funcionario comunitario. Al lector le vendrá a la cabeza el asunto *Blood*<sup>37</sup>. La Sra. Blood no pudo obtener en Inglaterra una inseminación *post mortem*, en ausencia de consentimiento de su marido en coma, pero obtuvo la autorización para exportar el esperma congelado hasta Bélgica. El motivo que permitió acceder a su demanda ante la *Court of Appeal* era el principio comunitario de la libre prestación de servicios (art. 49 y ss. CE) que le permitía la inseminación en un Estado miembro (servicio) distinto al de su domicilio, a pesar de la prohibición (obstáculos) de la legislación británica.

Baste a nuestros fines objetar que, la lucha contra los abusos o el fraude<sup>38</sup> en la invocación del derecho comunitario, en ámbitos no económi-

<sup>36</sup> KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3º ed., Tübinguen, 1997, 347 y ss.

<sup>37</sup> R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood (1997) 2. *All ER* 687, Court of Appeal, Lord Woolf. No hace falta decir que un alud de aportaciones doctrinales se han vertido sobre este asunto por parte de los especialistas en bioética al considerar que el derecho comunitario se inmiscuía en un ámbito que no le es propio, la procreación asistida, en el que existe gran disparidad legislativa entre los Estados miembros, y que está impregnado de connotaciones de naturaleza ética y moral. Vid: D. MORGAN y R. G. LEE, «In the Name of the Father? Ex parte Blood: Dealing with Novelty and Anomaly», *Modern Law Review*, nov. 1997, vol. 60, p. 840; J. FLAUSS-DIEM, «Insémination post mortem, droit anglais et droit communautaire», *Mélanges Meulders-Klein*, 1998, p. 217; JEAN-SYLVESTRE BERGÉ, «Le droit communautaire dévoyé: le cas Blood», *Europe*, 1999, n.º 12, dic., pp. 4-6.

<sup>38</sup> Aunque la invocación del abuso o fraude deba ser cautelosa según la reciente sentencia *Centros* (TJCE de 9.3.1999) que ha dado lugar a numerosos comentarios: BEHRENS, «Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH», *IPRax*, 1999, p. 323; GARCIMARTÍN ALFEREZ, «La sentencia 'centros' del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios», septiembre 2000, [www.reei.org](http://www.reei.org); SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho europeo de sociedades y la Sentencia 'Centros': La relevancia de la sede real en el ámbito comunitario», *AEDIPr*, 2000, pp. 115-157; SANCHO VILLA, «La Teoría de la Sede y el Derecho comunitario: a propósito de la sentencia 'Centros'», [www.reei.org](http://www.reei.org); y (dir. H. J. SONNENBERGER, *Münchener Kommentar*, Band 11, Art. 50-237 EGBGB, 3º ed., Munich, 1999. n.º 358-373. El Landesgericht de Salzburg ha sometido al TJCE (Asun-

cos, exige atender a la complejidad de los problemas que se plantean, que no pueden solucionarse sobre la base de la simple lógica concurrencial, y, todavía menos, empobreciéndola, haciendo caso omiso a que cede o se autolimita ante razones de interés general. Aun tomando en consideración la vocación tentacular del derecho comunitario a ampliar su ámbito material de aplicación; aun reconociendo la jerarquía o primacía normativa que establece, y el carácter fundamental del principio de no discriminación, el uso de las libertades comunitarias no puede ser abusivo o fraudulento.

## VI. APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO A SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS

Aunque el TJCE no recoge el argumento, en opinión de la Comisión (punto 16 de las conclusiones del Abogado general), el art. 6 CE tampoco es aplicable al caso porque se trata de una situación interna, y no existe un elemento transfronterizo que justifique el examen de si hay discriminación por razón de nacionalidad. Se trata de la aplicación del derecho alemán, por un tribunal alemán, a una sentencia de divorcio reconocida en Alemania en virtud de la que se disuelve el matrimonio entre dos alemanes casados en EE.UU y divorciados en Bélgica donde el marido era funcionario comunitario. El TJCE no utiliza este argumento, pero es evidente que hubiera podido cerrar el paso —más que el argumento de si el derecho de familia está excluido<sup>39</sup>— a la intervención del derecho comunitario. De haberse seguido esta vía o considerándola (se trata de un funcionario comunitario<sup>40</sup>), surgiría la duda de si la respuesta del TJCE hu-

---

to C-447/00, *Holto Limited*, DOCE, C28/24 de 27.1.2001) una interesante cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de los arts. 43 y 48 CE con la norma de conflicto que atiende a la teoría del domicilio que ha finalizado con el acuerdo entre las partes.

<sup>39</sup> Como indica M. GARDEÑES SANTIAGO, «...el problema no estaría en el contenido material de las legislaciones nacionales, sino en la definición de su ámbito de aplicación...», en *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999, p. 184.

<sup>40</sup> Este es un argumento de dos filos. Para F. RIGAUX el hecho de que se trate de un funcionario de la UE permite establecer la conexión con el derecho comunitario (*op. cit.* p. 288). Sin embargo, puede pensarse, también, que tal conexión se ciñe a las normas sobre la función pública, y que, al igual que ocurriría en el

biera sido menos expeditiva si hubiera estado más en juego el principio de libertad de circulación: el lector estará pensando ahora, acertadamente, entre otros<sup>41</sup>, en el asunto *Christos Konstantinidis*<sup>42</sup>.

## VII. REFLEXIÓN FINAL

Los encuentros entre el derecho comunitario y el derecho de familia no dejaron de producirse, las prestaciones post-divorcio, los regímenes matrimoniales, las sucesiones, entre otras, tienen un contenido patrimonial evidente, siendo plausible el invocar que el no reconocimiento de un divorcio, una adopción o un cambio de régimen matrimonial pueden obstaculizar la libertad de circulación. La solución formal a los problemas que se planten mediante la aseveración de que el derecho comunitario no incide en el derecho de la familia obedece más al temor que entraña la utilización de las libertades comunitarias para burlar disposiciones nacionales que al carácter impermeable de la afirmación. ¿Acaso no es un reflejo de nuevos tiempos el que un juez nacional enfrentado a un supuesto internacional como el asunto *Johannes* (dos alemanes, casados en EE.UU. y divorciados en Bélgica donde residían) y dirimible, por tanto, a través de las normas de DIPriv. y del derecho alemán, atienda a la posible incidencia

---

caso de que el Sr. *Johannes* fuese un funcionario de cualquier otra organización internacional, estas normas, relativas a una pensión de «viudedad» no inciden en la cuestión planteada de derecho de familia relativo a la prestación compensatoria.

<sup>41</sup> Asunto *Boukhalfa*, vid., S. SÁNCHEZ LORENZO, «La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros», *RCEA*, 1996, p. 61-81.

<sup>42</sup> STJCE de 30 de marzo de 1993 (asunto C-168-91). Las autoridades alemanas registraron el nombre y el apellido de este nacional griego en el acta matrimonial convirtiéndolo a la grafía propia del latín (de acuerdo con el *Convenio de la CIEC de 1973*) lo que, al distorsionar la fonética de los mismos, conducía a error a su clientela habitual y perjudicaba, en definitiva, su ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento. Así lo consideró el TJCE, sobre la única base de las libertades comunitarias, sin considerar si se trataba de la inscripción de un nombre en un acta de matrimonio, materias no reguladas por el derecho comunitario, y sin considerar si tal derecho al nombre forma parte de un derecho fundamental de la persona. Vid., E. JAYME, «Cognome e protezione dell'identità della persona», *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 854, donde cita el artículo de BOHMER, «Die Transliteration ausländischer Namen», *IPRax*, 1994, p. 80 y ss.



del derecho comunitario, y dude de la aplicación de sus propias normas de conflicto y su *lex fori*? Y ¿acaso no existe, también, el riesgo de que el juez nacional, sobre la base de un principio comunitario, dicte decisiones que esquiven el debate de fondo y, junto a ello, los conflictos de leyes (*Blood*)? Así las cosas, cabrá ofrecer algo más que una respuesta formal.

En el asunto Johannes no se trata de regular la relación entre el funcionario (o su ex-esposa) y la Institución comunitaria. La relación es entre dos particulares y sólo las normas de conflicto alemanas y el derecho de familia alemán pueden, ante el juez alemán, resolver este asunto. Con la mera lógica comunitaria no pueden darse respuesta a los efectos de un divorcio. Esto no quiere decir que nunca pueda darse cierta incompatibilidad de las normas nacionales (o de su resultado) con los principios comunitarios (art. 6 TCE), si las libertades comunitarias se ven afectadas, sino que debe rechazarse una utilización o la invocación de las mismas para burlar disposiciones nacionales, y, que tal utilización debe ser sancionada haciendo caso omiso a la libertad de circulación alegada. En otras palabras, un funcionario comunitario no puede invocar condiciones de aplicación del derecho comunitario para evitar las normas nacionales que regulan las relaciones con su ex-cónyuge. Los jueces nacionales han de hacer bien su tarea, y no soslayar el debate de fondo con soluciones pseudo-europeas. Afortunadamente el TJCE, aunque da una respuesta expeditiva y formal, no se deja seducir por la hábil argumentación del Sr. Johannes.



## **JURISPRUDENCIA**

