

# CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por **S. Álvarez González, R. Arenas García,  
J. M. Fontanellas Morell, G. Palao Moreno  
y A. Quiñones Escámez**

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

## SUMARIO:

DE *OBITER DICTA* A *RATIO DECIDENDI* [A PROPÓSITO DE LA STJ (GRAN SALA) DE 25 DE OCTUBRE DE 2017, AS. C-106/16, *POLBUD – WYKONAWSTWO SP. Z.O.O.* EN LIQUIDACIÓN]

POR R. ARENAS GARCÍA ..... pp. 2-8

LA RESIDENCIA HABITUAL COMO CRITERIO DE JURISDICCIÓN EN MATERIA DE DIVORCIO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II *BIS*. COMENTARIO A LA STS DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2017

POR G. PALAO MORENO ..... pp. 9-14

*SAHYOUNI* MÁS ALLÁ DEL ESPEJO. UN COMENTARIO POSIBLE A LA STJ DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 (C-372/16)

POR S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ..... pp. 15-20

¿PUEDE DEPENDER EL “ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL” DE LA APLICACIÓN, DIRECTA O POR EXTENSIÓN, DE UN CONVENIO BILATERAL? A PROPÓSITO Y MÁS ALLÁ DE LA STS (C-A), DE 24 DE ENERO DE 2018, RELATIVA AL REPARTO DE LA PENSIÓN DE VIUEDEDAD ENTRE LAS DOS ESPOSAS DE UN TRABAJADOR MARROQUÍ POLÍGAMO

POR A. QUIÑONES ESCÁMEZ..... pp. 21-26

LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 650/2012 CON RESPECTO A LAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES. A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 1 DE MARZO DE 2018 (C-558/16: MAHNKOPF)

POR J. M. FONTANELLAS MORELL..... pp. 27-38

---

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

## **SAHYOUNI MÁS ALLÁ DEL ESPEJO. UN COMENTARIO POSIBLE A LA STJ DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 (C-372/16)**

**Santiago Álvarez González\***

1. La *STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16, Sahyouni)* va a ser ampliamente comentada, criticada y apoyada<sup>1</sup>. Es la primera sentencia en sentido estricto que interpreta el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III). Y eso siempre da un cierto caché. Además, se trata de una decisión especialmente aguardada, pues ya contaba con un episodio preliminar en el que el TJ, en el mismo asunto, había optado por declararse incompetente para conocer de las cuestiones prejudiciales elevadas (*Auto TJ de 12 de mayo de 2016, C-281/15, Sahyouni*), respuesta que en España suscitó alguna crítica desde perspectivas peculiares<sup>2</sup>. En estas circunstancias, la invitación que me hace la REEI para dar mi opinión sobre, al fin y al cabo, un hito, me resulta especialmente atractiva y notoriamente exigente. Más aún después de leer el fallo y alguno de sus flamantes comentarios, pues me temo que no voy a estar a la altura de las notas al uso, ya que lo que más me ha interesado en este caso no es la argumentación del TJ; ni el tenor de su respuesta a las cuestiones prejudiciales que se le suscitaron; ni la importancia de la que respondió y las que dejó sin respuesta; ni si acertó o no acertó en su decisión. Lo que más me ha interesado es el camino que condujo al problema. Un camino en el que una decisión legislativa aparentemente «moderna» ha terminado por crear un problema donde no lo había (o era de menor entidad). Y ello tiene, a mi juicio, una trascendencia mayor que la que pueda derivar de si el Reglamento Roma III se aplica o no a los divorcios privados, objeto principal de la sentencia.

Por ello, tras describir sucintamente el caso y la posición del TJ, me detendré en su génesis y en las posibles consecuencias imprevistas que pueden tener decisiones como la del legislador alemán cuando optó por simplificar, modernizar, liquidar el viejo contenido del art. 17 EGBGB en favor de una incorporación por referencia de las soluciones del

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela. Parte de la presente nota se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación «Balance de 38 años de plurilegislación civil postconstitucional: situación actual y propuestas de futuro», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER [Ref. DER2016-77190-R].

<sup>1</sup> ECLI:EU:C:2017:988.

<sup>2</sup> Por ejemplo, de falta de comprensión del sistema alemán por parte del TJ: GANDÍA SELLENS, M.A., «Reconocimiento y divorcios privados- Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, Sahyouni c. Mamisch», *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 4, 2017). Más sorprendente es el diagnóstico que hacen AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P., «Incompetencia del TJUE para resolver acerca de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberlandesgericht München Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich (Alemania). Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 102, 2016, pp. 549-561, que consideran que quien no entiende el (su) sistema son los propios tribunales alemanes (pp. 555-556).

Reglamento Roma III. Y llevaré el supuesto a recientes reformas legislativas en España y su trascendencia. En algún caso, puede que la misma que para el sistema alemán, más un plus en relación con los conflictos internos.

2. El supuesto de hecho en el que se inscriben las cuestiones prejudiciales es sencillo. En mayo de 2013, un matrimonio de doble nacionales alemanes y sirios es disuelto en Siria por decisión unilateral del marido. Un representante de este pronunció la fórmula del divorcio ante un tribunal religioso de la *sharía*. Un tiempo después el marido solicitó y obtuvo el reconocimiento en Alemania de dicho divorcio, a lo que siguió una solicitud de la esposa que pedía que se anulara la decisión y se declarase que no se cumplían las condiciones para el reconocimiento. La petición de la esposa fue desestimada por considerar que, en aplicación del Reglamento Roma III y en virtud de las circunstancias del caso, la ley siria de la nacionalidad común (art. 8.c del Reglamento) era aplicable al supuesto y concurrían todos sus requisitos. El *Oberlandesgericht*, conociendo del recurso, elevó tres cuestiones prejudiciales al TJ, de las que me interesa ahora la primera (única que, por otro lado, recibe respuesta del TJ) en la que se preguntaba si los divorcios privados, como el del asunto principal, entraban o no dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III.

La pregunta, que puede resultar a primera vista sorprendente, tiene sentido si tenemos en cuenta que el reconocimiento de tales divorcios privados es, en Alemania, un reconocimiento conflictual. Un reconocimiento conforme a la ley aplicable al propio divorcio. Y tras la modificación experimentada en 2013 por el citado art. 17 EGBGB, dicho precepto reza: «las consecuencias patrimoniales del divorcio que no estén reguladas por otras disposiciones de la presente sección se regirán por el Derecho aplicable al divorcio con arreglo al Reglamento (UE) n.º 1259/2010». Antes, la solución era la sujeción del divorcio a la ley rectora de los efectos generales del matrimonio en la fecha de presentación de la demanda o al Derecho alemán si la disolución del vínculo no fuera posible con arreglo a aquella ley y siempre que el cónyuge demandante fuese alemán en la fecha de presentación de la demanda o en la fecha de la celebración del matrimonio. En suma, el divorcio privado pronunciado en el extranjero se reconocía si se ajustaba a aquellas leyes. Tras 2013, si se ajusta a las leyes declaradas aplicables por el Reglamento Roma III<sup>3</sup>. Las viejas normas de conflicto ya no existen. ¿Y el Reglamento Roma III se aplica a los divorcios privados?

3. A primera vista, podríamos pensar que se trata esta de una pregunta innecesaria, puesto que lo que parece indiscutido en el devenir del caso es que el *supuesto de hecho regulado* (*reconocimiento* en Alemania de la disolución del matrimonio llevada a cabo en un tercer Estado) no entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Se trata de un supuesto de competencia de cada Estado Miembro y poco habría de decir el TJ. Y es verdad. De hecho, el TJ comienza recordando y reiterando, ya de entrada, que el

---

<sup>3</sup> Opinión comúnmente admitida en Alemania, aunque no unánime. *Vid.* los núms. 43 y 45 de las Conclusiones del Abogado General, presentadas el 14 de septiembre de 2017.

Reglamento Roma III no se aplica al reconocimiento de una resolución de divorcio dictada en un Estado tercero. Pero es una verdad con matices.

Según la doctrina del propio TJ, ya adelantada en su *Auto de 12 de mayo de 2016*, existe un interés manifiesto de la UE en que toda disposición de Derecho de la Unión reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse; incluso cuando el Derecho nacional de un EM se remite a una norma de Derecho de la Unión para su aplicación «a una situación *puramente interna*»; incluso cuando los hechos de un procedimiento principal estén fuera del ámbito de aplicación de tal norma que sólo es aplicable por remisión (libre) de las disposiciones del Derecho nacional. En especial, se impone también la interpretación del Derecho de la UE incluso en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho Derecho, cuando aquél haya sido llamado «*directa e incondicionalmente*» por el Derecho nacional<sup>4</sup>.

En otras palabras, es el legislador alemán el que se ata (libremente) a Roma III con todas sus consecuencias, mediante su decisión de sustituir sus normas de conflicto autónomas por una remisión al Reglamento. Como consecuencia de ello renuncia a su exclusividad sobre el alcance e interpretación de su Derecho internacional privado autónomo (allí donde aún la tenía) vinculándose a lo que diga el TJ. Y el TJ le dice que, además de que el Reglamento en sí mismo considerado no se aplicaría al reconocimiento de divorcios pronunciados en terceros Estados, los divorcios privados no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de Roma III.

No discutiré el resultado. El estrecho marco de esta nota me lo impide<sup>5</sup>. Pero sí la indefectibilidad de la situación, amén de resaltar la importancia de esta sentencia más allá del concreto tema que parece resolver.

4. A mi juicio, en materias que no están comprendidas por el Derecho de la Unión, aquellas sobre las que sigue siendo competente el legislador nacional, no hay ninguna obligación eventual de sujeción al Derecho de la Unión por razón de la «técnica» empleada: si los legisladores nacionales tienen competencia para decidir el régimen de reconocimiento de divorcios privados pronunciados en terceros Estados, la existencia o inexistencia de Roma III no puede condicionar qué soluciones otorgan aquellos legisladores. Por simplificar, no puede condicionar si proveen un reconocimiento procesal o uno conflictual. Y en el segundo caso (cuando se opta por el reconocimiento

---

<sup>4</sup> Núms. 25 y siguientes del *Auto TJ de 12 de mayo de 2016* y núm. 28 de la sentencia comentada. La cursiva es añadida.

<sup>5</sup> GÖSSL, S. L., «Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, "Private Divorces" and Islamic law under the Rome III Regulation», *The European Legal Forum*, 2017, núms. 3/4, pp. 68-74, pp. 68-70, es más que ilustrativa de los argumentos a favor y en contra que pueden manejarse, decantándose la autora por una solución positiva, de inclusión. En sentido contrario, aceptando el fallo del TJ, DIAGO DIAGO, M. P., «Inclusión de los divorcios privados en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010», *La Ley Unión Europea*, núm. 58, de 30 de abril de 2018.

conflictual), no puede existir ninguna obligación de aplicar el Reglamento Roma III<sup>6</sup>. La competencia es sobre las situaciones o los supuestos de hecho regulados y no sobre las técnicas empleadas. Y en este sentido, me parece que incorporar una normativa de la UE (u otra convencional) es una opción que debe hacerse *cum grano salis*. Y ahora ya no comento la STJ sino la opción legislativa. Porque ¿cuál es hoy el régimen de reconocimiento de los divorcios privados en Alemania? Descartado Roma III y en ausencia de la vieja norma, ¿no fue un tanto aventurada la sustitución del contenido del art. 17 EGBGB por esa remisión al Reglamento?<sup>7</sup>

El problema no es nuevo. Es más, es viejo. Las relaciones entre los convenios de aplicación *erga omnes* y la paralela normativa nacional hace muchos años que ocupan y preocupan a la doctrina. Y probablemente las preocupaciones eran más serias y las reflexiones más atinadas cuando se analizaban como relaciones entre distintos niveles de producción jurídica, en vez de banalizar el problema con descripciones vulgares como las que ven una «derogación» o una «liquidación» de las normas internas por parte de las internacionales o europeas. Ni una cosa ni la otra.

La sentencia que comentamos pone de manifiesto que si el legislador alemán hubiera conservado su «viejo» art. 17 EGBGB, lo hubiese aplicado sin más al caso controvertido. Es verdad que ello generaría un doble régimen (con Roma III) incómodo. Pero para evitarlo tenía más alternativas que una remisión o incorporación por referencia (por utilizar una terminología quizá algo trasnochada, pero gráfica): podría haber reproducido las normas de Roma III que le interesasen<sup>8</sup>.

Quizá con un tratado internacional la recepción hubiese sido más maleable. De hecho, existen ejemplos en los que precisamente la incorporación por referencia se realiza «modificando» (sólo para el foro) el ámbito de aplicación del propio convenio<sup>9</sup>. Pero parece que la remisión incondicionada a Roma III más la jurisprudencia del TJ<sup>10</sup> supone una entrega. Una incorporación con todas las consecuencias, incluida la de que el ámbito de aplicación del instrumento europeo sea más reducido que el de la norma a la que

<sup>6</sup> No lo entiende así, GÖSSL, S. L., *loc. cit.*, p. 70.

<sup>7</sup> Pues parece que la situación es de laguna jurídica. Algo que ya se advertía antes de la sentencia (*vid.* núm. 46 de las Conclusiones del Abogado General con cita de más doctrina) y que parece indefectible tras la misma (como reconoce el propio Gobierno alemán en la vista: núm. 54 de las mismas Conclusiones).

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial», *Cuadernos de Derecho Judicial (Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles)*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 59-158, pp. 48 y ss.

<sup>9</sup> *Vid.*, por ejemplo, art. 83.2 de la Ley suiza de DIPr: «Dans la mesure où les droits à l'entretien de la mère et le remboursement des dépenses occasionnées par la naissance ne sont pas réglés par ladite convention [Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias], ses dispositions s'appliquent par analogie»; o su art. 93.2: «Cette convention [Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias] s'applique par analogie à la forme d'autres dispositions pour cause de mort.»

<sup>10</sup> Jurisprudencia citada por referencia supra nota 3, que no he revisado, por lo que me atengo a los efectos que de ella deriva el TJ en la presente sentencia.

sustituye. Eso es lo que ha pasado en el caso analizado. El contenido del art. 17 EGBGB se aplicaba a los divorcios privados; el nuevo contenido, con remisión al Reglamento Roma III, no. Lo acaba de decir el TJ. Y si se ha preguntado y el TJ ha respondido, es porque su decisión es relevante. No para satisfacer una curiosidad erudita.

Quizá también fuese posible la utilización de un Reglamento con las mismas reservas con que se utiliza un convenio. Los puntos 36 a 40 de las Conclusiones del Abogado General parecen abrir esta posibilidad, que me parece capital. Se trata de consideraciones cruciales en el enfoque que ahora analizo. En ellas, interpreto que de forma coherente, se sigue depositando en el legislador nacional (o en sus órganos jurisdiccionales) el control de la remisión al Derecho de la Unión; su alcance exacto. Dado que no se apreció matización o reserva alguna por parte del legislador alemán, la sentencia no se detiene en ello.

5. El supuesto que desencadena la STJ es interesante y ejemplificativo. Es un toque de atención. En España también hemos sucumbido recientemente al *glamour* de las incorporaciones por referencia: arts. 9.4, 9.6, 9.7, 107.2 CC. Si alguien pensó que se trataba de inocuas decisiones legislativas muy en la línea de una didáctica postmodernista se equivocó. La incorporación de los convenios y protocolo allí nombrados no ha sido gratis; ha venido con un cambio de su ámbito de aplicación bajo el brazo. La reciente *SAP de Barcelona de 29 de enero de 2018*<sup>11</sup> no duda en aplicarlos a supuestos meramente internos; a supuestos de Derecho interregional, para los que no estaban (ni están) concebidos. Al fin y al cabo, no hace sino presumir que el legislador así lo ha querido, con independencia de que el legislador ni se lo haya planteado<sup>12</sup>.

Y lo mismo ocurre con la referencia que hace el art. 107.2 CC: «La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado». ¡A saber qué significa eso de las reglas «españolas» de DIPr!<sup>13</sup> Mas la referencia a las normas de la UE claramente se dirige al Reglamento Roma III. Y si damos por buena la opción de que también aquí los divorcios privados como el que dio origen al caso *Sahyouni* han de recibir una respuesta conflictual<sup>14</sup> ¿cuál es hoy el régimen de reconocimiento de los divorcios privados en España? Descartado Roma III y en ausencia de la vieja norma, ¿no fue un tanto aventurada la sustitución del contenido del viejo art. 107 CC por esa remisión al Reglamento? Pido perdón por la reiteración. Y

---

<sup>11</sup> ROJ: SAP B 1058/2018 – ECLI: ES:APB:2018: 1058.

<sup>12</sup> Legislador que, por otro lado, tendría la puerta abierta que formalmente le proporcionan los arts. 46 del Convenio de La Haya de 1996, 15 del Protocolo de alimentos de 2007 o 16 del Reglamento Roma III.

<sup>13</sup> Ya se lo preguntaba la enmienda núm. 188 del Grupo Catalán de Convergencia i Unió (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Diario de sesiones del Senado, núm. 159, de 10 de junio de 2015, p. 15536). *Vid.*, no obstante, infra nota 14.

<sup>14</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 463-465; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, 2017, pp. 381-383, p. 382, aplicando el Reglamento Roma III.

puestos a redefinir ámbitos de aplicación, ¿quiso el legislador aplicar Roma III también a los conflictos internos?<sup>15</sup>

Aunque soy plenamente consciente de que mi opinión está abocada a chocar con la realidad, pienso que no hubo ninguna previsión al respecto y añadido que si la hubiera habido, habría sido una previsión no informada. No me consuela, aunque lo acojo como opción menos mala o necesaria, que se reconozca que la modificación del precepto de nuestro CC ha generado una *laguna legal* en relación con los conflictos internos que será cubierta *mutatis mutandis* por el propio art. 107.2<sup>16</sup>. Como no es consuelo que en esta materia el pluralismo jurídico español sea raquíutico en función de la competencia exclusiva del Estado sobre «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» (art. 149.1.8 de la Constitución), o que una buena parte de la problemática que derive de la plurilegislación se canalice a través de otras normas de conflicto. Algunos aspectos habrán de quedar al amparo de dicha norma<sup>17</sup>. Y tampoco me alivia la posibilidad real, *porque sigue siendo de su competencia*, de que el legislador español (también el alemán) pueda legítimamente volver sobre sus pasos y rectificar; y modificar sus leyes internas, estableciendo reglas *ad hoc* para los divorcios privados y reglas *ad hoc* para los conflictos internos. Me temo que, al menos, el español no lo hará.

6. Y termino el espacio que se me ha dado con un acto de auto constricción volviendo sobre lo que de la STJ comentada más se va a comentar, lo relativo a las cuestiones prejudiciales que el tribunal alemán elevó al TJ. Ya me remití con anterioridad a dos opiniones opuestas entre sí en cuanto a la inclusión o no de los divorcios privados en el ámbito de Roma III<sup>18</sup>. Me tomaré la licencia de remitir al lector a los mismos lugares, donde también se defienden opiniones contrapuestas en relación con las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que no fueron respondidas por el TJ. Versaban en esencia sobre si el art. 10 del Reglamento Roma III debía ser de aplicación cuando la ley extranjera contuviese una discriminación *en abstracto* o sólo cuando esa discriminación se manifestase en el *caso concreto*. Dos interpretaciones contrapuestas a la espera de una nueva ocasión en la que el TJ resuelva la querrela doctrinal<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Si se me permite la ironía, regalaré una alambicada interpretación posible a los entusiastas de la incorporación de instrumentos internacionales o europeos en nuestras normas de conflicto: quizá la coletilla «[normas] españolas de Derecho internacional privado» se pueda entender como una regresión al art. 9.2 CC. Pero, ojo, cuidado con sustituir este por una nueva remisión a otros instrumentos.

<sup>16</sup> Así lo ven FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 457.

<sup>17</sup> Como por ejemplo algunos aspectos del contenido y requisitos de los convenios reguladores. *Vid.* FONT I SEGURA, A., «El divorcio notarial en supuestos interregionales», ponencia presentada en la Mesa Redonda celebrada en Barcelona, el 20 de marzo de 2018, en el marco de las Jornadas Derecho inmigración y empresa, Barcelona, 13, 14, 20 y 21 de marzo de 2018. Y lo llamativo es que el legislador español fue en algún momento consciente de esto, aunque no llegara a plasmarse en ley: en este sentido iba la enmienda 189, del Grupo Parlamentario Socialista, al proyecto de ley que determinó la modificación en 2003 del art. 107 CC (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 136-8, de 13 de mayo de 2003, pp. 90-92).

<sup>18</sup> *Supra* nota 4.

<sup>19</sup> GÖSSL, S. L., *loc. cit.*, pp. 70-74, con amplitud de argumentos y de referencias doctrinales en uno y otro sentido, se decanta por una interpretación en la que se valorará la discriminación abstracta de la ley extranjera. En sentido contrario, DIAGO DIAGO, M. P., *loc. cit.*, combatiendo las conclusiones del Abogado General.