

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^a. 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 VIUDEDAD 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.

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]

Rafael Arenas García*

I. DE CARTESIO A POLBUD

En el mes de diciembre de 2008 el Tribunal de Luxemburgo nos sorprendía con la Sentencia *Cartesio*¹; sorpresa que se derivaba no solamente de la respuesta que dio a la consulta realizada (no es incompatible con las exigencias de la libertad de establecimiento una normativa nacional que no permite que el domicilio estatutario de una sociedad se traslade a un Estado miembro de la UE diferente de aquél en el que la sociedad se ha constituido si la sociedad desea mantener su condición de sociedad regida por el Derecho del Estado de constitución) sino también por la introducción de un *obiter dicta* referido a un tema diferente a aquel que era objeto de la cuestión prejudicial planteada por la autoridad húngara remitente; *obiter dicta* que se convirtió en la puerta de entrada a la inclusión del Derecho de transformación societaria internacional en la UE, tal como veremos en el apartado II de esta nota.

En este *obiter dicta* (núms. 111 a 113 de la Sentencia *Cartesio*) se indicaba que, si bien el Derecho de la UE no se opone a que las normativas nacionales impidan la transferencia internacional del domicilio estatutario sin transformación de la sociedad; ese mismo Derecho de la UE sí sería contrario a una normativa nacional que prohibiera el traslado de domicilio estatutario cuando el traslado suponga la conversión de la sociedad en una regida por el Derecho del Estado al que transfiera el domicilio estatutario. Y siempre que el Derecho del Estado de destino permita dicha transformación.

Como es sabido, la Sentencia *VALE*² introdujo lo que podría ser un matiz en la “doctrina” sentada en el *obiter dicta* de *Cartesio*, puesto que en un caso en el que una sociedad italiana solicitó transformarse en sociedad húngara, habiendo negado las autoridades húngaras que dicha transformación fuera posible por tratarse de una sociedad extranjera, estableció que la operación debería permitirse. Podría pensarse que la negativa de las autoridades húngaras se ajustaría a la posibilidad recogida en *Cartesio* en el sentido de que la transformación debería ser admitida por el Derecho del Estado al que se trasladaba la sociedad; pero en *VALE* el Tribunal de Luxemburgo añadió que no podía darse una diferenciación entre las transferencias internas e internacionales, por lo que de ser posible la transferencia de domicilio dentro de Hungría debería admitirse también dicha transferencia si la sociedad provenía de otro Estado miembro. De esta forma, la

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona.

¹ STJ (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, As. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*

² STJ (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, As. C-378/10, *VALE Építési Kft.*

combinación del *obiter dicta* de *Cartesio* y de la doctrina de *VALE* configuraba un derecho de transformación societaria sobre la base de la libertad de establecimiento con una enorme potencialidad.

Faltaba, sin embargo, una decisión que abordara de manera directa el caso que solamente en forma hipotética se planteó en *Cartesio*; esto es, el contraste con la libertad de establecimiento de la normativa del Estado de origen de la sociedad que prohibiera o limitara la transferencia de domicilio estatutario de la sociedad con transformación de la misma en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro de la UE. Como acabamos de ver, en *Cartesio* este supuesto era una mera especulación y en *VALE* lo que se examinaba era el Derecho del Estado de destino de la sociedad, no la legislación del Estado de origen de la misma.

La Sentencia *Polbud* nos da la posibilidad de entrar en este análisis³. El caso se ocupa de una operación de transformación de una sociedad polaca en luxemburguesa; transformación que implicaba el traslado de su domicilio a Luxemburgo. La sociedad polaca adoptó el acuerdo de traslado y transformación. Sobre la base de tales acuerdos solicitó la cancelación de su inscripción en el registro polaco; pero esta cancelación le fue denegada porque de acuerdo con el Derecho polaco la sociedad debería liquidarse como consecuencia de su traslado al extranjero. *Polbud* se niega a proceder a dicha liquidación, que no se corresponde con su propósito de continuar su actividad en otro Estado miembro de la UE.

A partir de aquí, ha de determinarse si esta exigencia de liquidación supone una restricción a la libertad de establecimiento y, en su caso, si está justificada. De esto se ocupa la Sentencia de 25 de octubre de 2017; una sentencia que, como veremos, se aparta significativamente de las conclusiones presentadas por la Abogado General Kokott⁴, y confirma lo que ya se había adelantado en *Cartesio*, que el derecho a la libertad de establecimiento incluye la facultad de las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de un Estado miembro a transformarse en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro.

II. EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

Tal como se ha adelantado, este derecho de transformación había sido reconocido en la Sentencia *Cartesio* de forma sorpresiva⁵, porque, según hemos comentado, en aquella decisión no se planteaba ninguna transformación societaria. Es decir, el Tribunal de

³ ECLI:EU:C:2017:804.

⁴ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 4 de mayo de 2017.

⁵ Vid. LEIBLE, S., “El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento”, en ARENAS GARCÍA, R./GÓRRIZ LÓPEZ, C./MIQUEL RODRÍGUEZ, M. (coords.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 103-200, pp. 116-118; quien enfatiza el carácter “sorprendente” de la decisión.

Luxemburgo fue más allá de lo que se le preguntaba en un tema, además, que era en aquel momento fuente de alguna polémica, puesto que los trabajos para la elaboración de una Decimocuarta Directiva en materia de transferencia internacional del domicilio social se encontraban paralizados y, por tanto, bloqueada la posibilidad de dicha operación sobre la base del Derecho derivado de la UE. De esta forma, el *obiter dicta* del Tribunal de Luxemburgo fue el equivalente a un “empujón” –a la postre, infructuoso- al legislador europeo, que veía como las sociedades, aun no existiendo legislación en la materia, podrían exigir que sus operaciones de transformación internacional fuesen admitidas, máxime cuando tras la Sentencia *VALE* resultó que los diferentes Derechos nacionales no eran completamente libres de restringir dicha operación en tanto que destino de la sociedad transformada. De esta forma, una vez establecido el derecho a la transformación, la ausencia de regulación tan solo supondría un aumento de la inseguridad jurídica, por lo que parecía que tras la Sentencia *Cartesio* sería conveniente que el legislador europeo retomara los trabajos para la elaboración de esa Decimocuarta Directiva en materia de Derecho de sociedades⁶.

No ha sido así, sin embargo, por lo que son susceptibles de plantearse problemas como los que son abordados en la Sentencia *Polbud*, y que ya no tienen que ver tanto con el principio, la posibilidad de la transformación societaria internacional, que parece consolidado y, además, de forma expresa tras esta decisión; sino con las concreciones de este principio.

Debemos pues, asumir que el derecho a la libertad de establecimiento incluye la posibilidad de que una sociedad creada de acuerdo con lo establecido en el Derecho de un Estado miembro se transforme en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro. Se pueden, sin duda, plantear dudas sobre el rigor formal de esta deducción del Tribunal de Luxemburgo; pero no incidiremos en ellas, puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece consolidada en este punto⁷. Dando esta jurisprudencia por sentada resultará que cada sociedad constituida en un Estado miembro gozará de la posibilidad de transformarse en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro, lo que, a su vez, implicará la obligación para el primer Estado de dejar de considerar a la sociedad como propia una vez que se ha producido la transformación.

Este no es un tema que se plantee de manera directa en el caso *Polbud*, pero que se deriva de su solución. Al fin y al cabo, en el supuesto sobre el que ha de conocer el Tribunal la transformación ya se había producido y *Polbud* se había convertido en una sociedad luxemburguesa. Ahora se trataba tan solo de determinar la posibilidad de aplicar ciertas

⁶ *Ibidem*, pp. 123-124.

⁷ Para una crítica a esta jurisprudencia desde la perspectiva de la necesidad de una cierta convergencia entre la libertad de establecimiento de las personas físicas y jurídicas me remito a ARENAS GARCÍA, R., “Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia”, en GÓRRIZ LÓPEZ, C./ARENAS GARCÍA, R. (coords.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 15-43, esp. pp. 37-38 y 41-42.

disposiciones del Derecho polaco a la mencionada sociedad; en este supuesto las relativas a la liquidación de la misma; pero hipotéticamente podría plantearse en relación a cualquier otra disposición de la legislación del Estado de origen de la sociedad. El que el Estado de constitución de la sociedad pudiera seguir pretendiendo que dicha sociedad continuaría rigiéndose por su Derecho sería equivalente a no admitir la transformación y, por tanto, contravendría las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo. Esto es, previsiblemente cualquier pretensión de continuar aplicando tras la transformación la legislación del Estado de origen sería incompatible –en principio– con la doctrina del Tribunal de Justicia sobre transformación societaria. Ahora bien, este “en principio” es necesario porque como veremos enseguida resultará inevitable que incluso tras la transformación alguna relevancia siga teniendo el Derecho del Estado de origen de la sociedad.

Evidentemente, en el caso controvertido, lo relativo a la exigencia de liquidación de la sociedad, es claro que resulta especialmente gravoso para la sociedad y es por eso que en la sentencia ni siquiera existe un desarrollo que justifique el perjuicio que para la sociedad resultaría de tal liquidación; perjuicio que implicaría una limitación a la transformación y, por ello, también una restricción a la libertad de establecimiento. Es claro que exigir la liquidación es equivalente a no reconocer la transformación y, por tanto, incompatible con la libertad de establecimiento. Cualquier otra aplicación del Derecho del Estado de origen que suponga ese no reconocimiento debería seguir la misma suerte que las reglas relativas a la liquidación de la sociedad y resultarán inadmisibles, pero podemos encontrarnos también ante casos más difíciles.

Hay que tener en cuenta que la propia transformación supone la aplicación sucesiva (sino cumulativa) de la normativa del Estado de origen y del Estado de destino de la sociedad, y no es descartable que se produzcan problemas. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Estado de origen, es previsible que tal cancelación haya de producirse una vez que la sociedad ya se ha transformado en una forma societaria del Estado de destino –como en el caso *Polbud* por ejemplo–; pero forzosamente tal cancelación deberá efectuarse según las reglas del Estado de origen, aunque tales reglas deberán ajustarse a las exigencias de la libertad de establecimiento. Es decir, en el futuro deberá determinarse qué normas del Estado de origen y del Estado de destino deberán ser aplicadas teniendo en cuenta que ha de partirse de la posibilidad de la transformación y de la necesidad de su reconocimiento. Ya no se tratará tanto de determinar el ámbito de aplicación de ambos Derechos a partir de mecanismos conflictuales como de la verificación de la compatibilidad material de los distintos preceptos con la regla según la cual las sociedades regidas por el Derecho de un Estado miembro han de poder transformarse en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro. Especialmente interesante puede ser el contraste con estas exigencias de las mayorías que puedan exigirse para adoptar el acuerdo de transformación. ¿Podrían ser unos requisitos excesivamente rigurosos contrarios a la libertad de establecimiento? Imagino que en el futuro nos encontraremos con casos en los que deberá resolverse esta cuestión. Volveremos sobre esto en el epígrafe IV.

III. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y ACTIVIDAD ECONÓMICA

Desde la decisión que cambió todo el DIPr de sociedades en la UE, la Sentencia *Centros*⁸, se ha planteado la conexión entre libertad de establecimiento de sociedades y realización de actividades económicas. La idea es que en tanto en cuanto la libertad de establecimiento es una libertad económica no debería considerarse como establecida en un determinado país a una sociedad que no realiza actividades económicas en el mismo. Esto tiene consecuencias, por ejemplo, en lo que se refiere a la diferenciación entre establecimiento principal y secundario de la sociedad, no pudiendo ser considerado como establecimiento principal el que se ubica en un Estado en el que la sociedad no realiza actividades económicas⁹, y podría tenerlas también en materia de transformación societaria, tal como puede apreciarse en la Sentencia que comentamos.

Para considerar esta dimensión tenemos que dirigir la mirada a las Conclusiones, ya que en la Sentencia no se incluyen prácticamente referencias a esta cuestión, de la que si se ocupan con detalle las Conclusiones de la Abogado General Kokott.

La duda que se plantea es la de si la transformación de la sociedad polaca en luxemburguesa implica un traslado de la actividad de la sociedad a Luxemburgo. La Abogado General no se pronuncia sobre si en realidad se ha producido o está planeado producirse este cambio en la ubicación de la actividad económica de la sociedad; sino que aporta la respuesta que habría de dar en uno y en otro caso. Según ella, en el supuesto de que la transformación no vaya acompañada de la realización de actividades económicas en Luxemburgo no se aplicarían las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento. Estas solamente deberían tenerse en cuenta si el traslado implica también la realización de actividades económicas en el Estado de destino.

Sin duda existen razones para apoyar esta perspectiva en el Derecho de la UE; que de prosperar limitaría significativamente el alcance de la proyección de la libertad de establecimiento sobre las operaciones de transformación internacional de la sociedad; pero no debe sorprendernos que el Tribunal de Luxemburgo rechace de plano esta distinción y mantenga que la libertad de establecimiento se aplica también a aquellos casos en los que una sociedad se constituya en un Estado en el que no desarrollará actividades económicas¹⁰. Para ello el Tribunal se remite a la doctrina resultante de la Sentencia *Centros*, confirmando que la constitución de una sociedad en un Estado en el que no desarrollará ninguna actividad económica es una manifestación de la libertad de establecimiento. Esta idea, trasladada a los supuestos de transferencia internacional de la sede social, implica que también se incluye dentro de la libertad de establecimiento

⁸ STJ de 9 de marzo de 1999, As. C-212-97, *Centros Ltd y Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*.

⁹ Aquí es de cita obligada el trabajo que analizó esta perspectiva en relación a la Sentencia *Centros*, SÁNCHEZ LORENZO, S., “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 115-157.

¹⁰ *Vid.* núm. 38 de la Sentencia.

cualquier caso de transformación incluso aunque la sociedad no desarrolle ninguna actividad en el Estado de acuerdo con cuyo Derecho se ha transformado.

La conclusión de lo anterior es que los operadores jurídicos no solamente podrán elegir en el momento de la creación de la sociedad el Derecho que prefieran de entre los de los Estados miembros para la constitución; sino que durante la vida de la sociedad podrán cambiar con total libertad dicho Derecho, siempre que lo permita el Derecho del Estado de destino de la sociedad, y teniendo en cuenta que las limitaciones que pudiera establecer el Derecho de este Estado también tienen que estar justificadas a la luz de los principios de la libertad de establecimiento (Sentencia *VALE*).

IV. ¿JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES?

La confirmación de lo anterior en la Sentencia *Polbud* implica que cualquier limitación a la transformación de la sociedad o matiz a su reconocimiento en el Estado de origen de la sociedad será una limitación a la libertad de establecimiento. Ahora bien, no podemos olvidar que, como hemos visto en el epígrafe II anterior, forzosamente algunas fases de la transformación habrán de regirse por el Derecho del Estado de origen, lo que obligará a contrastar la adecuación de estas regulaciones con la libertad de establecimiento.

En esta Sentencia se recogen los criterios que han de aplicarse para verificar la justificación de una medida que restrinja la libertad de establecimiento de las sociedades¹¹, y que son conocidos: la limitación ha de estar justificada por una razón imperiosa de interés general, es preciso que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo pretendido y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo¹². En el caso de la liquidación de la sociedad es obvio que no podría justificarse la medida. El fin que se alega –la protección de los intereses de socios minoritarios y acreedores– es de interés general y merece protección; pero ha de justificarse de qué manera la liquidación forzosa de la sociedad responde a este fin y resulta una medida adecuada para conseguir tal protección. El carácter general e indiscriminado de la exigencia en la legislación polaca, desvinculado del análisis de la protección que ofrece para socios y acreedores es suficiente para que el Tribunal rechace que la medida esté justificada¹³.

El principio que descansa en el contraste que realiza el Tribunal será de interés para los legisladores; que a partir de ahora deberán examinar desde esta óptica la regulación de la transformación societaria internacional en sus propios ordenamientos. Sería poco inteligente no proyectar sobre cada concreta exigencia en esta regulación los criterios del Tribunal de Luxemburgo en lo que se refiere a la justificación de las medidas restrictivas de la libertad de establecimiento de las sociedades. De no hacerlo así se podrían encontrar con una corrección por parte del Tribunal de Luxemburgo.

¹¹ *Vid.* núms. 52 a 65 de la Sentencia.

¹² *Vid.* núm. 52 de la Sentencia.

¹³ *Vid.* núm. 58 de la Sentencia.

V. CONCLUSIÓN

La Sentencia *Polbud* da pie al Tribunal de Luxemburgo para decidir a título principal lo que ya había adelantado en el famoso *obiter dicta* de la Sentencia *Cartesio*. El derecho de transformación societaria forma parte de la libertad de establecimiento y, además, se configura con independencia de que la sociedad que se transforma desarrolle o no actividades económicas en el Estado de destino.

La necesidad por parte del Estado de origen de admitir la transformación deberá ser tenida en cuenta en la regulación de la transformación societaria. No solamente ésta deberá admitirse, sino que no podrán incluirse en la regulación exigencias que supongan o el no reconocimiento de la transformación o una limitación a la misma que no pueda pasar el estricto test del Tribunal de Luxemburgo en lo que se refiere a restricciones justificadas de la libertad de establecimiento.

En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo sigue construyendo, al margen del legislador europeo, un Derecho internacional de sociedades cada vez más completo. El nuevo paradigma del juez legislador encuentra en este ámbito uno de sus ejemplos más llamativos.

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

Guillermo Palao Moreno*

I. HECHOS

Los hechos sobre los que fundamenta la decisión objeto de comentario fueron, de forma resumida, los siguientes: una ciudadana de doble nacionalidad británica y egipcia contrajo matrimonio con un nacional español en Las Vegas (Nevada, Estados Unidos) en 2008. A partir de ese momento los elementos fácticos ya no resultan tan sencillos de relatar. A criterio de la esposa el matrimonio trasladó su domicilio a Dubai, donde ella era propietaria de una vivienda y el marido figuraba inscrito en el correspondiente registro consular. Siempre según su relato, sería en dicho país donde habrían fundado una empresa en 2009 en la que él desempeñaría labores gerenciales, precisando una licencia al efecto que habría renovado en 2015. El marido, sin embargo, puso el acento en la existencia de residencia de ambos en una vivienda de su propiedad en Selorio (Villaviciosa), desde la que habría desarrollado su actividad mercantil –con vinculación con más de 11 mercantiles- y donde se habrían producido diversos episodios de violencia de género – que condujeron a la presentación de la oportuna denuncia por parte de la mujer-. Lo que parece ser cierto y ambos coinciden, es que entre un lugar y otro se sucedieron diversas estancias por parte de ambas –principalmente, desde 2012-, siendo que las constantes desavenencias entre ellos condujeron a que el varón presentara una demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia de Villaviciosa (en junio de 2015, con Sentencia de diciembre de ese mismo año) que habría sido recurrida por ella ante la Audiencia Provincial de Gijón (que dictó Sentencia en mayo de 2016) y que, con posterioridad, fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo (en adelante, TS)¹.

II. CUESTIONES SUSCITADAS

Nuestro Alto Tribunal se enfrentó en esta decisión y de manera principal (en concreto en su Fundamento de Derecho 3.3), a la determinación de si el marido contaba con una residencia habitual de seis meses previa a la presentación de la demanda en nuestro país que le permitiera acudir a las autoridades judiciales españolas, en virtud del foro consagrado en el artículo 3.1, a) del Reglamento (UE) núm. 2201/2003 (en adelante, Reglamento Bruselas II *bis*). Una cuestión de singular importancia que trató con la atención que merece y que será analizada de forma individualizada en el siguiente

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat de València.

¹ ECLI: ES:TS:2017:4113.

apartado. Sin embargo, para llegar a este extremo, nuestro juzgador igualmente se ocupó de ciertos extremos de cierta transcendencia que han de ser destacados. De entre ellos, sobresalen aquellos relativos a la propia aplicabilidad del Reglamento Bruselas II bis al caso, las relaciones que mantiene dicho instrumento con nuestro sistema autónomo plasmado en el artículo 22.3 Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), así como la relación que mantienen los distintos foros que contiene el artículo 3 del mencionado Reglamento.

A este respecto y, para empezar, se ha de partir de la adecuada aplicación del instrumento europeo al caso que nos ocupa –como se verá seguidamente- y la innecesaria alegación *ad abundantiam* de la LOPJ que se aprecia en las diversas instancias del proceso (en concreto, su artículo 22.3) para justificar la competencia de nuestra jurisdicción –algo que resulta incorrecto, a todas luces, pero no extraño en nuestra jurisprudencia-. Establecido este punto, la primera cuestión que mencionó el Tribunal Supremo (en el punto 1º del FD 3.3) versó sobre el posible control de oficio de los foros que contiene el Reglamento Bruselas II bis –aun cuando fuera la esposa quien habría reclamado este control, al solicitar la incompetencia de la jurisdicción española-, afirmando finalmente esta posibilidad –aunque sin citar el artículo 17 que contempla esta posibilidad-. Algo que resulta plenamente aceptable, en atención a lo previsto en el citado precepto, y más en las circunstancias en las que se desarrolló el caso².

Clarificado ese extremo, en segundo lugar, nuestro Alto Tribunal se centró en la cuestión de determinar la aplicabilidad al caso del mencionado Reglamento, en detrimento de la LOPJ (FD 3.3, punto 2º). Para ello se centró en analizar las previsiones de los artículos 6 y 7 del instrumento europeo. En particular se concentró en comprobar si, de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 7 “competencia residual”, se pudiera o no acudir a los foros establecidos en los precedentes 3 a 5. Algo que le llevó a enfrentarse a la cuestión central de si el esposo contaba con una residencia habitual como la prevista en el artículo 3.1, a), que le permitiera demandar ante nuestras autoridades judiciales (FD 3.3, punto 3º). Al respecto, si bien la aproximación llevada a cabo resulta en principio acertada –téngase en cuenta, sobre esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el Asunto *Sundelind López*³-, éste debería haberse recurrido directamente a lo establecido en el precepto anterior –esto es, el 6 “competencia exclusiva”-. Así las cosas, tal y como se ha expuesto al inicio, la esposa contaba con doble nacionalidad británico-egipcia, resultando pues suficiente con la detención de la primera a efectos de la aplicación del Reglamento (como dispuso el TJUE en el asunto *Haad*⁴). En consecuencia, tendría que haber sido su artículo 6 el finalmente empleado, para llegar a la conclusión de que el tribunal español resultaría competente a la luz de los foros incluidos en los artículos 3 a 5, pero no lo podría ser en

² Vid. MANKOWSKI, P., “Article 17”, en MAGNUS. U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Sellier, Munich, 2012, pp. 201-209, p. 206-208.

³ STJCE, de 29 de noviembre de 2007, en el Asunto C-68/07, *Sundeldin López* (ECLI:EU:C:2007:740).

⁴ STJCE, de 16 de julio de 2009, en el asunto c-168/08, *Hadadi* (ECLI:EU:C:2009:474).

virtud de las normas de competencia judicial internacional contenidas en la LOPJ –por el carácter exclusivo de los primeros-, en tales circunstancias⁵.

Ahora bien, y en tercer lugar, una vez resueltas las dudas relativas a las relaciones que mantienen ambos instrumentos y la aplicación *in casu* del Reglamento Bruselas II bis, se suscitó por parte de la esposa la eventual vulneración del artículo 24 de nuestra Constitución. Y ello, debido al carácter alternativo de los foros que establece el artículo 3 del instrumento europeo, así como por la posibilidad de que esta circunstancia derivara en un supuesto de *fórum shopping* contrario a su derecho a la tutela judicial efectiva, como habría denunciado la doctrina⁶.

Nada más lejos de la realidad. Así, tal y como nos recuerda el Alto Tribunal (FD 3.3, punto 6º) y se explica con claridad en el “Informe Borrás” al Convenio que sirvió de precedente al actual Reglamento Bruselas II bis⁷, la opción por una serie de foros alternativos y disponibles para el demandante responde a un compromiso político plenamente deliberado, que en nada perjudican a los intereses de la parte demandada ni genera su indefensión –entre otros motivos, porque se ven apoyados por el hecho de que los criterios de atribución que emplea se encuentran fundamentados en la existencia de una conexión efectiva y real entre tal persona y un Estado miembro-. Una conclusión que, a su vez, se ha visto posteriormente confirmada por la jurisprudencia del TJUE en el Asunto *Mikolajczyk*⁸ y que recoge nuestro Tribunal Supremo desmintiendo que su hubiera producido tal vulneración. A lo que añado con total claridad y acierto que, caso de que dicha multiplicidad de foros alternativos fomentara el *forum shopping*, ello “no sería motivo suficiente para dejar de aplicar la norma” (FD 3.3, punto 4º), toda vez que además no condujo a una atribución desconectada de forma no razonable o exorbitante de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales. Y ello, ya que la misma no resultaba ni imprevisible para la esposa, ni se encontraba escasamente vinculada al litigio.

⁵ Al respecto, sobre el precedente al actual Reglamento, ESPLUGUES MOTA, C., *Divorcio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 40-41. También, FALLON, M., “Article 6”, en CARNELOUP, S. (dir.), *Droit européen du divorce*, Lexis Nexis, Paris, 2013, pp. 261-272, pp. 267-272.

⁶ Sobre esta cuestión, MEEUSEN, J., “System shopping in European Private International Law in Family matters”, en MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M, STRAETMANS, G. y SWENNEN, F. (eds.), *International Family for the European Union*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2007, pp. 239-278, pp. 260-265.

⁷ “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona”, *DOCE* núm. C 221, de 16 de julio de 1998, apartados 30 a 34.

⁸ STJUE, de 13 de octubre de 2016 en el Asunto C-294/15, *Mikolajczyk* (ECLI:EU:C:2016:772), en su apartado 47.

III. EL FORO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL DEMANDANTE

Ahora bien, sin restarle importancia a los extremos expuestos en el apartado anterior, la cuestión fundamental que se suscitó ante nuestras autoridades judiciales, fue saber si el demandante español había residido en España durante los seis meses anteriores a la presentación de su demanda, a efectos de poder afirmar –en virtud de lo establecido en el artículo 3.1, a) del Reglamento Bruselas II bis- que la jurisdicción española resultaba internacionalmente competente para conocer de la demanda de divorcio. Y ello, en último extremo, para confirmar tanto la correcta aplicación de este foro de competencia judicial internación al caso analizado, como la del propio instrumento europeo. Un extremo que fue puesto en tela de juicio en su contestación de la demanda por la esposa –así como presentado en sus distintos recursos posteriores-, alegando la “errónea, ilógica y arbitraria” valoración de la prueba que había conducido a dicha conclusión –solicitando la impugnación de la competencia de la jurisdicción española-. Una afirmación que, debido a su trascendencia, obligó a nuestro juzgador a centrarse en determinar si efectivamente se podía entender que el marido había contado con tal vinculación con nuestro país y, por consiguiente, enfrentarse a la compleja cuestión de delimitar el concepto de residencia habitual en relación con este caso.

A este respecto y como es bien sabido, la concreción de la residencia habitual de una persona a efectos de concretar la jurisdicción en materia de disolución matrimonial internacional –en relación con un instrumento como el Reglamento Bruselas II bis- no resulta una tarea sencilla. En este sentido, tratándose de una noción con una base fáctica innegable, ha de contar necesariamente con una delimitación autónoma e independiente por parte de TJUE (así el FD 3.3., en sus puntos 4º y 5º). La cual habrá de adaptarse a las circunstancias que posea cada caso, no resultando conveniente “petrificarla” por medio de una definición uniforme –en este sentido, además, los trabajos de reforma de este Reglamento que se están llevando a cabo en la actualidad, que tampoco incorporan una definición y dejan intacto este precepto al respecto de la cuestión aquí abordada⁹;- cabiendo únicamente llevar a cabo una aproximación general que se vería acompañada del establecimiento de factores orientativos para el juzgador que se viera en la tesitura de aplicar este precepto. Esta es, en efecto, la postura que adoptó el Tribunal Supremo, recordando asimismo que la delimitación de esta noción no tenía por qué coincidir con la regulación del domicilio que lleva a cabo nuestro legislador en el artículo 40 CC -el cual no se vería infringido- (FD 4). Así las cosas, resulta encomiable la aproximación y análisis que lleva a cabo a la jurisprudencia del TJUE en la materia (principalmente al STJUE en el antes citado asunto *Mikołajczyk*, en sus numerales 44 a 50), al igual que la decisión adoptada por otros tribunales de ciertos Estados miembros -y que cita en su FD 3.3, 7º-.

El resultado de este análisis jurisprudencial, vinculándolo a los hechos que se le habían presentado, tuvo como resultado razonable el de estimar que el marido sí que contaba con

⁹ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), COM (2016) 411 final.

esa antelación de seis meses en su residencia habitual en nuestro país –anteriores a la presentación de la demanda de divorcio-, resultando plenamente aplicable el artículo 3.1, a) del Reglamento Bruselas II *bis* –recordar que la errónea mención a la LOPJ ya ha sido criticada con anterioridad-, así como estimada de forma adecuada la competencia judicial de nuestras autoridades judiciales. En este sentido, hay que tener presente que tanto en el “Informe Borrás”¹⁰, como según se deriva de la jurisprudencia emitida por el TJUE –principalmente en relación con menores- la residencia habitual se situaría donde la persona hubiera establecido su “centro habitual o permanente de intereses”¹¹, de manera sustancial y no formal –como sería la inscripción en un registro oficial, el domicilio fiscal, o constar en un censo electoral-, teniendo en cuenta criterios objetivos, reales y serios –sin preponderar ninguno de ellos sobre el resto, sino estimados en conjunto y para cada caso particular-. Entre tales factores objetivos –y ante la falta de aproximación a los mismos por parte de TJUE, en relación con adultos-, la jurisprudencia de los Estados miembros han tomado en consideración elemento como: el lugar de celebración del matrimonio o de empleo, donde los hijos están escolarizados o se contribuye a la seguridad social, la tenencia de préstamos o de propiedades inmuebles, el permiso de conducir, la recepción de correo importante como el bancario, la existencia de relaciones personales o administrativas¹².

Así las cosas, y examinados los hechos aportados por el marido en el caso que nos ocupa –entre los que se encontraban, su actividad empresarial y profesional, adaptado a la movilidad de los cónyuges y, por tanto, sin exigir su exclusividad- el Tribunal Supremo concluyó acertadamente (FD 3.3., punto 8º) que en el caso examinado la residencia habitual anterior de 6 meses se situaba en España, sin empañar esta afirmación la panoplia de indicios –casi en su totalidad de carácter formal- que alegó la esposa para tratar de excepcionar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales –aunque de forma infructuosa-. Algo que le permitió recurrir a este foro para justificar la competencia de nuestra jurisdicción.

Por último, cuestión a parte y estrechamente vinculada al recurso que se hizo al foro de la residencia habitual en el caso presente, fue la crítica que lanzó la esposa recurrente en casación, contra la posibilidad de *fórum actoris* que instaura el foro empleado. De nuevo nos encontramos con una consideración basada en las críticas que la doctrina había ido vertiendo sobre determinados extremos del Reglamento Bruselas II *bis* –como sucedía, recordemos, con la eventual incertidumbre y conculcación de la tutela judicial efectiva del demandado que implica el carácter alternativo (para el demandante) de los foros

¹⁰ *Op. cit.*, apartado 33.

¹¹ Esta misma aproximación conceptual se encontraba ya presente con anterioridad en otros ámbitos normativos, como se observaba en la STJCE, de 15 de septiembre de 1994, en el asunto C-452/93, *Pedro Magdalena Fernández c. Comisión de las Comunidades Europeas*, en su apartado 22 (ECLI:EU:C:1994:332).

¹² Al respecto, puede consultarse la base de datos jurisprudencial elaborada en el marco del proyecto europeo EU “EUFAM’S” JUST/2014/JCOO/AG/ CIVI/7729, disponible a través de: <http://www.eufams.unimi.it/2017/09/26/eufams-database-26-09-17/>

establecidos en el artículo 3-, con el objetivo de atacar su aplicación efectiva. No obstante, como sucedía con la alternatividad de los foros propia del precepto mencionado, también se trataba en este caso de un riesgo perfectamente calculado y previsto por el legislador europeo.

De tal manera que, a pesar de romper con la aversión que existe hacia este foro –con carácter general- en los instrumentos europeos en materia de Cooperación Judicial Civil y su preferencia por el *fórum rei*, su utilización se encuentra plenamente prevista y disponible, y se vería justificada por atender a los supuestos en los que el nacional de un Estado miembro regresa al mismo tras la crisis matrimonial y se reintegra en su país de origen –viéndose así vinculado a dicho foro tanto por el criterio legal de detentar tal nacionalidad, como el fáctico de llevar residiendo en el mismo por un lapso de seis meses de forma previa a presentar su demanda¹³. En consecuencia y como destaca el Tribunal Supremo con acierto (FD 3.3, punto 6º), pese a las críticas que en abstracto pudiera suscitar el recurso al *fórum actoris*, el legislador europeo lo incorporó al elenco de foros disponibles de manera justificada, resultando perfectamente previsible y plenamente aceptable en este supuesto –resultando a su vez coherente con el principio de proximidad razonable¹⁴.

IV. VALORACIÓN

Con carácter general, se ha de aplaudir el resultado alcanzado en la decisión comentada¹⁵. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo aplica correctamente el Reglamento Bruselas II bis, haciendo gala de un profundo conocimiento del instrumento europeo y de la jurisprudencia que lo ha interpretado –incluida la comparada, además de la del TJUE-, dentro de nuestro sistema de Derecho Internacional privado. Además, nuestro Alto Tribunal aprovecha para apuntalar cuestiones básicas relativas a la aplicabilidad del instrumento europeo, las relaciones que mantienen los foros que contiene, así como la delimitación de los conceptos que utiliza. Así que, además de ajustado a Derecho, el fallo sobre sale por su alto valor didáctico de cara a las autoridades judiciales españolas.

¹³ Así, “Informe Borrás”, *op.cit.*, en su apartado 33. También, ARENAS GARCÍA, R., “Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 21-50, pp. 39-40; en relación con su precedente, PALAO MORENO, G., “Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes” en PARRA ARANGUREN, F. (ed.), *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 308-354, pp. 334-335. Sin embargo, BOELE-WOELKI, K. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Impact and Application of the Brussels II bis Regulation: comparative synthesis”, en BOELE-WOELKI, K. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (eds.), *Brussels II bis. Its Impact and Application in the Member States*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2007, pp. 23-40, pp. 32-33.

¹⁴ Sobre el mismo, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 72-75.

¹⁵ También TORRALBA MENDIOLA, E., en su comentario a esta decisión, “La residencia habitual del demandado como criterio para establecer la competencia judicial internacional en un litigio en materia de divorcio”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 2018, núm. 16.

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 apoyada¹. 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 peculiares². 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 [Ref. DER2016-77190-R].

¹ ECLI:EU:C:2017:988.

² 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 III³. 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

³ 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 nacional⁴.

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 impide⁵. 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

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

⁵ 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 III⁶. 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?⁷

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 interesasen⁸.

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 convenio⁹. Pero parece que la remisión incondicionada a Roma III más la jurisprudencia del TJ¹⁰ 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

⁶ No lo entiende así, GÖSSL, S. L., *loc. cit.*, p. 70.

⁷ 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).

⁸ 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.

⁹ *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.»

¹⁰ 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*¹¹ 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 planteado¹².

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!¹³ 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 conflictual¹⁴ ¿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

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

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ *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?¹⁵

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. 107.2¹⁶. 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 norma¹⁷. 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 III¹⁸. 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 doctrinal¹⁹.

¹⁵ 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.

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

¹⁷ 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).

¹⁸ *Supra* nota 4.

¹⁹ 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.

¿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 VIUEDAD ENTRE LAS DOS ESPOSAS DE UN TRABAJADOR MARROQUÍ POLÍGAMO

Ana Quiñones Escámez*

I. LA SENTENCIA Y EL VOTO PARTICULAR

La STS, Sala Tercera (C-A), Sec. 4ª, de 24 de enero de 2018²⁰, reconoce la pensión de viudedad a la segunda esposa de un marroquí polígamo. La pensión, que ya tenía conocida la primera esposa (STSJ de Madrid de 21 de julio de 2016), se distribuirá a partes iguales entre las dos viudas. El régimen que regula los derechos sociales del asegurado marroquí, que percibió una paga del Estado español al haber sido soldado en el Sahara, es el previsto en el régimen de clases pasivas del Estado (RDLeg. 670/1987, de 30 de abril). No es el régimen previsto en el Convenio bilateral hispano-marroquí sobre Seguridad Social, de 8 de noviembre de 1979²¹. Sin embargo, el STS considera en su Fundamento Sexto 2º que cabe “por extensión” aplicar el art. 23 del citado Convenio al trabajador marroquí [“el artículo 23 del Convenio (...), por la posición jerárquica que tiene en nuestro ordenamiento jurídico (...) y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la CE, permite que por vía interpretativa se pueda ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español que tenga origen marroquí, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la legislación marroquí”]. En el voto particular que formula el magistrado J.L. Requero Ibáñez, y al que se adhiere J. Rodríguez Zapata Pérez, se mantiene que el art. 23 del Convenio no es de aplicación al caso y que subsisten motivos de orden público que justifican la denegación de la pensión a la segunda esposa [“...la llamada que hace la Abogacía del Estado y la sentencia impugnada al orden público es relevante y debería llevar, más bien, (a) una aplicación no expansiva, no integradora, sino restrictiva de lo previsto en ese Convenio en relación al artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas.”]. Es de destacar, que, con anterioridad, la STS, Sala Tercera, C-A, Sec. 1.ª, de 8 de enero de

* Catedrática de Derecho internacional privado en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

²⁰ TS, Sala Tercera, de lo C-A, Sec. 4ª, de 24 de enero de 2018 (Roj: STS 121/2018 - ECLI: ES:TS:2018:121. Id Cendoj: 28079130042018100017. Ponente: FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, A.J.).

²¹ Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998. (En vigor desde 1 de octubre de 1982) (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982) (y BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 2001).

2018 acogió la tesis del interés casacional del recurso para formar jurisprudencia por las divergencias existentes en los TSJ y, en concreto, respecto al reconocimiento de pensión a las viudas en el régimen de clases pasivas.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

El estado civil de las personas tiene incidencia en las *prestaciones de muerte y supervivencia*. El derecho de la seguridad social establece la lista de beneficiarios, pero es el derecho civil el que determina la existencia del vínculo familiar requerido. Cuando se trata de un supuesto interno la cuestión se solventa dentro del mismo ordenamiento jurídico. Pero cuando el supuesto presenta elementos de extranjería son las normas de derecho internacional privado las que determinan el ordenamiento jurídico (y el derecho civil) aplicable. Así, supuestos como el que sirve de base a la STS, relativo al matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero, ha venido sirviendo a los profesores de derecho internacional privado para advertir a los estudiantes acerca de la falsa apreciación de que el supuesto no interesa al derecho español. La cuestión de la existencia y validez de tales matrimonios puede suscitarse ante nuestras autoridades cuando tras fallecer uno de los esposos se abre su sucesión en España y el otro reclama una parte del caudal hereditario. O, cuando tras fallecer uno de los esposos en un accidente el sobreviviente demanda la indemnización por daños. Y, también, como es el caso que nos ocupa, cuando el cónyuge reclama el percibo de la pensión de viudedad. En el control de la validez del segundo matrimonio de un polígamo, los requisitos de fondo exigen tener en cuenta las leyes personales de los contrayentes y hasta de la primera esposa. Cabría, aquí, apreciar no ya un impedimento bilateral sino trilateral. La aplicación cumulativa de las leyes personales es tenida en cuenta, también, en la doctrina africana²², y por algunos legisladores (v.gr., el art. 34 del C.C. del Gabón de 1972²³). A este resultado podríamos llegar aplicando las normas de derecho internacional privado español. Sin embargo, en el caso que nos ocupa el derecho extranjero aplicable es siempre el mismo: el marroquí. Este regula la formación del matrimonio tanto la forma (*lex loci celebrationis*) como el fondo (art. 9.1 CC) y la nulidad (107 CC). Sea cual fuere la normativa o el sistema de control utilizado (control conflictual o método del reconocimiento o conflicto de autoridades, en algunos países atendiendo a los arts. 9 y 11 del Convenio La Haya) las dos mujeres afectadas tendrían la condición de “cónyuges” conforme a sus respectivas leyes personales y a la *lex loci celebrationis* o *lex auctoris* o *lex matrimonii* en el supuesto que trae causa en la sentencia.

Ahora bien, sea cual fuere el método seguido, el límite del orden público internacional podría ser un obstáculo al reconocimiento de la eficacia de tales matrimonios. Todo y siendo válidos los matrimonios celebrados en Marruecos, podrían no tener la eficacia solicitada en nuestro país si tal resultado atentara al orden público internacional español.

²² BOYE, A.K., “Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au Sud du Sahara”, *Recueil des Cours*, 1993 p.346.

²³ V. GONZALEZ CAMPOS, J.D. y FERNANDEZ ROZAS, J.C., *Derecho internacional privado. Materiales prácticos*, p. 493.

Pero este rechazo al derecho o la institución extranjera requiere ser comprendida y aplicada en el mismo jugo internacional-privatista. Es una excepción que requiere justificar *in concreto* el valor fundamental conculcado como los vínculos existentes con el foro, y dejar sólo a salvo de una aplicación absoluta los contados supuestos de *ius cogens* (v.gr., un contrato de esclavitud) que no admitirían una aplicación relativa. Vayamos por partes.

Primero: La poligamia es una institución importada del extranjero. No sería posible celebrar un segundo matrimonio en el territorio español sin haber disuelto el anterior. Ni entre españoles ni entre extranjeros. Es indiferente que se trate de un matrimonio civil o en forma religiosa (coránica) o un matrimonio consular (art. 5 del Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares). No sería posible la celebración de tal modelo familiar (ni la inscripción, que afectaría a un español). Sólo sería posible reconocer algunos efectos al segundo matrimonio del polígamo celebrado en el extranjero entre extranjeros según fuera lo solicitado y según los vínculos existentes con el foro o el impacto en la sociedad española. En otras palabras, el profesor que ilustró acerca del interés del matrimonio celebrado entre extranjeros en el extranjero, debería redondear la explicación del caso del matrimonio del polígamo con el carácter “excepcional” del orden público internacional español.

La intervención del “orden público internacional” no puede extraerse del derecho de las normas o la práctica sobre nacionalidad ni de las normas de extranjería (reagrupación familiar) ni del territorial Código Penal (delito de bigamia). Más aún, quizás podría impactar a la sociedad española el que hubiera familias que vivieran en poligamia sobre el territorio, pero no parece justificado cuando el efecto solicitado es el reparto de la pensión de viudedad. Fallecido el polígamo, ya no hay poligamia que pudiera impactar a la sociedad española. No es posible, tampoco, invocar “un orden público presupuestario o económico, ya que el trabajador genera una única prestación y lo que se dirime es el reparto entre las viudas, aunque éstas pudieran requerir algún complemento en caso de que la pensión a repartir fuera exigua y residieran en España.

Segundo: El límite del orden público internacional atiende no sólo a la distinción clásica entre el efecto pleno y el efecto atenuado sino a la proximidad o a los vínculos existentes (*Inlandsbeziehung*) con el foro, permitiendo un “orden público reflejo” con respecto a los países que no permiten la poligamia. La dificultad, aquí, reside en la apreciación *in concreto* y circunstanciada de la posible contrariedad con el derecho fundamental a la igualdad de sexos²⁴.

En todo caso, el razonamiento internacional-privatista se vería empañado si no se distinguiera entre lo que es de orden público interno y el correctivo del orden público

²⁴ Respecto a la evolución del límite del orden público internacional, su interacción con los derechos fundamentales y a su aplicación no ciega y al caso concreto, nos remitimos a nuestra monografía, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, y a los autores allí citados. Especialmente a las páginas: 49-65 y 129-138 y 181-184.

internacional español. Si lo que se quiere preservar es el modelo familiar monógamo del foro la tentación existirá de decantarse por un orden público interno (extraído del derecho civil propio) que se extiende incluso a matrimonios celebrados entre extranjeros en el extranjero en un momento en el que el supuesto se encontraba alejado del foro. No cabe olvidar que tales matrimonios se celebraron en un momento y en un lugar en el que no existía vínculo alguno con el foro ni con su ordenamiento jurídico.

Tercero: El valor fundamental que ha de nutrir el orden público internacional es el principio de la igualdad de sexos. Siendo así, habrá que tener en cuenta las expectativas de las esposas o las consecuencias de reconocer o no el efecto solicitado sobre las personas cuya igualdad se pretende proteger. La poligamia es un privilegio marital, pero no es el polígamo el afectado por la merma o la inexistencia de pensión de la viudedad sino sus esposas. Estas no han contraído sucesivos matrimonios sino que se disputan la pensión de viudedad. Cabe atender a sus posibles expectativas según los vínculos existentes con el foro en el momento en el que se celebra el segundo matrimonio.

Cuarto: Para el Derecho extranjero, bajo cuyo amparo se celebraron los matrimonios, el principio de igualdad entre las esposas es el valor a preservar en la percepción de la pensión de viudedad y en la distribución de su cuantía. Cabe deducirlo del trato igualitario que impone el Corán; y, en este caso, del derecho marroquí de corte musulmán. Pero, también, cabe deducirlo de una norma española: el art. 23 del Convenio bilateral, que prevé que la pensión de viudedad se reparta por igual entre las viudas. Sea o no el Convenio de aplicación al caso, el texto ofrece una solución a un supuesto peculiar de cónyuges múltiples, y que es distinto al sistema de prorrata establecido por la normativa de seguridad social para otros supuestos (separados, divorciados, convivientes) que no afectan a matrimonios simultáneos.

Quinto: Teniendo en el punto de mira el límite del orden público internacional español, cabe afirmar que los convenios bilaterales existentes en esta materia permiten extraer que el efecto solicitado (el reparto de la pensión de viudedad entre las esposas) no es, en principio, contrario al orden público internacional español. No sólo cuando se aplique el convenio de manera directa o “por extensión”, como ocurre en la sentencia a fin de no discriminar al trabajador de nacionalidad marroquí sujeto al régimen de clases pasivas, sino en cualquier otro supuesto. Los valores de nuestro ordenamiento que son irrenunciables y exportables al ámbito internacional no dependen de la aplicación directa o por extensión de un convenio bilateral. Sin embargo, nada que contravenga, en principio, el orden público internacional español puede estar previsto en una norma española convencional. La prestación puede sujetarse a reciprocidad (a la existencia de un convenio), pero el orden público internacional español no puede variar y ser distinto cuando es de aplicación un convenio bilateral. Si hay un Convenio que prevé el reparto de la pensión de viudedad entre las esposas de un trabajador polígamo es que el efecto solicitado (pensión de viudedad) no es, en principio y con las condiciones exigidas por el convenio y en los casos que los vínculos con el foro no lo impidan, contrario al orden público internacional.

Sexto: La cuestión reside, en definitiva, en determinar con qué vínculos el efecto solicitado (pensión de viudedad) del segundo matrimonio sería contrario al orden público español, de manera que cabría denegar la pensión de viudedad a la segunda viuda en beneficio de la primera. El vínculo relativo a la “nacionalidad” de los intervinientes, presente en las normas de conflicto (art. 9.2 y 107.1 CC) ya han sido tenidos en cuenta para la validez del matrimonio y pueden igualmente ser tenidos en cuenta por el límite del orden público internacional. La ley personal es entendida en nuestro sistema como la ley nacional (art. 9.1 CC), lo que protegería a la primera esposa española (o de estatuto monógamo) que casara con un marroquí y que volviera a contraer matrimonio en Marruecos. Pero la ley personal es también la de la residencia habitual de la/s esposa/s instalada/s en nuestro territorio. Sería ésta la otra conexión a tener en cuenta en el marco del límite del orden público internacional. La poligamia (poliginia) es un privilegio marital (el marido puede tener hasta cuatro mujeres legítimas, pero no a la inversa) que afecta a la igualdad entre hombre y mujer. No cabe hacer pagar siempre a la segunda esposas sus consecuencias (ella no es la polígama), pues iría en contra del principio que se pretende proteger. Pero si la primera esposa es española (o de estatuto monógamo) o siendo extranjera tiene la residencia habitual en España (o en un país de estatuto monógamo), el segundo matrimonio importado por el trabajador del extranjero podría no tener la eficacia solicitada en España. En este caso, no entraría en las expectativas de la primera esposa que su marido pudiera contraer otro matrimonio en el extranjero.

III. REFLEXIÓN FINAL

La STS y, más aún, el voto particular parecen olvidar que, con independencia de que sea aplicable (o no) el convenio bilateral hispano-marroquí al caso, las disposiciones de dicho convenio han de ser acordes con los valores fundamentales de nuestro ordenamiento. Se extrae de ello que, en principio, no siempre será de orden público internacional el efecto solicitado (reparto de la pensión de viudedad entre las viudas extranjeras del trabajador extranjero polígamo casado en el extranjero) ya que lo prevé una norma española, aunque no sea o no aplicable al caso. El orden público internacional no puede variar si la segunda esposa está casada con un marroquí o con un argelino. De ahí el interés doctrinal que tenía el recurso de casación para la formación de la jurisprudencia ante las discrepancias existentes en estos casos. Sin embargo, la STS no se pronuncia más que extendiendo el Convenio al trabajador marroquí sujeto al régimen de clases pasivas.

A mi entender, bastaría con hacer una interpretación adecuada de los objetivos de los convenios bilaterales suscritos por España, que fueron pensados para atraer trabajadores extranjeros al país manteniendo su situación familiar, y no desconocer los mecanismos del Derecho internacional privado para fijar con qué vínculos con el foro no será posible el reparto de la pensión entre las viudas.

La poligamia (poliginia, en realidad) que es una modalidad matrimonial que, aunque está presente en una cincuentena de países no está generalizada en la práctica, y se ve

contestada no sólo en los países de nuestro entorno, por su carácter discriminatorio (privilegio marital y religioso), sino dentro del mundo musulmán. Así Túnez, país con el que España también firmó un Acuerdo de Seguridad Social el 26 de enero de 2001²⁵, suprimió este modelo familiar interpretando que el Corán así lo alentaba al imponer la exigencia inalcanzable de la igualdad de trato de las esposas. Este cambio en la legislación tunecina ha conllevado que la aplicación del Convenio sea transitoria en este punto. Por el contrario, el Código de familia marroquí (2004) sigue manteniendo este privilegio marital y religioso, aunque permita a la primera esposa el divorcio cuando no esté de acuerdo con que el marido le imponga un segundo matrimonio. De modo que, en el caso marroquí, los matrimonios a los que es aplicable el Convenio bilateral siguen siendo, hoy y lo serán durante un largo período de tiempo, la gran mayoría de los matrimonios de polígamos existentes, pues se celebraron antes de su tímida reforma.

El artículo 23 del Convenio bilateral dispone que la pensión de viudedad sea distribuida, *en su caso*, por partes iguales entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación. Una interpretación estricta de los vínculos con el foro (basados no sólo en la nacionalidad sino en la residencia en el momento en que se contraen los matrimonios) sería acorde con los objetivos y finalidad del Convenio en la materia que, el momento de la firma y de sus sucesivas renovaciones, lo que trataba es de atraer a los trabajadores extranjeros al territorio con el reclamo de proteger los derechos válidamente adquiridos por él y su familia en su país de origen²⁶.

Una interpretación estricta del orden público internacional –independientemente de la aplicación de un convenio en la materia- sería la siguiente: El orden público internacional no actuará frente al reconocimiento de la eficacia del segundo matrimonio celebrado legalmente en el extranjero, a no ser que los contrayentes tuvieran su residencia habitual, en el momento de la celebración, en un país que no permite la poligamia, o que la primera esposa fuera nacional o residente en un país que no la permite. La Resolución del Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Cracovia de 2005²⁷, va en este sentido.

²⁵ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001 (En vigor desde 1 de enero de 2002) (*BOE* núm. 309, de 26 de diciembre de 2001) V. art. 24. Pensión de viudedad compartida: “En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales.”

²⁶ El reconocimiento de los derechos adquiridos por la situación familiar previa se encuentra, también, recogida en el régimen previsto para apátridas y refugiados en el Convenio de Nueva York de 26 de septiembre de 1951 o del Convenio de Ginebra de 18 de julio de 1951 y del art. 1 del Protocolo de 31 de enero de 1967, sobre el Estatuto Jurídico de apátridas y de refugiados.

²⁷ Institut de Droit International Session de Cracovie – 2005, Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille, “3. Les Etats ne devraient pas opposer l’ordre public à la reconnaissance de la validité de principe d’unions polygamiques célébrées dans un Etat admettant la polygamie. Ils ne seront pas tenus de reconnaître ces unions si les deux époux avaient leur résidence habituelle, lors de la célébration, dans un Etat n’admettant pas la polygamie, ou si la première épouse a la nationalité d’un tel Etat ou y a sa résidence habituelle.”

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

Josep M. Fontanellas Morell*

I. INTRODUCCIÓN

No cabe ninguna duda de que el Reglamento de Sucesiones [RS]¹, plenamente aplicable desde el 17 de agosto de 2015, está llamado a erigirse en uno de los grandes pilares del Derecho internacional privado [DIPr] comunitario. La amplitud, diversidad y complejidad de su articulado, sumadas al hecho de que el instrumento regula una materia que se había mantenido al margen de la unificación regional, permiten vaticinar una importante labor interpretativa por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJ/TJUE], que, en puridad, ya está brindando los primeros frutos. Efectivamente, aun dando por descontado que el Reglamento 650/2012 va a servirse, en sectores como la competencia judicial o el reconocimiento de decisiones, de la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo con respecto a instrumentos precedentes, es inevitable que, en otros muchos temas, la Corte europea tenga que fijar su posición. Hasta el momento, el TJ ha dictado dos sentencias a propósito del RS, siendo, a nuestro juicio, muy significativo que en ambas decisiones se discuta la delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento, puesto que, en el DIPr de nuestros días, no hay cuestión que esté cobrando mayor protagonismo que la del encaje, lo más coherente posible, entre los instrumentos comunitarios existentes. En esta línea, el Tribunal de Justicia, luego de abordar, de la mano de la figura del *legatum per vindicationem*, la frontera entre el estatuto sucesorio y el real², se enfrenta, en el caso que nos concierne, a uno de los problemas clásicos de nuestra disciplina: la controvertida naturaleza –sucesoria o matrimonial– de los derechos del cónyuge viudo.

* Profesor agregado de Derecho internacional privado de la Universidad de Lleida. Este trabajo se inscribe en los Proyectos de investigación DER2015-70636-C2-1 y DER2016-75318-P.

¹ Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DOUE*, L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134; corrección de errores, L 344, de 14 de diciembre de 2012, p. 3; y L 60, de 2 marzo de 2013, p. 140).

² Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2017 (asunto C-218-16: *Aleksandra Kubicka*). Sobre la misma, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012», *La Ley Unión Europea*, núm. 55, enero de 2018, pp. 1-21.

II. ANTECEDENTES Y CUESTIÓN PREJUDICIAL

La sentencia del TJUE dimana de la solicitud presentada, el día 16 de junio de 2016, por la Sra. Doris M. L. Mahnkopf, nacional alemana residente en la República Federal, ante un notario de su país al objeto de que, a tenor del Reglamento 650/2012, dicha autoridad le expidiera un certificado sucesorio europeo [CSE] en el que se hiciera constar que, con arreglo a lo establecido para la sucesión intestada en el *Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB], ella y su hijo Sven eran –por partes iguales– los herederos legales del patrimonio del Sr. Lutz G. Mahnkopf, un ciudadano alemán fallecido el 29 de agosto de 2015³ teniendo en su patria la última residencia habitual. La petición del CSE por parte de la viuda se debía a su propósito de proceder a la inscripción en Suecia de la cotitularidad, resultante de la herencia de su difunto marido, que los dos sucesores referidos habían adquirido sobre la mitad indivisa perteneciente al causante –la restante era propiedad de la Sra. Mahnkopf– de un bien inmueble situado en el país escandinavo. En vista de su naturaleza, el notario requerido dio traslado de la solicitud recibida al *Amtsgericht Schöneberg* (Tribunal Civil y Penal de Schöneberg), el cual, a pesar de haber expedido –el 30 de mayo de 2016– un certificado sucesorio nacional a instancia de la Sra. Mahnkopf, se negó a proveerla de un CSE, alegando que, aun cuando en la herencia de su extinto esposo, le correspondía una cuarta parte del caudal relicto en virtud del Derecho de sucesiones [§ 1931 (1) BGB], la otra cuarta parte de los bienes del *de cuius* le era atribuida en concepto de liquidación del régimen económico-matrimonial [§ 1371 (1) BGB]; por lo que, al disciplinar este último precepto una cuestión propia de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, no quedaba incluido dentro del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012. Discrepando del veredicto, la Sra. Mahnkopf lo apeló, el 27 de julio de 2016, ante el *Kammergericht Berlin* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín), reiterando en su recurso, a título principal, la petición que había formulado en primera instancia, por más que, con carácter subsidiario, completó su pretensión inicial solicitando que, alternativamente, se le expidiera el CSE con la mención meramente informativa de que los derechos sucesorios que le eran reconocidos traían causa, en lo referente a una cuarta parte de la herencia en cuestión, de la extinción por defunción del consorte del régimen económico matrimonial de participación en las ganancias que, en Alemania, es el legalmente supletorio a falta de otro pactado en capitulaciones matrimoniales. En su toma de posición –que la sentencia del Tribunal de Justicia solamente recoge en sus puntos esenciales⁴–, el *Kammergericht*

³ A diferencia de las demás, la versión española de la sentencia –no así la de las conclusiones del Abogado General [AG]– detalla como fecha de la muerte del *de cuius* el 29 de agosto de 2005, cuando el óbito tuvo lugar diez años después. Más que de una equivocación en el vertido al castellano de la resolución, se tiene la impresión de que el error se debe a una simple *faute de frappe*. Aun así, no está de más poner de relieve la hipotética trascendencia de este desliz en el asunto en cuestión, que podría llegar a generar dudas sobre la aplicabilidad temporal al mismo del Reglamento 650/2012, habida cuenta de que, como estipula su art. 83.1, el instrumento europeo únicamente afecta, sin perjuicio de las disposiciones de derecho transitorio, a las sucesiones cuyo causante haya fallecido a partir de 17 de agosto de 2015.

⁴ Para el texto íntegro de la decisión del *Kammergericht*, véase http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/279b/bs/10/page/sammlung.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdocdoc=yes&doc.id=KORE227182016&doc.part=L&doc.price=0.0#focuspoint.

Berlin, después de recordar el debate existente en el seno de la doctrina alemana acerca de la naturaleza sucesoria o económico-matrimonial del § 1371.1 *BGB*, hace hincapié en que, tanto desde la perspectiva del DIPr autónomo, como bajo el prisma de la regulación europea al respecto, integrada por el Reglamento (UE) n° 650/2012 y por el Reglamento (UE) 2016/1103⁵, la literatura dominante es partidaria de asignar dicha norma al terreno de los efectos patrimoniales del matrimonio, por lo que aquélla debe observarse siempre que éstos se rijan por la ley alemana, lo cual, en opinión del Tribunal Superior de Berlín, no se garantizaría si se diera a la regla una caracterización hereditaria, pues, entonces, su ámbito de aplicación se limitaría a los supuestos en los que el estatuto sucesorio quedara sujeto al derecho alemán, según lo establecido en los arts. 21 y 22 RS. En este contexto, el *Kammergericht Berlin* aborda, acto seguido, la cuestión de la posibilidad de que, en el CSE, figure el incremento de la cuota hereditaria del cónyuge supérstite de resultados de la aplicación de una disposición, como el § 1371.1 *BGB*, concerniente al régimen de bienes del matrimonio, razonando que, aun cuando esta constancia podría servir para evitar que los certificados sucesorios alemán y europeo contuviesen diferencias en lo referente a la participación del esposo sobreviviente en la herencia del premuerto, la misma solamente sería factible si, por un lado, el ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 se interpretara extensivamente para comprender en él preceptos como el reseñado –cosa que, según el tribunal remitente, el redactado del RS hace muy difícil–, y, por otro lado, se hubiera producido en Europa una armonización de la normativa conflictual relativa a los efectos patrimoniales del matrimonio –lo que únicamente se dará, y no para todos los países comunitarios, a partir del 29 de enero de 2019–. De estas circunstancias, la Corte berlina infiere que el incremento de la porción hereditaria legítima del cónyuge viudo, fruto de la observancia de una norma, el § 1371.1 *BGB*, propia del régimen económico-matrimonial, no puede, en términos generales, hacerse constar en el CSE, ni siquiera con un alcance puramente informativo. Así y todo, el Tribunal remitente no cierra la puerta a que, con apoyo en varias disposiciones del RS atinentes al contenido y efectos del CSE, pudieran buscarse resquicios para que el certificado reflejara la mención discutida, pero no vamos a entrar en ello, ya que el TJUE no llega a pronunciarse sobre el particular.

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, el *Kammergericht Berlin*, en decisión de 25 de octubre de 2016⁶, acuerda suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las tres cuestiones prejudiciales, la primera de las cuales le pregunta: «1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, del Reglamento [n° 650/2012] en el sentido de que el ámbito de aplicación del Reglamento ("sucesiones por causa de muerte") comprende también las disposiciones del Derecho nacional que, como el artículo 1371, apartado 1, del *BGB*, regulan las cuestiones en materia de régimen económico matrimonial tras el fallecimiento de un cónyuge con el incremento de la parte alícuota correspondiente al otro

⁵ Reglamento del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (*DOUE*, L 183, de 8 de julio de 2016, pp. 1-29; corrección de errores, L 113, de 29 de abril de 2017, p. 62).

⁶ ECLI:DE:KG:2016:1025.6W80.16.0A.

cónyuge en la herencia? [Dado que el TJ no ve necesario contestarlas, se omiten las cuestiones restantes].

III. CONCLUSIONES Y SENTENCIA

Formulada sobre la base del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea la petición de decisión prejudicial procedente del *Kammergericht Berlin* es recibida en el TJUE el 3 de noviembre de 2016, apareciendo publicada en el DOUE el 30 de enero de 2017⁷. Al suscitar el asunto cuestiones de derecho no tratadas todavía por el Tribunal de Justicia, son requeridas las conclusiones del AG, que se presentan el 13 de diciembre de 2017⁸ y que, en este caso, son singularmente relevantes, porque la sentencia del Tribunal de Justicia, de 1 de marzo de 2018⁹, las sigue en todos sus extremos, como explicamos a continuación.

Después de presentar el caso, describir el marco jurídico y relatar los hechos que dan pie a las cuestiones prejudiciales, el AG encara la primera ellas –la única que la Corte se verá en la necesidad de contestar–, reconociendo que la naturaleza –sucesoria o matrimonial– de las pretensiones acogidas al § 1371.1 *BGB* ha sido largamente discutida en Alemania, pero que ahora procede «examinar esta problemática en un contexto nuevo», el del DIPr comunitario, para lo cual debe partirse de la premisa de que «los conceptos utilizados por el legislador de la Unión para delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012 presentan un carácter autónomo», lo que conlleva que «la calificación de normas como las del artículo 1371, apartado 1, del BGB con respecto a las normas de conflicto del Derecho nacional no puede ser determinante para la respuesta que ha de darse» (ap. 32). Para situar el debate, el AG pasa revista a los argumentos que los intervinientes en el procedimiento han sostenido a favor y en contra de un encuadramiento sucesorio de la cuestión jurídica, detalla las características básicas del régimen de participación alemán prestando especial atención al § 1371.1 *BGB*, establece las pautas para delimitar el ámbito de aplicación del estatuto hereditario respecto del correspondiente al estatuto económico-matrimonial tanto en términos generales como, en particular, a propósito de la ubicación del § 1371.1 *BGB* en el vigente cuadro normativo comunitario, y, por último, hace un meticuloso repaso de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Luxemburgo en interpretación de la expresión «régimenes matrimoniales» contenida en el segundo apartado del art. 1 del Convenio de Bruselas y de los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012¹⁰, para llegar a la conclusión de que el criterio decisivo a la hora de excluir una cuestión

⁷ DOUE, C 30, 30 de enero de 2017, pp. 20-21.

⁸ ECLI:EU:C:2017:965. Se pueden leer en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd949377f7a55d4f77a420f3a2f0555c48.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbxn0?text=&docid=197796&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=691972>.

⁹ ECLI:EU:C:2018:138. Está disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd949377f7a55d4f77a420f3a2f0555c48.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbxn0?text=&docid=199805&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=691972>.

¹⁰ Se trata de las Sentencias de 27 de marzo de 1979 [143/78: *de Cavel* (EU:C:1979:83)], 31 de marzo de 1982 [25/81: *W* (EU:C:1982:116)], 27 de febrero de 1997 [C-220/95: *van den Boogaard* (EU:C:1997:91)] y del Auto de 14 de junio de 2017 [C-67/17: *Iliev* (EU:C:2017:459)].

patrimonial conyugal del ámbito de aplicación *ratione materiae* de los actos europeos en materia de competencia judicial ha sido el objeto de la misma, que ha permitido dejar fuera de su perímetro a «las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución, ... a la cuestión de la inclusión de los diferentes elementos patrimoniales en el haber hereditario o a la cuestión del patrimonio que ha de distribuirse entre los cónyuges» (ap. 91). Una vez preparado el terreno, el Sr. M. Szpunar está en condiciones de trasplantar este entramado argumental al asunto que tiene encomendado, para lo cual debe, primero, interpretar el § 1371.1 *BGB* «a efectos de determinar la finalidad del misma y, sobre esta base, responder a las cuestiones planteadas por el tribunal remitente» (ap. 92). Al respecto, el AG estima que este precepto «no parece tener como finalidad principal el reparto de los elementos patrimoniales o la liquidación del régimen económico matrimonial [sino que] sirve más bien para determinar la posición del cónyuge superviviente en relación con la de los demás herederos [puesto que] determina la cuantía de la parte de la herencia que se atribuye al cónyuge superviviente» (ap. 93); todo lo cual, en opinión del AG Szpunar, «aboga en favor de su reconocimiento como disposición que corresponde al Derecho de sucesiones, y no al régimen económico matrimonial» (ap. 96). A esta valoración tiene que sumarse, según el AG, el «argumento adicional» (ap. 103) de que «la calificación sucesoria de la parte que corresponde al cónyuge superviviente en virtud del artículo 1371, apartado 1, del *BGB* permite incluir en el certificado sucesorio europeo la información relativa a dicha parte, con todos los efectos descritos en el artículo 69, apartado 2, del Reglamento 650/2012» (ap. 102). En vista de estas observaciones, el Abogado General propone al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial del siguiente modo: el art. 1.1 RS en relación con el art. 1.2.d) RS «debe interpretarse en el sentido de que el ámbito de la ley aplicable a las sucesiones comprende una norma que, como el artículo 1371, apartado 1, del *BGB*, determina la parte de la herencia que corresponde al cónyuge superviviente, aun cuando su aplicación dependa de la existencia de un régimen económico matrimonial determinado y la parte del cónyuge superviviente en la herencia sustituya a la liquidación de dicho régimen, pero al mismo tiempo el importe de esa parte de la herencia quede determinado en función de normas completamente distintas de las que definen la manera en que ha de liquidarse el referido régimen económico matrimonial en vida de los cónyuges» (ap. 108).

Pasando de las conclusiones del AG a la sentencia del TJUE, advertimos como la Corte, fiel a su técnica redaccional, no pierde oportunidad de recalcar por enésima vez que «de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme», aclarando, acto seguido, que la misma debe hacerse «teniendo en cuenta no solo el tenor de la disposición [1], sino también su contexto [2] y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte [3]» (ap. 32). Desarrollado, a lo largo de la resolución, este canon hermenéutico por él propuesto, el Tribunal de Justicia trata, primeramente, de precisar el ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012 apelando a la exégesis literal. En este sentido, pone de relieve que, de acuerdo con al art. 1.1 RS, el

instrumento «se aplicará a las sucesiones por causa de muerte» –definidas, en singular, en el art. 3.1.a) RS, como «cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato»–, excluyendo expresamente de su radio de acción, a tenor del art. 1.2.d) RS, «las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales» (ap. 33). Segundamente, entrando en el análisis sistemático, el TJ se vale de los cdos. 11 y 12 RS para reforzar la premisa de que el Reglamento «no debe aplicarse a ámbitos del Derecho civil distintos de las sucesiones y, en particular, a las cuestiones relacionadas con los regímenes matrimoniales, incluidos los acuerdos matrimoniales que reconocen algunos ordenamientos jurídicos, en la medida en que no aborden asuntos sucesorios» (ap. 37). En último término, al introducir el tercer criterio, el teleológico, el Tribunal de Luxemburgo recurre al cdo. 7 RS, que declara que el Reglamento 650/2012 «pretende facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que desean ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas», garantizando «de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia» (ap. 35), para lo cual es esencial la creación de un «certificado sucesorio europeo que debe permitir a cada heredero, legatario o derecho habiente mencionado en el certificado acreditar en otro Estado miembro su cualidad y sus derechos sucesorios» (ap. 36). Culminado el examen textual, contextual y finalista del art. 1.1 RS, el TJUE invierte la perspectiva para proceder a estudiar el § 1371.1 *BGB* –en realidad, debería calificar la pretensión basada en la norma alemana y no la norma misma– según los tres parámetros antes referidos –que son interpretativos y no calificadorios–. Primero que todo, atiende a la letra de la regla, que dice que, «en caso de disolución del régimen de participación en las ganancias (*Zugewinnngemeinschaft*), la parte alícuota legítima del cónyuge superviviente al efectuarse el reparto de los bienes gananciales se incrementa en un cuarto adicional» (ap. 38); luego la caracteriza en un entorno de preceptos semejantes, al afirmar que «no trata del reparto de bienes patrimoniales entre los cónyuges, sino que aborda la cuestión de los derechos del cónyuge superviviente respecto a los bienes ya contabilizados dentro de la masa hereditaria» (ap. 40); finalmente, se centra en su *ratio* para concluir que «no parece que el objeto principal de ese artículo sea repartir los bienes patrimoniales o la liquidación del régimen económico matrimonial, sino más bien determinar el *quantum* de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge superviviente con respecto a los otros herederos» (ap. 40). Realizada la interpretación del supuesto de hecho y la «calificación de la norma» en la que se sustenta la pretensión formulada, el TJ consuma la subsunción de ésta en aquella con las palabras siguientes: «[e]n consecuencia, un precepto como este se refiere principalmente a la sucesión del cónyuge fallecido y no al régimen económico matrimonial. Por lo tanto, una norma de Derecho nacional como la controvertida en el litigio principal corresponde a la materia sucesoria a efectos del RS» (ap. 40 *in fine*). En apoyo de esta calificación, se argumenta que la consecución de los objetivos perseguidos por el CSE «se vería en gran medida obstaculizada en una situación como la debatida en el litigio principal, en caso de que dicho certificado no contuviera información completa sobre los derechos hereditarios del cónyuge superviviente» (ap. 43), pero, para evitarlo, basta

una conceptualización «sucesoria de la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente en virtud de un precepto de Derecho nacional, como el artículo 1371, apartado 1, del BGB, [que] permite hacer constar la información referente a dicha parte alícuota en el certificado sucesorio europeo, con todos los efectos señalados en el artículo 69 del Reglamento nº 650/2012» (ap. 42). Basándose en las apreciaciones acabadas de exponer, el Tribunal de Justicia falla que el art. 1.1 RS «debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento un precepto de Derecho nacional, como el controvertido en el litigio principal, que establece, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia del cónyuge superviviente».

IV. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El caso Mahnkopf pone sobre la mesa uno de los debates clásicos de nuestra disciplina cual es el de la catalogación sucesoria o económico matrimonial de los derechos legales del cónyuge viudo. En España, ha sido una cuestión tradicionalmente controvertida que, debido a su complejidad, ha captado la atención de la doctrina¹¹, ha propiciado reformas legislativas *ad hoc*¹² y ha dado lugar a una jurisprudencia cada vez más consciente de la necesidad de solventar satisfactoriamente el problema¹³. En Alemania, la naturaleza del § 1371.1 *BGB* ha sido objeto, prácticamente desde la promulgación del Código civil, de contribuciones científicas discrepantes¹⁴ hasta que, hace tres años, el *Bundesgerichtshof*

¹¹ Entre las aportaciones españolas, destacan: BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977; ZABALO ESCUDERO, M. E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge superviviente y el reenvío», en TORRES GARCÍA, T.F. (coord.), *Estudios de Derecho civil. Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 131-157.

¹² Tanto la reforma de 31 de mayo de 1974 –que introdujo en Título Preliminar del Código civil el art. 16.2 con una previsión de adaptación material en relación con el derecho de viudedad en Aragón (*BOE*, núm. 163, de 9 de julio de 1974, p. 14275)– como la de 15 de octubre de 1990 –que añadió un inciso final al art. 9.8 CC, a fin de que los derechos sucesorios legales del cónyuge superviviente gozaran de la misma solución conflictual que los efectos del matrimonio (*BOE*, núm. 250, de 18 de octubre de 1990, p. 30527)– han sido concebidas para eliminar o, al menos, minimizar del problema.

¹³ De las poco afortunadas Resoluciones de la DGRN de 11 de marzo de 2003 (*BOE*, núm. 100, de 26 de abril de 2003, pp. 16298-16301) y 18 de junio del mismo año (*BOE*, núm. 181, de 30 de julio de 2003, pp. 29585-29588) a las mucho mejor orientadas Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2126) y de 16 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1160).

¹⁴ Simplificando mucho, cabe decir que, en Alemania, el debate entre los expertos ha enfrentado a los que, mayoritariamente, han patrocinado la naturaleza económico-matrimonial de las reclamaciones fundadas en el § 1371.1 *BGB*, que dependen, por tanto, de la aplicación de la ley alemana sobre bienes del matrimonio [véase, por todos, DÖRNER, H., «Art 25 EGBGB», en DÖRNER, H., *Art 25, 26 EGBGB (Internationales Erbrecht)*, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Neubearbeitung, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2007, pp. 140-144, núm. 34-41], con los que, aun siendo minoría, defienden su carácter dual, a la vez sucesorio y matrimonial, que solamente permitiría su viabilidad si los estatutos sucesorio y económico matrimonial fueran alemanes [véase, por todos, BIRK, R., «Art 25», en SONNENBERGER, H. J. (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*,

[BGH] se pronunció sobre el particular¹⁵. Ahora, sin embargo, por medio del asunto que nos ocupa, esta *quaestio germanica* ha saltado a la arena comunitaria, sin que –como ha especificado el AG (ap. 32)– el planteamiento del caso ni su resolución tengan que estar forzosamente condicionados por el tratamiento que el tema haya merecido en un Estado miembro. En ambos círculos normativos, la calificación es, sin duda, la problemática de fondo, y, por mucho que a la hora de abordarla, haya diferencias de enfoque entre ellos, la naturaleza de la misma no varía. En efecto, tanto en Alemania –en donde la operación calificatoria ha estado indisolublemente unida a los conflictos de leyes– como en Europa –en que el incremento de la regulación sobre competencia judicial ha ocasionado que el centro de gravedad de la calificación se desplace en los últimos años hacia los conflictos de jurisdicción¹⁶– el problema es esencialmente el mismo: subsumir la cuestión jurídica –que no es ni jurisdiccional ni conflictual, sino *sustantiva*¹⁷– en alguna de las categorías conceptuales de la normativa de DIPr. Pese a que, en nuestro caso, no aparece implicada ninguna norma de competencia judicial ni tampoco de conflicto, estamos en las mismas, porque, para ultimar el ejercicio calificatorio, debe verificarse si la pretensión de la Sra. Mahnkopf, relativa a la emisión de un CSE, puede ser incluida en el ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012. Ahora bien, el hecho de movernos en un contexto comunitario, lleva aparejado que el proceso de calificación, expuesto brillantemente por la doctrina desde la perspectiva del Derecho autónomo y a propósito de la determinación de la ley aplicable¹⁸, experimente ciertos cambios para amoldarse al funcionamiento del sistema europeo de DIPr. Por eso, en este marco, la primera fase de la tarea calificatoria, la delimitación del supuesto de hecho de la norma, se debe efectuar «de modo uniforme y por interpretación autónoma», sobre la base del sentido y fin del instrumento afectado; en tanto que la segunda, el análisis de los atributos de la institución en cuestión, tiene que realizarse «a la luz de los hechos y de un Derecho nacional determinado»; y la tercera, la ponderación de si dichos atributos se corresponden con el supuesto de hecho de la norma y procede o no su aplicación, ha de llevarse a cabo «de modo paralelo a la primera fase, esto es; de modo uniforme y, salvo excepción, por interpretación autónoma». El corolario de estas pautas es que los criterios «para decidir si la ... institución nacional se subsume

vol. 11, *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftstrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (Art. 25-248), 5ª ed., München, CH Beck, 2010, pp. 46-47, núm. 158-161].

¹⁵ Sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal alemán), de 13 de mayo de 2015 (IV ZB 30/14), que puede hallarse en la siguiente dirección electrónica del propio BGH: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=71224&pos=0&anz=1>.

¹⁶ LEMAIRE, S., «La qualification», en AZZI, T. y BOSKOVIC, O. (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 38.

¹⁷ Es decir, «correspond au résultat matériel que vise le plaideur» [AZZI, T., «Bruxelles I, Rome I, Rome II: regard sur la qualification en droit international privé communautaire», *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 1621-1626, núm. 20 (consulta electrónica)].

¹⁸ En este sentido, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Artículo 12, apartado 1», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, *Artículos 8 a 16 del Código civil*, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 845-846.

o no en el supuesto de hecho de la norma europea, se toman de la propia norma europea de cuya aplicación se trata, no del Derecho nacional»¹⁹.

Analizada la Sentencia Mahnkopf de acuerdo con las reflexiones anteriores, es evidente que, para calificar, el Tribunal de Luxemburgo no procede de la manera que se acaba de describir, pues, aunque, de entrada, precisa correctamente, mediante «una interpretación autónoma y uniforme» (ap. 32), que cabe entender por «sucesiones por causa de muerte» en el sentido del art. 1.1 RS –para lo cual, con el ayuda de los cdos. 11 y 12 RS (ap. 37), recurre, positivamente, a la noción de «sucesión» del art. 3.1.a) RS y, negativamente, al art. 1.2.d) RS, que deja al margen de su campo de actuación a las «cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales» (ap. 33)–; luego, al centrarse en la pretensión que la reclamante formula al amparo del § 1371.1 *BGB*, se apoya, con una sorprendente vaguedad, en la «información de que dispone» (ap. 40) para enmendar la plana al *BGH*, ya que, en una cuestión de puro derecho material nacional, el TJUE se pronuncia en un sentido absolutamente opuesto a como, en 2015, lo había hecho el Alto Tribunal alemán. Las razones que alega la Corte europea para justificar su toma de posición son de orden funcional y práctico²⁰. En cuanto a la primera, la finalidad del § 1371.1 *BGB*, el Tribunal de Justicia sostiene que «no parece que el objeto principal de ese artículo sea repartir los bienes patrimoniales o la liquidación del régimen económico matrimonial, sino más bien determinar el *quantum* de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge superviviente con respecto a los otros herederos»²¹ (ap. 40); contrastando su apreciación con la que ha preconizado el *BGH*, para el cual «el propósito de la disposición es liquidar el régimen económico matrimonial como un patrimonio especial de los cónyuges durante y debido a su matrimonio, pero no que el superviviente, en virtud de su estrecha unión con el difunto, participe de ese patrimonio»²² (ap. 25). A la vista de las premisas que se han establecido con anterioridad, la exégesis del precepto del Código civil alemán que realiza el TJ está totalmente fuera de lugar, porque, durante el proceso de calificación, la Corte debe enjuiciar la institución nacional que sirve de base a la petición del demandante tal como la entiende el ordenamiento concernido, sin poderla caracterizar ni redefinir según su parecer con argumentos que dicho Derecho –a través de su máximo intérprete– ya ha desechado²³. La tarea que, en este estadio del razonamiento, correspondía al Tribunal de

¹⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2017, p. 80.

²⁰ En la misma línea, J. WEBER («Ein Klassiker neu aufgelegt: Die Qualifikation des § 1371 BGB unter dem Regime der Europäischen Erbrechtsverordnung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018-19, p. 1356), quien señala que «Der Gerichtshof stützt sich im Wesentlichen auf zwei Argumente, auf ein funktionales ... und ein verfahrensrechtliches ...».

²¹ Él énfasis es nuestro.

²² La traducción y el énfasis son nuestros, pues el original en lengua alemana reza: «Zweck der Vorschrift ist es, den Güterstand als Sonderordnung des Vermögens der Eheleute während und aufgrund ihrer Ehe abzuwickeln, nicht aber den Längstlebenden kraft seiner nahen Verbundenheit mit dem Verstorbenen an dessen Vermögen zu beteiligen» (...).

²³ Con todo, es de agradecer que el TJ, que sigue a pies juntillas la posición del AG, eluda, con prudencia, los puntos de las conclusiones que reafirmaban su tesis con argumentos –que «dicha disposición se aplica independientemente de la existencia de bases que faciliten una distribución determinada de los bienes, a la luz de los principios que sirven de fundamento para el régimen de participación en las ganancias» (ap. 94)

la Unión –que éste, *indirectamente*, termina por hacer– consistía en examinar si, *a pesar de ser considerada por el Derecho alemán como de naturaleza económico-matrimonial*, la pretensión formulada al abrigo del § 1371.1 *BGB* podía, *gracias a una interpretación autónoma del concepto «sucesión mortis causa» en función de los objetivos perseguidos por la normativa europea*, subsumirse en el supuesto de hecho del art. 1.1 RS, o sea, ser incluida dentro del ámbito material de aplicación del instrumento. En verdad, no era una empresa fácil –y quizás estaba condenada al fracaso²⁴–, pero el TJUE ni siquiera intenta acometerla, dado que, en este punto concreto, se limita a efectuar una relectura de la ley sustantiva alemana sin aducir razón alguna que, en clave funcional comunitaria, justifique una calificación sucesoria como la defendida. Después de reinterpretar el § 1371.1 *BGB*, la fundamentación de la sentencia se reduce a dos frases de trámite: «En consecuencia, un precepto como éste se refiere principalmente a la sucesión del cónyuge fallecido y no al régimen económico matrimonial. Por lo tanto, una norma de Derecho nacional como la controvertida en el litigio principal corresponde a la materia sucesoria a efectos del Reglamento nº 650/2012» (ap. 40 *in fine*).

Con estos resultados, gana importancia el segundo motivo esgrimido por el Tribunal para sustentar el fallo: «la calificación como sucesoria de la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente en virtud de un precepto de Derecho nacional, como el artículo 1371, apartado 1, del *BGB*, permite hacer constar la información referente a dicha parte alícuota en el certificado sucesorio europeo» a fin de que surta «sus efectos en todos los Estados

o que «el futuro causante puede evitar unilateralmente la aplicación de la disposición de que se trata utilizando instrumentos del Derecho de sucesiones» (ap. 95)– que el *BGH*, en la Sentencia de 2015, había desautorizado, al alegar que «el hecho de que § 1371.1 *BGB* no presupone ninguna ganancia del cónyuge fallecido, es sólo resultado de la ficción legal de la igualdad de valor entre el cuarto de aumento y la cuota de ganancia (...), que tiene su base en el derecho de bienes del matrimonio alemán y, por ello, no puede cambiar la calificación económico-matrimonial de la disposición (...). Lo mismo vale para la consideración de que el incremento depende de la existencia de una herencia legal del sobreviviente y, entonces, podría ser excluido no contractualmente, sino sucesoriamente, por ejemplo, sobre la base de las disposiciones de última voluntad del causante o como consecuencia legal del § 1933 *BGB* (...). Esto deriva exclusivamente de la circunstancia de que el legislador ha preferido la vía sucesoria para la realización de la compensación de ganancias a tanto alzado, lo cual, sin embargo, no cuestiona su función de compensación matrimonial» [(ap. 29) versión propia]. El texto alemán dice: «*Dass § 1371 Abs. 1 BGB tatsächlich keinen Zugewinn des verstorbenen Ehegatten voraussetzt, ist lediglich Ergebnis der gesetzlichen Fiktion der Wertgleichheit von Erhöhungsviertel und Zugewinnanteil (...), die ihre Grundlage im deutschen Güterrecht hat und damit an der güterrechtlichen Qualifikation der Vorschrift nichts zu ändern vermag (...). Das Gleiche gilt für die Überlegung, dass der Erhöhungstatbestand vom Bestehen eines gesetzlichen Erbteils des Längstlebenden abhängt und danach zwar nicht ehevertraglich, aber erbrechtlich z.B. aufgrund letztwilliger Verfügung des Erblassers oder als gesetzliche Folge des § 1933 ausgeschlossen sein könnte (...). Dies folgt ausschließlich aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber zur Verwirklichung der Zugewinnausgleichspauschale den Weg des Erbrechts bevorzugt hat, was deren güterrechtliche Ausgleichsfunktion indessen nicht in Frage stellt*».

²⁴ Para una parte de la actual ciencia alemana [DUTTA, A., «Art. 1 EuErbVO», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 11, VON HEIN, J. (red.), *Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 7ª ed., München, CH Beck, 2018, p. 1777, núm. 22], los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 no dan margen para la existencia de un marco funcional autónomo que pudiera servir para desvirtuar las instituciones nacionales.

miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial» y sirva para poder presumir que «la persona que figure en el certificado como legatario [o heredero] tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos que se expresen» (ap. 42). Efectivamente, este razonamiento, inserto en la resolución casi como un *obiter dictum*, constituye, en realidad, la única explicación *a priori* convincente, que, desde la estricta lógica de la integración comunitaria, abonaría el paso de una calificación matrimonial a otra sucesoria, pues «la consecución de los objetivos del certificado sucesorio europeo se vería en gran medida obstaculizada ... en caso de que dicho certificado no contuviera información completa sobre los derechos hereditarios del cónyuge superviviente» (ap. 43). Sin embargo, observado con atención, este argumento revela sus flaquezas: por un lado, la necesidad de adscribir la cuestión jurídica al dominio hereditario para que el CSE aglutine toda la información sobre los derechos legales del consorte viudo, no es tal, porque el art. 68.h) RS consiente que, en dicho certificado, consten esta clase de datos aunque hagan referencia a materias no comprendidas dentro del campo de actuación del Reglamento 650/2012; por otro lado, el CSE es un instrumento jurídico –incorporado al acervo comunitario al objeto de lograr una «tramitación rápida, ágil y eficiente de las sucesiones con repercusión transfronteriza» (cdo. 67 RS)– que, por su dimensión práctica y su naturaleza procedimental, difícilmente puede ser tomado como el factor decisivo a la hora de calificar una pretensión que tiene carácter sustantivo²⁵.

Queda, por último, poner de manifiesto que la sentencia del Tribunal de Luxemburgo no se pronuncia en ningún momento sobre las consecuencias que una calificación sucesoria de las reclamaciones dimanantes del § 1371.1 *BGB* puede tener en orden a un adecuado encaje de la regla compensatoria alemana con las disposiciones de la legislación rectora del régimen económico-matrimonial. Es cierto que el órgano jurisdiccional remitente no le pregunta sobre ello y, además, que, en el supuesto que nos ocupa, esta problemática es irrelevante, pues, como se ha reseñado en los antecedentes, tanto la *lex hereditatis* como como la *lex matrimonii* son la alemana. Aun así, habida cuenta de que, en Alemania, la idea de coordinar la regulación sucesoria con la de los efectos del matrimonio por lo que toca a los derechos conferidos al sobreviviente a la muerte de su pareja ha presidido el debate sobre el tema y ha tenido un peso significativo en las teorías propuestas en el marco de su DIPr autónomo²⁶, no causa sorpresa que, a raíz del caso Mahnkopf, los comentarios de los especialistas germanos vuelvan a prestar una particular atención a este aspecto. De conformidad con ellos, la solución del TJUE supone que el § 1371.1 *BGB* entrará en liza siempre que la sucesión se rijan por el derecho alemán, con independencia –en principio²⁷– de que las relaciones económicas entre esposos lo hagan –como pasa en nuestro asunto– o no, hipótesis, esta segunda, en la que, por la concurrencia de la ley hereditaria alemana –de la cual, según la Corte europea, forma parte el § 1371.1 *BGB*– y de la normativa (no

²⁵ WEBER, J., *loc. cit.* en nota 20, p. 1357.

²⁶ Véase, *supra*, nota 14.

²⁷ No es ésta la posición de S. LORENZ (http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/c-588_16.htm), que piensa que la decisión del TJUE lleva a un sistema de *Doppelqualifikation*, ya avalado por un sector doctrinal en la Alemania regida por el *EGBGB* (véase *supra*, nota 14), y que comporta que el «§ 1371 Abs. 1 *BGB* ist nur anwendbar, wenn sowohl Erbstatut als auch Güterstatut deutsches Recht ist».

alemana) propia del régimen de bienes del matrimonio, puede darse una sobreasignación patrimonial a favor del consorte superviviente, que haría falta «remediar»²⁸. El hecho de que la sentencia –de un laconismo lacerante– ni siquiera apunte nada al respecto, expresa un deliberado propósito de especificidad –dar respuesta exclusivamente al caso de autos y a la cuestión prejudicial planteada–, que no evita, a nuestro juicio, transmitir la impresión de que el Tribunal de Justicia más que solventar el problema se lo ha sacado de encima, sin preocuparle dejar flecos pendientes que precisarán –probablemente, en una instancia nacional– de ulteriores pronunciamientos.

²⁸ Para J. WEBER (*loc. cit.* en nota 20, p. 1357), la posible «corrección» habrá de ser un problema menor, porque el § 1371.1 únicamente se podrá aplicar si la ley (extranjera=no alemana) reguladora del régimen matrimonial conoce un sistema de compensación por ganancias a tanto alzado que se canalice a través del aumento de la participación hereditaria; mientras que S. SAKKA («Der pauschalierte Zugewinnausgleich und das Europäische Nachlasszeugnis», *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern*, 2018-4, p. 9) deja en manos de la cláusula de orden público (art. 35 RS) y de la acción de las normas imperativas de la *lex situs* (art. 30 RS) la reparación de eventuales resultados injustos.