



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Estudio de la interpretación del artículo 10 del
Reglamento 1259/2010

Study of the interpretation of article 10 of
Regulation 1259/2010

Autor/es

Lucía Aguilar Sáez-Benito

Director/es

Dra. María Pilar Diago Diago

FACULTAD DE DERECHO

2021

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
1. OBJETO DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO: MARCO DE SITUACIÓN Y GÉNESIS DEL REGLAMENTO 1259/2010	1
2. ELECCIÓN DEL TEMA	4
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	5
II. LITIGIO PRINCIPAL	5
1. RESUMEN FÁCTICO	5
2. POR QUÉ ES OBJETO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	7
III. ANÁLISIS DE LA RESPUESTA A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL	8
1. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	8
1.1. Interpretación del artículo 10	9
1.2. Aplicación del artículo 10 por el Tribunal remitente	15
IV. OTROS ASPECTOS DEL ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN	21
1. ESTUDIO DE A. FONT I SEGURA	21
2. ESTUDIO DE P. DIAGO DIAGO	25
V. CONCLUSIONES	30
1. RESUMEN GLOBAL Y BREVE	30
2. QUÉ ME HA APORTADO LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO	31
3. IMPACTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	31
VI. BIBLIOGRAFÍA	33

TABLA DE ABREVIATURAS

AC: Abogado General

CC: Código Civil

DIPr: Derecho Internacional Privado

EEMM: Estados Miembros

R: Reglamento

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO: MARCO DE SITUACIÓN Y GÉNESIS DEL REGLAMENTO 1259/2010

En los últimos tiempos, los matrimonios internacionales se han convertido en algo muy común en la sociedad. Mediante fenómenos como la globalización, que ha impulsado una mejora de las comunicaciones entre países, o la migración¹, entre otros factores, la circulación de personas ha aumentado exponencialmente.

Esta creciente movilidad ha supuesto la posibilidad de poner en contacto, con mayor facilidad, a personas de todas partes, lo que en numerosas ocasiones ha llevado al establecimiento de relaciones sentimentales de las que han surgido matrimonios internacionales, bien sean «mixtos» - en los que cada cónyuge posee una nacionalidad distinta -, o «deslocalizados» - en los que la nacionalidad de los cónyuges no coincide con la nacionalidad del lugar de su residencia habitual. Ejemplo de ello es España donde, de los 28.327 matrimonios que se contrajeron durante el primer semestre de 2020, en un 21'5% de ellos un cónyuge era extranjero y en un 4'36% ninguno de ellos era español².

Consecuentemente, el aumento de los matrimonios conlleva, de forma paralela, a un elevado número de divorcios y, en este sentido, Europa no es distinta. Poniendo de nuevo a España como ejemplo, anualmente casi 2 matrimonios por cada 1000 habitantes disuelven su vínculo³. Además, en 2019, en un 10'4% de los de los divorcios uno de los cónyuges tenía nacionalidad extranjera, mientras que en un 7'1% ambos cónyuges eran extranjeros⁴.

Por consiguiente, el aumento de los matrimonios internacionales, así como la significativa tasa de divorcio que afecta a los mismos, han dado lugar al crecimiento de los «divorcios internacionales».

Todos estos fenómenos, que han contribuido a desdibujar las barreras entre Estados, han puesto de manifiesto la obligación del Derecho de adaptarse al cambio, es decir, de

¹ En España, sólo en el primer trimestre de 2020, la emigración alcanzaba las 131.445 personas y la inmigración las 245.301, según el Instituto Nacional de Estadística, <https://www.ine.es/>.

² Instituto Nacional de Estadística, https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176999&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

³ Instituto de las Mujeres, Gobierno de España, https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/IndicadoresUE_NNUU/FamiliaHogares.htm

⁴ Instituto Nacional de Estadística, https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf

cubrir todas las situaciones que pueden llegar a darse en esta realidad y, por ello, de construir una regulación en torno a esta figura jurídica, de la que cada vez más personas hacen uso.

Así, actualmente, el divorcio es una institución conocida y regulada por todos los países que conforman la Unión Europea. No obstante, no son pocas las veces que resulta complicado llevarlo a la práctica, por una parte, por la diversidad de elementos de extranjería que pueden llegar a converger en una relación; por otra, porque las legislaciones al efecto de los Estados Miembros son muy dispares, como sucede, por ejemplo, con las legislaciones italiana y rumana.

Este tipo de situaciones contribuían, y aún hoy lo hacen, a acrecentar el problema de determinar la ley aplicable en una situación de disolución del vínculo matrimonial, puesto que antes de la aprobación del Reglamento 1259/2010⁵, al no haber una legislación uniforme, la fijación la ley aplicable dependía de las normas de conflicto internas del Estado competente para conocer del mismo, lo que suponía una gran falta de seguridad jurídica y de previsibilidad, así como importantes desigualdades, dadas las distintas características que presentaban las normas de conflicto de leyes reguladas por los Estados y las pocas posibilidades que preveían para determinar la ley de aplicación, pues sólo contemplaban la ley de la nacionalidad de los cónyuges o la del foro.

Estos conflictos, que se iban volviendo más frecuentes, afectando así a una porción cada vez más amplia de población, propiciaron la identificación de una necesidad: la unificación de las normas de conflicto relativas al divorcio y la separación judicial, para determinar qué legislación material es aplicable y, de esta forma, asegurar una resolución óptima de los conflictos de leyes en esta complicada materia.

Por ello, a propuesta del Consejo Europeo, la Comisión redactó en 2005 un Libro Verde⁶, en el que señalaba las deficiencias que presentaba la legislación de la Unión Europea del momento en lo relativo a la competencia y ley aplicable, así como una serie de posibles soluciones a esa cuestión.

⁵ Reglamento (UE) N.º 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 la separación judicial. DOUE n.º 343, de 20 de diciembre de 2010, también denominado «Reglamento Roma III».

⁶ COM (2005) 82 final.

Tras ello, en 2006 la Comisión presentó una propuesta de modificación del Reglamento 2201/2003⁷ para, además de realizar los cambios pertinentes en el ámbito de la competencia, incluir en el mismo normas de conflicto de leyes uniformes, pues hasta el momento sólo regulaba la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. No obstante, esa propuesta no alcanzó la unanimidad del Consejo requerida para poder llevarla a cabo, alegando dificultades que hacían imposible su aprobación⁸.

Esto supuso que, en 2008, con intención de poner fin al problema, una serie de países planteasen a la Comisión la posibilidad de establecer entre ellos una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial, de la que surgió el ya mencionado R. 1259/2010, aprobado en 2010, como primer instrumento de cooperación reforzada⁹.

Este Reglamento presenta dos características fundamentales. Por una parte, permite la penetración del principio de autonomía de la voluntad de las partes, que consiste en ofrecer a los cónyuges la posibilidad de elegir la ley aplicable a su divorcio, para evitar que sobre ellos recaiga una ley con la que no presentan vínculo alguno. Sin embargo, es importante señalar que se trata de una autonomía limitada en razón de que, aunque pueden elegir, han de hacerlo sobre una serie de posibilidades dadas, con las que presentan una importante conexión. En una vista general, esto refuerza la previsibilidad y la seguridad jurídica, en cuanto a las consecuencias derivadas de aplicación de la ley elegida.

Por otra parte, a falta de elección de la ley aplicable se establecen, de igual manera, una serie de criterios jerarquizados de vinculación. Es relevante el hecho de que se sustituye, como criterio principal, la nacionalidad por la residencia habitual de los cónyuges, al entenderse que es altamente probable que hayan creado lazos más estrechos con el Estado en el que habitan, como también sucede en el caso de elección de la ley aplicable.

⁷ COM (2006) 399 final.

⁸ El Reglamento (UE) N.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 ha sido objeto de revisión y a partir del 1 de agosto de 2022 se aplicará el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE n.º 178, de 2 de julio de 2019), también denominado «Bruselas II ter», en virtud del artículo 105.2 del mismo.

⁹ El motivo por el que se trata del primer instrumento de esta índole es la dificultad que presenta alcanzar este tipo de acuerdos. Esto queda avalado por lo dispuesto en el artículo 20.2 del TFUE, estableciendo que sólo puede aprobarse cuando se trate de una cuestión que el Consejo ya ha valorado y para la que no ha encontrado una solución, como sucede con la presente norma.

Además, uno de los efectos principales de la inclusión de esta alternativa consiste en impedir el *forum shopping*; esto es que, a falta de elección, ningún cónyuge podrá adelantarse a la interposición de la demanda para obtener unos privilegios determinados de la ley del Estado al que recurra, y esto es así porque los órganos jurisdiccionales de ese Estado, en vez de admitir a trámite la demanda y comenzar un procedimiento, comprobarán su competencia judicial internacional y determinarán la ley aplicable, siendo esta determinación la misma que realizaría otro Tribunal que fuera competente y que perteneciese a uno de los Estados participantes de la cooperación reforzada. No servirá, por tanto, de nada, anticiparse a la presentación de la demanda.

El propósito que persigo con el presente comentario jurisprudencial consiste en, mediante el análisis de la STJUE de 16 de julio de 2020¹⁰, junto con otros documentos legales y doctrinales, abordar el estudio de la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia, relativa a la interpretación del artículo 10 del mencionado Reglamento, cuando la ley aplicable al divorcio establece unos requisitos más estrictos que la ley del foro para acceder al mismo y, con base a ello, exponer el modo de actuar del órgano jurisdiccional remitente en virtud de tal resolución.

2. ELECCIÓN DEL TEMA

El motivo principal de mi elección ha sido el gran interés que me suscita el Derecho Internacional Privado, en todos sus ámbitos. No obstante, siempre he visto un gran atractivo en el Derecho de Familia y, más concretamente, en el ámbito matrimonial.

En lo que respecta a esta precisa sentencia, mi elección se debe a la posibilidad, no sólo de adentrarme un poco más en el ámbito de la disolución del vínculo matrimonial, sino también de poder conocer el proceso por el que se produce la unificación de la legislación y, con base a ello, de entender la construcción y funcionamiento del Derecho de la UE.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 16 de julio de 2020. (C-249/19, ECLI:EU:C:2020:570).

Y todo ello, por el precedente que esta resolución sienta ya que, aunque no es la primera vez que se plantea al TJUE una cuestión prejudicial acerca de la interpretación de esta disposición, sí que es la primera vez que se pronuncia sobre la misma¹¹.

En resumen, mediante este precedente puedo explorar esta rama del Derecho desde un punto de vista distinto, adquiriendo un mejor entendimiento de esta compleja materia y acercándome a análisis doctrinales que ofrecen perspectivas diferentes y formativas.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Para la realización del trabajo me he servido, principalmente, de la resolución emitida por el TJUE y de las Conclusiones del Abogado General, dada la influencia que éstas han tenido en la primera.

Ha sido esencial conjugarlas conjuntamente para poder entender el sentido de la Sentencia y, así, poder realizar un análisis en profundidad de la misma. Además, dichas Conclusiones incluyen algunos puntos que, a mi parecer, son de especial relevancia, y no han sido contemplados en profundidad por el TJUE.

Asimismo, ha sido fundamental utilizar otros textos doctrinales para poder perfilar algunas cuestiones en las que el Tribunal de Justicia no ha incidido, como se verá más adelante.

En general, la Sentencia y las conclusiones han sido clave a la hora de determinar la interpretación del artículo 10, mientras que los demás textos han sido más útiles para tratar el procedimiento a seguir por el Tribunal remitente, impuesto por el alto Tribunal.

II. LITIGIO PRINCIPAL

1. RESUMEN FÁCTICO

El asunto en cuestión versa sobre el matrimonio de JE y KF, nacionales rumanos que contraen nupcias en 2001 en Iasi (Rumanía). Con residencia habitual en Italia y una hija

¹¹ Auto de 12 de mayo de 2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016/343) y Sentencia de 20 de diciembre de 2017, Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988)

nacida en Verona, deciden poner fin a su matrimonio en 2016, interponiendo JE demanda de divorcio a tal efecto ante el Tribunal de Primera Instancia de Iasi.

Tras inhibirse este Tribunal a favor del Tribunal de Primera Instancia del Distrito Quinto de Bucarest, éste, con fecha de 20 de febrero de 2018, dictó sentencia mediante la que realizó una serie de aclaraciones: Por una parte, que la competencia judicial internacional para conocer del litigio corresponde a los Tribunales rumanos, conforme al artículo 3.1.b) del R. 2201/2003, que establece la competencia en virtud de la nacionalidad común de los cónyuges, y que la ley aplicable es la italiana, como expone el artículo 8.a) del R. 1259, que alude a la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual, puesto que no ha habido elección de ley conforme al artículo 5 del mismo Reglamento.

Por otra, que uno de los requisitos que exige la *lex causae*, la constatación o declaración de una separación judicial de 3 años, previa a la interposición de la demanda, ni consta en el procedimiento de referencia ni es contemplada la legislación rumana. Por ello, el Tribunal de Bucarest inadmite la demanda, alegando que eran los Tribunales italianos los que debían pronunciarse sobre lo concerniente a la separación judicial.

Ante ello, JE recurre la inadmisión en apelación ante el mismo Tribunal, alegando que habría de aplicarse la ley rumana mediante la exposición de dos alternativas: La aplicación del artículo 2600.2 del Código Civil rumano, transposición del artículo 10 del R. 1259/2010, por ser la ley italiana más restrictiva, o la activación de la cláusula de orden público del artículo 12 del Reglamento, por la incompatibilidad entre ambas legislaciones nacionales.

Finalmente, el Tribunal decide suspender el procedimiento y plantear la siguiente cuestión prejudicial al TJUE:

«¿Debe interpretarse la expresión “cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio” [, incluida en el artículo 10 del Reglamento n.º 1259/2010,] de modo restrictivo y literal, es decir, sólo para el caso de que la ley extranjera aplicable no contemple el divorcio en forma alguna; o debe interpretarse en sentido amplio, de manera que incluya también los casos en los que la ley extranjera aplicable admite el divorcio, pero en condiciones extraordinariamente restrictivas, que implican un procedimiento obligatorio de separación judicial antes del divorcio,

procedimiento para el que la ley del foro carece de disposiciones procesales equivalentes?».

2. POR QUÉ ES OBJETO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El relato de hechos expuesto constituye un supuesto del DIPr, en primer lugar, por tratarse de una relación privada, esto es, entre particulares y, en segundo lugar, por contar con elementos de extranjería de carácter personal, como son la nacionalidad y la residencia habitual, que conectan los ordenamientos italiano y rumano.

Es necesario comenzar determinando la competencia judicial internacional, para lo que es esencial dilucidar si hay que acudir al R. 2201/2003¹², mediante su test de ámbitos.

De esta forma, se cumple con su ámbito material, pues su artículo 1.a) dispone que debe tratarse de un supuesto de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial. Se cumple, asimismo, su ámbito espacial ya que, en virtud de su artículo 2.3, es de aplicación a todos los EEMM de la UE, a excepción de Dinamarca. Y lo mismo sucede con su ámbito temporal, por ser el presente conflicto posterior al 1 de marzo de 2005. Por último, también se da el ámbito personal, al cumplirse la regla general de su artículo 6, que exige la nacionalidad o residencia habitual del demandado en un Estado Miembro.

Determinada la aplicación de Bruselas II bis, hay que determinar qué Tribunal será competente para conocer del litigio. La respuesta se encuentra en su artículo 3, que regula siete foros alternativos de competencia, mediante los que se hace competente tanto a los órganos jurisdiccionales italianos como a los rumanos. No obstante, al operar de forma alternativa y al haber interpuesto JE la demanda ante los Tribunales rumanos, puede deducirse que la competencia recae sobre los mismos en virtud de la letra b) del precepto, que otorga la competencia al Estado cuya nacionalidad posean ambos cónyuges, en este caso, la rumana.

La siguiente fase es la determinación de la ley aplicable al divorcio de JE y KF. Para ello, es preciso realizar el test de ámbitos respecto a la aplicabilidad del R. 1259. En este caso, se observa el ámbito material, puesto que se trata de un supuesto de divorcio.

¹² Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000. DOUE n.º 338, de 23 de diciembre de 2003, también denominado «Reglamento Bruselas II bis».

También se cumple el ámbito espacial, puesto que como dispone su artículo 4, se trata de un reglamento de carácter universal, lo que supone que se aplicará la ley designada en virtud del mismo, aunque no sea la de ninguno de sus EEMM participantes. De la misma forma se cumple el personal, ya que España forma parte de esa cooperación reforzada, como se desprende del Considerando 6 del Reglamento. Y, para finalizar, también se cumple el ámbito temporal, por haber surgido el conflicto después del 21 de junio de 2012.

En cuanto a la elección de la ley aplicable, los cónyuges cuentan con dos alternativas: Por una parte, su artículo 5, introductor de la autonomía de la voluntad, por el que los cónyuges pueden elegir la ley aplicable a su divorcio, pero de forma limitada entre las posibilidades que recoge el precepto. Al no haber hecho uso de esta facultad, hay que acudir a su artículo 8, que dispone una serie de opciones jerarquizadas. Por tanto, al cumplirse la primera de esas opciones (letra a), la *lex causae* va a ser la ley del Estado en que radique su residencia habitual en el momento de interposición de la demanda; esto es, la ley italiana.

III. ANÁLISIS DE LA RESPUESTA A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Para el análisis de la STJUE, es importante tener en cuenta las Conclusiones del Abogado General sobre este asunto¹³, por la función que cumplen a la hora de identificar la concreta situación de Derecho planteada mediante cuestión prejudicial.

La necesidad de su intervención se debe a que la interpretación del artículo 10 no cuenta con ningún precedente jurisprudencial, de forma que habrán de tenerse en cuenta sus conclusiones en tanto que se plantea una cuestión de derecho nueva, que supone un interés general para alcanzar la aplicación uniforme del Derecho de la UE¹⁴, de conformidad con lo expuesto en el artículo 252 TFUE y el artículo 20 *in fine*, del Estatuto del TJUE¹⁵.

¹³ Conclusiones del Abogado General Sr. Evgeni Tanchev, presentadas el 26 de marzo de 2020. Asunto C-249/19.

¹⁴ Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DO C 439 de 25.11.2016).

¹⁵ Protocolo (núm. 3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Además, a pesar de que el TJUE no queda vinculado por sus conclusiones, éstas han tenido una influencia decisiva para resolver la duda planteada por el Tribunal remitente, puesto que pueden apreciarse, en gran manera, en la propia Sentencia. Igualmente, también han contribuido a formar su respuesta las observaciones realizadas por los Gobiernos de distintos EEMM, así como por la Comisión Europea.

En lo que a la estructura de la resolución del Tribunal de Justicia se refiere, la misma puede dividirse en dos partes bien diferenciadas: la primera, relativa a la interpretación, en la que se examina el artículo 10 en tres sentidos distintos, para llegar a la conclusión que expone el fallo; la segunda, relativa a la aplicación, en la que se incide en la determinación de la clase de respuesta que ha de dar al Tribunal remitente y, por tanto, de cómo ha de actuar el mismo conforme a lo dictado.

A continuación, se expone, preliminarmente, el fallo de la sentencia; por una parte, para comprender el razonamiento seguido para pasar de la cuestión prejudicial a la interpretación que el precepto recibe y, por otra, para tener claro el resultado a la hora de abordar la cuestión del procedimiento que el órgano jurisdiccional remitente ha de seguir para dar una respuesta al litigio principal:

«El artículo 10 del Reglamento (UE) n.º 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, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «cuando la ley aplicable al divorcio con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio» se refiere únicamente a los casos en que la ley extranjera aplicable no contemple el divorcio en forma alguna».

1.1. Interpretación del artículo 10

Ya adentrándonos en la interpretación del artículo 10, el TJUE realiza, entre otras, una interpretación literal del precepto, cuyo tenor es el siguiente:

«Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro».

De una lectura fiel de la primera hipótesis que plantea la disposición, no puede desprenderse que tenga cabida una interpretación amplia, ya que su enunciado es claro al determinar que sólo procederá aplicación de la *lex fori* cuando la ley aplicable no permita disolver el vínculo matrimonial de forma alguna. Esto queda avalado por la doctrina, mencionada por el Abogado General, que igualmente reconoce los límites de la aplicación del precepto, excluyendo los supuestos en que, o bien no se cumplen los requisitos exigidos, o bien la ley aplicable establece condiciones inaceptables para el divorcio.

Tampoco difiere de este significado el considerando 24 del Reglamento, que también hace alusión, únicamente, a «cuando la ley aplicable no contemple el divorcio», cuya literalidad no deja lugar a dudas.

Por tanto, y como bien observa la Comisión a este respecto, que la ley aplicable sea más restrictiva sólo supone cumplir una serie de requisitos adicionales, no la imposibilidad de acceder al divorcio.

Por otra parte, visto lo anterior y para facilitar la comprensión del enunciado del precepto, es fundamental introducir un análisis del mismo, expuesto en las Conclusiones del AG. En este sentido, una importante cuestión, si no la principal, que también ha querido el TJUE dejar claro en su resolución, es la función que cumple el precepto, pues se trata de una excepción frente a los artículos 5 y 8 del Reglamento, que introducen la autonomía de la voluntad y una escala de factores que vinculan a los cónyuges a falta de elección de ley aplicable, respectivamente.

No obstante, la estructura actual del precepto también se debe al artículo 4 del mismo Reglamento, que establece la aplicación universal de la norma, lo que inevitablemente conduce a que la *lex causae* pueda ser la de cualquier Estado, en virtud de las posibilidades recogidas en los artículos 5 y 8, y no sólo las de los EEMM participantes de la cooperación reforzada.

De esta forma, y vistas las distintas circunstancias personales que pueden presentar los cónyuges, se suple una laguna pues, mientras que sí que cabe la posibilidad de que la ley aplicable no contemple el divorcio, aunque no es muy probable dado que los únicos Estados que no lo contemplan son Filipinas y la Ciudad del Vaticano, la ley del foro siempre va a contemplarlo ya que, actualmente, todos los Estados Miembros firmantes de la cooperación lo contemplan, como se verá más adelante. Por tanto, el artículo 10 cumple la función de velar por el respeto a los ordenamientos que no prevén el divorcio.

Por último, también hay que aludir al artículo primero del Reglamento Roma III, que establece la aplicación de esta norma de conflicto de leyes tanto al divorcio como a la separación judicial. De la lectura del artículo 10, puede deducirse que sólo se aplicará una disposición a la separación judicial cuando la misma lo señale expresamente, pues mientras que en su segunda alternativa hace alusión a ambas, en la primera únicamente se refiere al divorcio. Por tanto, si el artículo 10, en su primera hipótesis, se aplicase cuando lo que no se prevé es la separación judicial, se habría incluido en su redacción; el legislador de la Unión ha sido claro a la hora de determinar qué es aplicable al divorcio, a la separación judicial, o ambas, y un ejemplo claro de ello es la disposición objeto de análisis.

Una segunda interpretación, en este caso contextual y sistemática, que pivota sobre la comparación entre el artículo 10 y el artículo 13 con su correspondiente considerando 26, tampoco permite obtener una respuesta distinta.

Aunque el sentido de la disposición mencionada es opuesto al del artículo 10, puesto que mientras la primera se refiere a que la ley del foro no contemple la figura del divorcio, el artículo 10 se refiere a que no la contemple la ley aplicable, ambos preceptos utilizan la misma expresión «no contemple el divorcio».

El significado de la expresión antes mencionada queda concretado en el considerando 26, al exponer que: «Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley de Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado miembro. En tal caso, no debe obligarse al órgano jurisdiccional a pronunciar una sentencia de divorcio o separación judicial en virtud del presente Reglamento».

Al tratarse de una acepción clara y general, que no sólo da sentido a la expresión en el marco del propio artículo 13, sino que también da una explicación global, su significado no debe quedar ligado únicamente al artículo 13, sino que ha de aplicarse también al artículo 10.

En definitiva, y como expone el Sr. Tanchev, la doctrina también señala que el artículo 10 ha de interpretarse conjuntamente con el considerando 26. Tras ver el significado que la disposición adquiere junto con el considerando, declara que no es de aplicación al presente supuesto de hecho, puesto que las condiciones, aunque restrictivas, no imposibilitan acceder al divorcio, dejando la puerta abierta a la aplicación de la cláusula de orden público del artículo 12.

Otra de las interpretaciones en la que, a diferencia del alto Tribunal, el Abogado General sí que hace hincapié, es la interpretación histórica recibida por el precepto, dedicada a valorar globalmente su proceso de aprobación.

En este sentido, y como ya he aludido en la introducción, la aprobación del R. 1259/2010 y, por ende, de su artículo 10, encuentran su origen en un proyecto de modificación del R. 2201, motivado por el Libro Verde redactado por la Comisión, del que ninguno de los artículos que conforman su preceptuado contemplaban nada parecido a la actual redacción del artículo 10.

Las negociaciones referidas a tal propuesta supusieron dos cosas: Por una parte, aclarar que se trataba de un tema importante que generaba muchas dificultades en el ámbito de los conflictos de leyes y, por otra, que no existía unanimidad para proseguir con la propuesta, por las dificultades que muchos Estados preveían que su aprobación traería consigo.

Tras la negativa a modificación del Reglamento Bruselas II *bis*, varios países se unieron para plantear una propuesta de cooperación reforzada, relativa a la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial que, una vez aprobada por la Comisión en 2010, se convirtió en el R. 1259.

Desde que ese conjunto de Estados propusieron la cooperación reforzada hasta la actualidad, el artículo 10 no ha venido sufriendo alteración alguna, y esto se debe a que este precepto es de especial importancia para evitar la discriminación, según su parte expositiva.

Esto es así debido a que, además de la posibilidad de que un Estado tercero no contemple el divorcio, en el momento en que se aprobó el Reglamento, Malta no contaba con ningún tipo de legislación relativa al mismo.

El hecho de que Malta participase de la cooperación reforzada supuso tanto la redacción del artículo 10 como del artículo 13. Hay que tener en cuenta el trasfondo político de ambos artículos¹⁶: buscar la adhesión al texto del mayor número de Estados posible. Aunque el artículo 10 trata de hacer frente, como ya hemos mencionado, a las lagunas de los ordenamientos de Estados terceros, busca, asimismo, mediante la inclusión de la aplicación de la ley del foro, conseguir un mayor consenso. El artículo 13, por su parte, sirve para conseguir la participación de Malta, ya que carece de sentido que el único Estado de la UE que no reconoce la figura del divorcio se adhiera a un Reglamento que versa exclusivamente sobre ello, y ésta es una forma de conseguirlo.

No obstante, con la inclusión del divorcio en su legislación en julio de 2011, ambos preceptos presentan una importante diferencia: Mientras que el artículo 10 sigue siendo plenamente válido y eficaz, puesto que puede extrapolarse a legislaciones de Estados que no forman parte de la Unión Europea, la redacción de la primera premisa del artículo 13 carece de eficacia a efectos prácticos.

En esta misma línea, el Gobierno portugués define el artículo 10 como una manifestación del principio de *favor divortii*, lo que supone no permitir la aplicación de una ley que no prevea normas relativas al divorcio, aun cuando la propia *lex causae* haya sido elegida de común acuerdo por los cónyuges.

Visto lo anterior, mediante una lectura histórica del precepto tampoco es válida una interpretación amplia, puesto que el objeto de la redacción del artículo 10 consistía en solucionar problemas como el acontecería con la legislación maltesa, que realmente no contemplaba el divorcio.

La última interpretación que recae sobre el artículo 10, y en la que tanto el TJUE como el AG coinciden, es la que se refiere al objetivo con que fue redactado; esto es, una interpretación teleológica.

Para poder exponer mejor esta interpretación, es necesario traer a colación la finalidad que persigue el Reglamento, mediante la alusión a los considerandos 9, 21 y 29 del Reglamento: «crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al

¹⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2012, 1, pp. 135-94.

divorcio y a la separación judicial en los Estados Miembros participantes, garantizar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional y, por lo tanto, facilitar la libre circulación en la Unión europea, así como impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses»¹⁷.

Si la interpretación recibida por el precepto fuese amplia, se darían tres situaciones distintas:

En primer lugar, dicha interpretación sería contraria a la literalidad del artículo 10 que, como ya se ha expuesto, es clara e inequívoca, y viene avalada por los considerandos 24 y 26.

En segundo lugar, esa interpretación no favorecería al motivo por el que se incluye esta disposición en el Reglamento que, en virtud de lo alegado por los Gobiernos alemán y rumano, consiste en el carácter excepcional de la misma para suplir las lagunas que pueden surgir de la aplicación de los artículos 5 y 8, expuestos anteriormente. Asimismo, el Gobierno portugués ve en tal interpretación un perjuicio para la autonomía de la voluntad de los cónyuges y la aplicación de la ley con el vínculo más estrecho, puesto que se vulnerarían la seguridad jurídica y previsibilidad que otorgan tales preceptos.

En tercer lugar, sería contraria a la finalidad con que se aprueba el Roma III, que es la de armonizar las normas sobre conflicto de leyes en esta materia, mediante la prosecución de los objetivos mencionados, algo que sería complicado si se permitiese aplicar la ley del foro aun cuando el divorcio se prevé, aunque sea en condiciones más restrictivas.

A este respecto, señala el Gobierno rumano que dicha interpretación requeriría de un análisis caso por caso y de la apreciación subjetiva de las «condiciones restrictivas», perjudicando así la seguridad jurídica y a la previsibilidad. Además, esto favorecería el *forum shopping*, porque mediante la unión de las distintas alternativas que prevé el artículo 3 del R. 2201/2003 y de una interpretación amplia del precepto, se podría incitar a que uno de los cónyuges interpusiese la demanda en un Estado Miembro competente

¹⁷ Ap. 30 de la STJUE.

con una ley más favorable a sus pretensiones, poniendo en tela de juicio la previsibilidad y perjudicando al cónyuge demandado.

De todo lo anterior resulta que esta disposición limita el margen de maniobra del órgano jurisdiccional, pues o bien la ley aplicable contempla el divorcio, o bien no lo hace; es por ello que se llega a la conclusión de que la aplicación del precepto ha de realizarse de forma mecánica y sistemática. Además, hay que tener en cuenta, como ya lo tuvo la Comisión, que la aprobación del Reglamento supone que sus EEMM participantes aceptan la posibilidad de que, en un momento dado, sus órganos jurisdiccionales tengan que aplicar una ley extranjera, a pesar de la disparidad existente entre las distintas legislaciones. Las únicas excepciones a ello serían las de los artículos 10, 12 y 13 del Reglamento. De esta forma, se resalta de nuevo el carácter excepcional del artículo 10 y, por ello, su carácter restrictivo; lo que queda reforzado por la mención a la jurisprudencia que realiza el Abogado General.

Por último, es necesario tener presente lo alegado por el Gobierno alemán, que considera que, el hecho de que el divorcio traiga consigo determinadas condiciones constituye la regla y no la excepción, pues cada legislación nacional parte de un origen distinto. Cabe añadir, que de la misma forma que lo señala el Abogado General, las condiciones que exige la ley italiana no suponen un impedimento tan grande como para no poder llevar el divorcio a la práctica.

1.2. Aplicación del artículo 10 por el Tribunal remitente

La segunda parte de la sentencia se centra en el tipo de repuesta que el Tribunal de Justicia de la UE debe facilitar al órgano jurisdiccional remitente para resolver el litigio principal. Así, mediante reiterada jurisprudencia relativa a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE¹⁸, se delimita el objeto con que el éste debe abordar, en general, una cuestión prejudicial, expresado en el artículo 267 del TFUE, al decir que «el TJUE debe proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce».

¹⁸ Ap. 37 de la Sentencia.

A lo anterior se suma que, como ha podido observarse a lo largo del análisis de la Sentencia, diversas instituciones han realizado observaciones escritas al Tribunal de Justicia. Ejemplo de ello son las consideraciones del Gobierno alemán y de la Comisión Europea a este respecto, mediante las que indican que, además de dar una respuesta efectiva, debe proporcionar indicaciones respecto a las consecuencias prácticas de la interpretación artículo 10, ya expuesta anteriormente en el fallo de la Sentencia.

La rigurosidad con que se indica cuál ha de ser la concreta respuesta que ha de dar para que el órgano jurisdiccional rumano pueda resolver el litigio conforme a Roma III se debe a que Rumanía no contempla ningún tipo de regulación sobre la separación judicial.

Por ello, al determinar la no aplicabilidad del artículo 10 al litigio principal y, por tanto, la aplicación del Derecho italiano, no dar ninguna pauta al Tribunal remitente supondría que, al encontrarse éste con un «obstáculo procesal», resolviese mediante una serie de criterios procesales que llevarían a inadmitir la demanda y, en consecuencia, a no permitir un análisis del fondo del asunto.

Detallando más esta cuestión para una mejor comprensión de la misma, los Tribunales rumanos recurrirían a una práctica común que recoge su jurisprudencia nacional, que consiste en rechazar las demandas de separación judicial o de divorcio que no venga precedido de una separación judicial declarada por un Tribunal, por presentar tres características que hacen imposible su admisión a trámite: En primer lugar, por ser inadmisibles, ya que la legislación rumana no cuenta con un preceptuado relativo a la separación judicial. En segundo lugar, por ser prematuras, puesto que se ha presentado la demanda de divorcio sin haber recabado previamente la preceptiva separación judicial. En tercer lugar, por ser infundadas, lo que se traduce como el resultado de que sean inadmisibles y prematuras.

En definitiva, mediante tales observaciones se pretende recalcar la necesidad de, además de dar una interpretación uniforme del artículo 10 para tener una base sobre la que resolver, dar unas instrucciones exactas sobre cómo debe proceder la actuación de los tribunales rumanos; esto es, cómo deben aplicar el Derecho italiano al supuesto de hecho concreto, en base a la interpretación restrictiva acogida por el artículo 10. Esto es así porque el efecto principal consiste en, como ya se ha contemplado, no entrar en el fondo

de ningún asunto relativo a una separación judicial o a un divorcio que no trajese consigo una separación judicial declarada previamente por los Tribunales italianos.

Igualmente, esto generaría una contrariedad manifiesta frente al efecto útil del Reglamento que, aprobado en aras de conseguir la armonización de las distintas legislaciones de los Estados Miembros que participan de la cooperación reforzada en esta materia, no permitiría a esa norma de conflicto de leyes desplegarse como debiera y con el objeto con que se promulgó.

Con una exposición acerca de cuál es la alternativa que utilizan los órganos jurisdiccionales rumanos en supuestos como el presente, y relacionándolo estrechamente con la obligación del TJUE de «[...] proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta adecuada y útil a efectos de la aplicación del Derecho de la Unión en el litigio del que conoce»¹⁹, se estima suficientemente corroborada la necesidad de ir más allá y dar una serie de instrucciones concretas al Tribunal remitente para poder resolver conforme a esta norma unificadora aplicable al caso.

La razón es que, a pesar de carecer la legislación rumana de disposiciones aplicables a la separación judicial, al declarar el artículo 3.b) del R. 2201/2003 la competencia de los Tribunales rumanos, éstos no pueden inhibirse, estando obligados a pronunciarse sobre la demanda, y habrán de hacerlo, indiscutiblemente, mediante la aplicación del Derecho italiano.

Y, aunque esas indicaciones se disponen para este caso concreto, no por ello dejan de sentar un importante precedente jurisprudencial para posteriores controversias en la aplicación, no sólo de este concreto precepto, sino del R. 1259.

Además, resulta de gran interés, por su innegable lógica, una de las alegaciones formuladas por el Gobierno alemán, al considerar que todos los EEMM suscritos a esta cooperación deberían garantizar, mediante sus órganos jurisdiccionales, la concesión de un divorcio o separación judicial, bien sea en virtud de la aplicación por analogía de sus normas de divorcio a la separación judicial, bien sea legislando sobre esa materia o adaptando la normativa de la ley extranjera aplicable.

¹⁹ Ap. 60 de las Conclusiones del Abogado General y Sentencia de 28 de junio de 1978, Simmenthal (70/77, EU:C:1978:139), apartado 57.

En vista de lo anterior, siendo que la separación judicial conforma uno de los pilares principales del Reglamento, carece de sentido que los Tribunales rumanos rechacen los procedimientos que versen sobre la misma, y más aún, invocando la cláusula de orden público del artículo 12, puesto que el propio Estado aceptó tal cooperación, de forma que podía preverse que en algún supuesto tuviese que enfrentarse a una separación judicial y, siguiendo esa misma línea, aunque no posea regulación como tal, conoce de su existencia, por lo que no es una figura jurídica tan extraña como para que puedan considerar que va en contra del orden público nacional.

En otro orden de cosas, cabe añadir, en cuanto al contenido material del litigio principal, una serie de puntualizaciones sobre las alegaciones realizadas por JE en apelación ante el Tribunal de Distrito Quinto de Bucarest, para defender la aplicación de la ley rumana frente al Derecho italiano, en base a dos premisas distintas:

Por una parte, aludiendo al artículo 2600.2 del Código civil rumano, que supone una «transposición» del artículo 10 del Reglamento. No obstante, son varias las cosas que hay que decir a este respecto: En primer lugar, que el R. 1259 es directamente aplicable, a diferencia de las directivas que sí que necesitan una norma de transposición en el Derecho nacional. En segundo lugar, que debido a su aplicabilidad directa y por formar Rumanía parte de la cooperación reforzada, en un supuesto internacional, es prioritaria la aplicación del Reglamento de la UE sobre cualquier tipo de norma nacional, de forma que no habría que recurrir a la legislación nacional bajo ninguna circunstancia. Por último, y en tercer lugar, que en una comparación de la redacción del artículo 10, expuesta con anterioridad, y de la redacción de su transposición al Derecho rumano, pueden apreciarse significativas diferencias que hacen la transposición defectuosa, en el caso de que la norma nacional fuese de aplicación.

Por otra parte, hace referencia a la aplicación de la cláusula de orden público del artículo 12 del Reglamento, por la que «Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro». Hay que hacer referencia al considerando 25, que dispone la aplicación de esta cláusula para casos excepcionales. Teniendo en cuenta la interpretación del artículo 10 expuesta anteriormente, puede llegarse a la conclusión de que no se trata de un supuesto excepcional: primero, porque la separación judicial es, reiterándose en lo ya dicho, un elemento fundamental del Reglamento, conocido por todos sus EEMM participantes y, segundo, no se trata de un

requisito cuyo cumplimiento sea tan complicado como para no poder obtener el divorcio y que, por ello, vaya en contra del orden público del foro.

Así las cosas, y haciendo alusión a la jurisprudencia en el ámbito de cooperación entre los Tribunales nacionales y el TJUE que mencionábamos anteriormente, el alto Tribunal tiene que facilitar al Tribunal rumano «todos los elementos de interpretación que puedan permitirle resolver el asunto de que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al redactar sus cuestiones»²⁰, de forma que procederemos, a continuación, al análisis detallado del modelo de actuación dado al órgano remitente.

Aunque la Sentencia no profundiza demasiado en él, sí que aporta las líneas generales: Como el Tribunal rumano no puede declarar la separación judicial por sí mismo, al carecer de normas procesales que lo habiliten a tal efecto, lo que sí debe hacer es comprobar que se cumplen las condiciones de fondo del Derecho italiano; es decir, que existe una declaración de separación judicial de 3 años previa constatada por los Tribunales italianos, y hacerlo constar en el marco del procedimiento de divorcio entre JE y KF.

Por su parte, el Sr. Tanchev sí que da una explicación más amplia acerca de la actuación que habrán de llevar a cabo los Tribunales rumanos. Para ello, menciona la propuesta de la Comisión, cuya esencia es la misma que la de la solución que expone el TJUE, y que consiste en que el Tribunal conocedor del procedimiento «aplique los requisitos sustantivos de la ley aplicable y renuncie a la aplicación de los requisitos de procedimiento de dicha ley, si el derecho procesal del foro no permite cumplir dichos requisitos de procedimiento». En otras palabras, lo que ha de hacer el Tribunal rumano es corroborar que existe una separación entre los cónyuges de un mínimo de 3 años, previa a la interposición de la demanda y, una vez lo haya hecho, que prescinda del requisito procesal de la ley italiana de necesitar tal constatación por parte de los Tribunales.

El Abogado General defiende esta solución, no sólo porque habilita al órgano jurisdiccional remitente para resolver, sino también porque, al exigir el cumplimiento de los requisitos sustantivos de la ley italiana, no se está permitiendo acudir al *forum shopping*, porque gracias a los criterios de determinación de la competencia judicial

²⁰ Ap. 61 de las Conclusiones del Abogado General y Sentencia de 19 de septiembre de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732), apartado 43.

internacional, no pueden evitar el cumplimiento de la separación recurriendo a otros Tribunales.

Señala también la coherencia de la solución con un principio del Derecho de la UE, conocido como *lex fori regit processum* por el que, mientras que en un proceso internacional lo relativo a las normas sustantivas (materiales) puede regirse por la ley del foro o por una ley extranjera, las cuestiones de procedimiento siempre se regirán por la ley del foro.

Su origen se encuentra en el principio de estricta territorialidad de las leyes procesales puesto que, como los procedimientos se dirigen a los órganos jurisdiccionales, esto permite que los jueces y magistrados apliquen las normas del procedimiento siempre de la misma forma, favoreciendo así la seguridad jurídica; ya que cada Estado determina el funcionamiento de su Administración de Justicia. Ejemplo de ello es el artículo 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en España.

En relación con ello, en la tarea del legislador de la UE de garantizar, en la medida de lo posible, el derecho sustantivo de la ley aplicable en el Estado Miembro del foro, incluso en los casos en que éste carece de un concepto jurídico material equivalente, como sucede en el presente caso. Para ello, se han establecido una serie de instrumentos que sirven como «mecanismos de adaptación del Derecho nacional sustantivo y procesal». A estos efectos, aunque el R. 1259 no prevé expresamente esa posibilidad, tampoco se ha manifestado para descartarla.

En resumen, cuando la ley aplicable establezca un requisito proveniente de su Derecho procesal que los órganos del Estado foro no puedan aplicar por las limitaciones de su Derecho procesal, podrá renunciar a su aplicación si se cumplen los requisitos sustantivos de la *lex causae*.

Por tanto, no se exige al Tribunal rumano que reconozca, por procedimiento separado, la separación judicial, pero sí que confirme en su resolución que se cumplía dicho requisito, debiendo adaptar para ello el Derecho procesal del foro, si es necesario.

IV. OTROS ASPECTOS DEL ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN

Pese a que ya se ha visto la construcción de una interpretación uniforme del artículo 10 y de su aplicación al presente asunto, mediante el análisis de la STJUE de 16 de junio y las correspondientes Conclusiones del Abogado General, resulta enriquecedor traer a colación dos estudios doctrinales que permiten apreciar nuevos puntos de vista acerca de la cuestión objeto del trabajo.

Bajo esta premisa, me he centrado en los artículos de los profesores María Pilar Diago y Albert Font i Segura que, además de hacer un repaso del proceso deductivo y del resultado llevados a cabo por el TJUE, incorporan matices que considero habrían de ser tenidos en cuenta para una valoración más completa.

Concretamente, el primero de los estudios corrobora la resolución expuesta por la Sentencia con matices interesantes, mientras P. Diago Diago, en su artículo, pone de manifiesto una serie de cuestiones que permiten dudar de la eficacia de la respuesta a la cuestión prejudicial en la práctica forense, en un planteamiento más amplio de la cuestión.

1. ESTUDIO DE A. FONT I SEGURA

En cuanto al estudio realizado por Albert Font i Segura²¹, no se separa de la resolución dictada por el TJUE, independientemente de una serie de apuntes que realiza al respecto.

En referencia a ello, en su comentario también pueden diferenciarse dos partes, que se corresponden con la división realizada en la sentencia del Tribunal de Justicia, esto es: una relativa a la interpretación y otra que concierne a la aplicación.

No obstante, antes de entrar en el fondo del comentario, quiero destacar una valoración que Font i Segura lleva a cabo en cuanto a la función que cumple, como otras tantas, la resolución de la presente cuestión prejudicial. Lo que sucede es que, a pesar de no ser la primera cuestión prejudicial planteada por un Tribunal rumano en el ámbito del Derecho de familia, sí que es la primera en lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable. Y esto es importante porque, mediante la resolución de dudas relativas a los tres sectores que construyen un proceso – competencia judicial internacional, ley

²¹ FONT I SEGURA, A., «Contemplar las palabras sobre el papel escritas, medirlas... (Nota a la STJUE de 16 de julio de 2020, as. C-249/19)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 40, 2020, pp. 25-33.

aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones – es posible delimitar el alcance y operatividad de los Reglamentos de la UE frente a las normas nacionales.

Además, hace alusión, como también hizo el AG, a la influencia que han tenido las diversas legislaciones nacionales para inspirar una normativa de la Unión de conflicto de leyes, poniendo como ejemplo la anterior redacción dada al artículo 107.2 del Código civil²². Este precepto planteaba la misma duda que el artículo objeto del trabajo: la expresión contenida en su letra c), que dispone «si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio...». En virtud de ello, ¿ha de interpretarse de forma que sólo se aplique la ley española cuando la ley extranjera no prevea en su ordenamiento ninguna de las dos figuras jurídicas o, por el contrario, la ley española se aplica cuando, de la comparación de ambas, resulta que la ley extranjera contiene unas condiciones más restrictivas? Bien, en este supuesto la doctrina declaró que su interpretación había de corresponderse con que la ley extranjera no conociese de esas figuras en forma alguna.

Ya adentrándonos en su artículo, en primer lugar, Font i Segura considera la respuesta del TJUE como «previsible y acertada». Acertada, porque considera correctos los criterios utilizados para determinar el significado del precepto, conforme a la excepcionalidad que lo caracteriza. Previsible, porque mucho antes de que se forjase el litigio diversos expertos ya habían apuntalado el significado del artículo 10, como Mónica Herranz Ballesteros en uno de sus artículos²³, al dilucidar la cuestión disponiendo que el hecho de que la ley extranjera designada aplicable contenga unas condiciones más restrictivas para obtener el divorcio no supone, per se, un desplazamiento de la misma en favor del Derecho del foro; esto es, mientras la *lex cause* regule la institución, carece de relevancia la rigidez de sus requisitos.

En definitiva, el resultado y propósito derivados del R. 1259/2010, y de éste combinado con el R.2201/2003 consisten en que el Tribunal competente acabe aplicando su propia ley. Esto se debe a que, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, tanto mediando la autonomía de la voluntad como a falta de ella, la conexión principal que

²² Introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

²³ HERRANZ BAALLESTEROS, M., “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el Reglamento (UE) n.º 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”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 22, 2012, pp.43-46, p.62.

establecen los artículos 5 y 8 es la residencia habitual común de los cónyuges, y esto, junto con los foros de competencia judicial internacional de Bruselas II *bis*, lleva a promover la coincidencia de *fórum e ius*, es decir, la competencia de los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual, y la aplicación de la ley de dichos órganos.

No obstante, esto no siempre es así: por una parte, porque la combinación de ambos Reglamentos, con sus diversos criterios de determinación de la competencia o de la ley aplicable, no garantizan esa coincidencia y, por otra, porque a pesar de que la residencia habitual es el criterio principal, no por ello la nacionalidad común o la ley del foro son menos importantes, ya que es más complicado cumplir todos los requisitos que exigen las dos primeras opciones.

Por ello, cuando no se produce esta coincidencia, el R.1259/2010 defiende que el Tribunal competente habrá de resolver conforme a la ley extranjera declarada aplicable²⁴ y ²⁵, y sólo excepcionalmente conforme a su propia legislación.

Pero al ser aquél de cooperación reforzada, presenta una serie de limitaciones en cuanto a su ámbito personal de aplicación, de forma que no todas las jurisdicciones sometidas al R. 2201 van a aplicarlo. Esto supone, por una parte, una garantía en cuanto al derecho a acceder al divorcio en el marco de los EEMM participantes y, por otra, una clara ausencia de uniformidad en la aplicación de las normas de conflicto de leyes de la UE, perjudicando directamente a la seguridad jurídica.

En lo que se refiere a la primera parte de la exposición del Tribunal de Justicia, da una explicación, a mi parecer más comprensible, acerca de la aplicabilidad del considerando 26 al artículo 10, que se debe, como bien dice el autor, a que se trata de caras «contrapuestas de la misma moneda». Lo que sucede es que ambos preceptos guardan un mismo objeto, es decir, en ambos casos se trata de evitar la aplicación de la extranjera, aunque por motivos antagónicos: mientras que el artículo 13 la evita porque

²⁴ El considerando 14 del Reglamento trata de asegurar la aplicación de la ley extranjera de otro Estado Miembro de la UE de forma efectiva, designada en virtud del mismo, poniendo al servicio de los órganos jurisdiccionales del Estado del foro una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, que proporciona asistencia a los mismos, informándoles sobre el contenido de dicha ley extranjera, recogida en la Decisión 2001/479/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001.

la ley del foro no contempla el divorcio, el artículo 10 lo hace porque es la propia ley extranjera la que no lo contempla.

De todo ello se deduce que la aplicación del artículo 10 ha de ser «automática y mecánica», es decir, rígida y sin entrar a valorar subjetivamente las condiciones a que se somete el divorcio, en consonancia con lo expresado por el TJUE. Y es por ello que este artículo representa el *favor divortii* de la forma más plena, puesto que expresa y protege el derecho de poder divorciarse, pero no por ello con mayores facilidades.

Uno de los puntos en los que Font i Segura difiere de la resolución inicial es en lo relativo al *forum shopping*. Mientras que el TJUE considera que una interpretación amplia del precepto incitaría a esta práctica, el autor considera lo contrario puesto que, independientemente de la interpretación que reciba el precepto, el R. 2201 va a seguir previendo diversas alternativas para la determinación de la competencia judicial internacional, que van a permitir interponer la demanda de divorcio ante la jurisdicción del Estado que mejor satisfaga los intereses del demandante.

Es en la segunda parte, relativa al procedimiento, donde el autor encuentra el problema y, más concretamente, en la obligación impuesta por el alto Tribunal al Tribunal rumano de pronunciarse sobre la demanda a pesar de no conocer su legislación nacional de la separación judicial.

En primer lugar, hay que aclarar que el autor considera que sus conclusiones son correctas. La causa que subyace en que el Tribunal dé una respuesta tan amplia, esto es, que además de dar una interpretación uniforme al precepto, indique al órgano remitente de cómo ha de actuar, se debe a que con ello se trata de evitar que el Tribunal rumano active esa práctica jurisprudencial ya mencionada, porque es contraria a los objetivos que persigue el Reglamento y atenta directamente contra el *favor divortii* encarnado en el artículo 10.

Por eso le impone al órgano jurisdiccional remitente tal obligación, puesto que no prever legislación alguna para el tratamiento de la separación judicial no justifica la aplicación de un criterio jurisprudencial semejante, que invalide el efecto útil del Reglamento.

Resulta interesante la forma en que Font i Segura describe la resolución procedimental dada al litigio principal, puesto que va más allá de lo que el primero considera necesario, es decir, de que haya un pronunciamiento sobre el fondo.

Bajo este tenor, ya sabemos que el TJUE dispone que el Tribunal rumano ha de comprobar «que se cumplen las condiciones de fondo previstas en la ley extranjera y hacerlo constar en el marco del procedimiento de divorcio del que conoce». Puede llegar a pensarse que el Tribunal de Justicia se ha extralimitado en sus competencias en cuanto a la resolución de la cuestión prejudicial, pero fácilmente se disipa esa duda atendiendo a los elementos en base a los que ha llegado a exigir tal comprobación. El Tribunal rumano, competente, ha aplicado Roma III, ha determinado en base al mismo la ley aplicable, la italiana, y ha constatado su contenido, de forma que cabe pensar que esté limitando «la libertad de los Estados para configurar su sistema de aplicación del Derecho extranjero, en la medida en que tal aplicación sea consecuencia de las normas de conflicto contenidas en instrumentos de la UE»²⁶.

En virtud de todo lo expuesto, parece lógico que el Tribunal rumano compruebe que se cumplen las condiciones de fondo de la legislación italiana y lo haga constar en el procedimiento. Considera el autor, asimismo, que una vez se admita a trámite la demanda, puede suceder que existan otro tipo de defectos de fondo que imposibiliten la admisión de la demanda y que, por ello, tenga un impacto procesal; pero todo ello, con independencia de esta cuestión principal y una vez se ha entrado a examinar el fondo.

2. ESTUDIO DE P. DIAGO DIAGO

Mientras que el autor anterior corroboraba la resolución dada al Tribunal de Primera Instancia de Distrito Quinto de Bucarest, el estudio llevado a cabo por P. Diago Diago²⁷ muestra cierta disconformidad en relación con la solución planteada para abordar lo relativo al criterio jurisprudencial seguido por los Tribunales rumanos, planteando dudas que van más allá del presente supuesto de hecho.

De la misma forma que Font i Segura, Diago Diago pone de manifiesto la relevancia que la respuesta a esta cuestión prejudicial tiene en la práctica. En resumen, el *quid* de la

²⁶ De Miguel Asensio, Pedro, “Aplicación judicial de la ley extranjera y reglas de conflicto de la Unión.

²⁷ Cuando la ley aplicable no contemple el divorcio se aplicará la ley del foro: interpretación restrictiva del art. 10 del Reglamento 1259/2010 proporcionada por la STJUE de 16 de julio de 2020 asunto C-249/19.

cuestión radica en guiar la futura actuación del Tribunal remitente para evitar una práctica jurisprudencial que no permite garantizar el divorcio y que pone en tela de juicio el objeto del Reglamento.

En primer lugar, en relación con los hechos constitutivos del litigio principal, y entendiendo que la causa de inadmisión de la demanda fue la separación²⁸, concretamente la ausencia de la misma, el Derecho italiano exige, como requisito previo a la interposición de la demanda de divorcio, que se haya declarado judicialmente una separación de tres años.

No obstante, la autora señala la posibilidad de que el Tribunal Rumano, y el mismo TJUE, no conociesen de las más recientes actualizaciones del Derecho italiano en este ámbito, puesto que en 2015 se produjo una modificación del mismo, incluyendo el «divorcio breve», es decir, el plazo de 3 años se reduce a 12 meses de separación ininterrumpida y, en el supuesto de la separación consensuada, se reduce a 6 meses²⁹. Mediante esa modificación, aunque no puede evitarse el requisito de la separación judicial, sí que se facilita el acceso al divorcio en términos de tiempo, lo que quizá podría haber influido en aquellas «condiciones restrictivas».

En segundo lugar, y también de gran importancia a futuro, analiza las causas alegadas por JE en su recurso para declarar la aplicación del Derecho rumano frente al italiano, y ninguna de esas causas responde al artículo 10.

Como sabemos, JE planteaba dos alternativas distintas. Así, en cuanto a la aplicación del artículo 2600.2 del Código civil rumano, expuesta previamente, nos encontramos ante una transposición del artículo 10 del Reglamento. A este respecto, hay que hacer dos apuntes: En primer lugar, y reiterándome en lo dicho, los Reglamentos son obligatorios y directamente aplicables, de forma que no es necesario que exista una correspondencia con la legislación nacional porque no hay que acudir a la misma.

En segundo lugar, en cuanto a la transposición efectuada por los legisladores de Rumanía, la misma no se corresponde con el tenor literal del artículo 10, puesto que la redacción es la siguiente: *«Si la ley extranjera de ese modo determinada no contempla el divorcio o lo admite en condiciones extraordinariamente restrictivas, se aplicará la ley*

²⁸ No se sabe si la separación se fundaba en Derecho italiano o en el Derecho rumano, pero en cualquier caso se exige una separación, judicial, en virtud de la legislación italiana ya mencionada, o de hecho, conforme al artículo 373.c) del Código civil rumano.

²⁹ GU n.107 del 11-05-2015.

rumana cuando uno de los cónyuges sea, en la fecha de la demanda de divorcio, nacional rumano o tenga su residencia habitual en Rumanía».

El artículo 10 no impone ninguna condición para la aplicación de la ley del foro, mientras que la legislación rumana sólo permitirá la aplicación de su propia ley en virtud de la nacionalidad o de la residencia habitual. Como es sabido, la transposición de una norma comunitaria ha de mostrar una equivalencia exacta a la norma original, algo que en este caso no se produce, cuyo efecto es desvirtuar la naturaleza del Reglamento.

En cuanto a la activación de la cláusula de orden público internacional, regulada en el artículo 12, es necesario determinar las diferencias que existen entre las causas de aplicación de ambos artículos para poder corroborar que no procede la aplicación de este precepto.

Así, lo que lleva a la aplicación del artículo 12 son las circunstancias del caso concreto, es decir, no es el propio contenido de la norma extranjera lo que supone una incompatibilidad con el orden público del foro, sino el resultado concreto de su aplicación. Por su parte, la aplicación del artículo 10 sí que depende de la letra de la ley extranjera y, concretamente, de si contempla o no el divorcio, en base a lo cual se aplicará de forma automática.

De esta forma, la cláusula del artículo 12 se aplicará en función de las circunstancias del caso concreto, es decir, no es el contenido de la norma extranjera lo que provoca su aplicación, sino el resultado concreto de su aplicación. Por su parte, el artículo 10 sí que depende del contenido de la ley extranjera y, concretamente, de que contemple el divorcio y, en base a eso, actúa de manera automática.

En relación con lo anterior, ya hemos hecho alusión al considerando 24, que señala que todo supuesto de hecho que encaje en la aplicación del artículo 10, ha de entenderse sin perjuicio de la cláusula del artículo 12. Con ello se ponen de manifiesto las diferencias existentes entre ambos preceptos pero, además, todo aquello confirma la necesaria coexistencia de ambas disposiciones, puesto que el artículo 10 no es una expresión del artículo 12³⁰.

³⁰ Esto queda perfectamente explicado por P. DIAGO DIAGO en su estudio «El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, n.º 2, 2014, pp. 49 – 79, pp. 64 y ss.

Hace la autora, además, gran énfasis en la facilidad del Tribunal remitente para enfocar el problema hacia la interpretación del artículo 10, y no hacia ninguna de las alternativas del recurso de apelación.

En cuanto a las interpretaciones efectuadas por el TJUE, en lo que se refiere a la interpretación literal, remarca la irrelevancia de que las condiciones de la *lex causae* sean más estrictas o de que la ley del foro no contemple la separación judicial; lo único relevante es que la *lex causae* contemple el divorcio.

Destaca, en lo concerniente a la interpretación teleológica conforme a los fines del Reglamento, un par de apuntes relativos a algo ya dicho, evitar el *forum shopping*. En primer lugar, con carácter general, al tratarse de un Reglamento restringido a sus EEMM participantes, considera que el *forum shopping* se evitará sólo en cuanto a esos Estados Miembros.

En segundo lugar, en relación con la seguridad jurídica y previsibilidad, éstas se verían perjudicadas si la interpretación del precepto fuese amplia. En cuanto a la seguridad jurídica, porque como entraría el criterio subjetivo del juzgador, no podría seguirse ningún patrón para saber cuál será la ley aplicable; en cuanto a la previsibilidad, en consonancia con lo anterior, lograrla resultaría imposible.

Como todo comentario dedicado a realizar un análisis de la presente cuestión prejudicial, la autora hace una separación entre la interpretación del artículo 10 y su aplicación. Centrándonos en esa segunda parte, Diago señala, en primer lugar, los problemas procesales que acarrea el tener que aplicar el Derecho italiano por el Tribunal rumano sin prever disposiciones relativas a la separación judicial, por cuanto la resolución del Tribunal de Justicia de la UE sólo determina la aplicación del Derecho material italiano.

En primer lugar, hace referencia a la necesidad de concretar la respuesta para evitar la puesta en práctica de los criterios jurisprudenciales rumanos ya mencionados, cuyo efecto sería el de impedir entrar al fondo de las demandas, y que es contrario al efecto útil del Reglamento, ya que se está privando de la aplicación del mismo, y difícilmente se producirá así efecto alguno.

La necesidad de respuesta se debe, así mismo, a la obligatoriedad de los Tribunales rumanos de pronunciarse, porque a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad parental, aquí no pueden declinar su competencia.

Por tanto, debido a la obligatoriedad de respuesta y ésta conforme al Derecho italiano, el alto Tribunal declara que el Tribunal remitente habrá de comprobar que se cumplen las condiciones de fondo y hacerlo constar en el procedimiento.

La autora identifica dos problemas a este respecto. El primero, relativo a la resolución de la demanda de divorcio conforme al Derecho italiano, cuando ésta no trae consigo una separación declarada judicialmente y el Derecho rumano no conoce tal figura. Esto supone la aparición de dudas relativas al Derecho material italiano, puesto que mientras que para ese Derecho la separación es un requisito del fondo, el tratamiento que se pretende que el Tribunal remitente le dé hace que la veamos como un mero requisito procesal, privándole de la sustantividad que lo caracteriza.

El segundo problema se centra en que el Tribunal rumano no puede declarar la separación judicial. El objeto de la demanda es el divorcio por lo que, en tanto que la legislación rumana lo prevé, no debería existir problema alguno. Los cónyuges podrían haber solicitado, con anterioridad, la separación judicial ante los Tribunales italianos, o incluso haber elegido una ley aplicable que respondiese mejor a sus intereses, pero no lo han hecho y ahora no cumplen con los requisitos que exige la ley aplicable.

La cuestión principal radica en que, cuando el TJUE impone la comprobación de las condiciones de fondo, da a entender que esa condición de fondo que es la «separación judicial» es un mero trámite procesal, desvirtuando la naturaleza del Derecho material italiano. Por ello, si un Tribunal italiano, aplicando su propio derecho, se encontrase con una situación así, tampoco podría dictar sentencia. Esto es así porque, si esa condición de fondo ha de tratarse como un trámite procesal, el no cumplirlo supondría, inicialmente, la inadmisión de las demandas de esta índole.

En relación con el segundo problema, Diago introduce un punto muy interesante, relativo a la búsqueda de una solución al litigio. Mientras que considera que la adecuación de la legislación, en este caso de la rumana conforme a la italiana, no conseguiría paliar los efectos en cuanto a las condiciones de fondo o procesales, propone, por el contrario, una aplicación analógica del artículo 13 para evitar los pronunciamientos sobre las separaciones judiciales, en supuestos en que la ley del foro no la contempla.

V. CONCLUSIONES

1. RESUMEN GLOBAL Y BREVE

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia del Distrito Quinto de Bucarest, en virtud de la demanda de divorcio interpuesta por JE frente a KF, dirime una duda que, aunque ya había sido planteada por diversos expertos con anterioridad al presente litigio, nunca antes había llegado a ser resuelta.

Mediante una serie de criterios de interpretación – literal, contextual y sistemático y teleológico –, el artículo 10 adquiere un significado firme y uniforme en el marco del Derecho de la Unión, y concretamente entre los Estados participantes de la cooperación reforzada. Conforme al mismo, la única forma en que cabe entender dicho precepto es restrictivamente, es decir, aplicando la ley del Estado del foro únicamente cuando la legislación aplicable al caso no contemple, de ninguna forma, la figura del divorcio; si lo contempla, independientemente de los requisitos que se exijan para su consecución, se aplicará la ley designada de acuerdo con los artículos 5 u 8 del Reglamento.

Pero además, el Tribunal de Justicia no se limita solamente a indicar cuál es la interpretación correcta que ha de recibir esta disposición, sino que también señala al órgano jurisdiccional remitente cómo ha de aplicarla en el supuesto concreto. De esta forma, impone al Tribunal nacional la obligación de comprobar que se cumplen las condiciones de fondo dispuestas por la ley aplicable y hacerlo constar en el marco del procedimiento. Y ello, con el fin de evitar una práctica jurisprudencial a la que los órganos jurisdiccionales rumanos recurrían en situaciones como la presente, y que es contraria a los objetivos perseguidos por Roma III: inadmitir las demandas por considerarlas inadmisibles, prematuras e infundadas, haciendo imposible un examen del fondo.

Así, se trata de colmar la laguna que presenta el Derecho rumano en lo que a separación judicial se refiere, y se evita un rechazo de plano de las demandas de esa índole, permitiendo a los Tribunales un examen del fondo de las mismas, aunque en un futuro puedan llegar a inadmitirse por otros motivos.

2. QUÉ ME HA APORTADO LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO

La realización del trabajo me ha supuesto una serie de aportaciones, en dos niveles distintos. Por una parte, y en sentido material, el análisis de la STJUE me ha permitido, en cierta medida, conectar de nuevo con el Derecho Internacional, atendiendo al proceso seguido por el TJUE para la resolución de la presente cuestión prejudicial, así como al papel que juega el Abogado General respecto a las mismas.

También y, principalmente, me ha aportado una vista más cercana de la institución del divorcio a nivel internacional, permitiéndome conocer más a fondo la legislación de la Unión Europea, en lo que a Derecho Internacional Privado se refiere y, más concretamente, obteniendo una mejor comprensión del origen, construcción y funcionamiento del R. 1259.

En relación con lo anterior, he podido comprender la importancia de la unificación de la legislación de la Unión Europea, para facilitar su aplicación en cualquier tipo de supuesto internacional.

Por otra parte, a nivel formal, la redacción del trabajo ha supuesto un aprendizaje y puesta en práctica de mis habilidades de redacción, de comprensión lectora, de elaborar un texto coherente y cohesionado, etc. Asimismo, para poder elegir el tema, he tenido que profundizara mucho en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con lo que he ampliado mi competencia en la búsqueda de resoluciones judiciales.

Además, al ser la primera vez que me enfrento a un trabajo de esta índole, ha sido especialmente beneficioso aprender a citar de forma correcta, ya que es una competencia que me puede ser de gran utilidad de cara al futuro.

3. IMPACTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como ya se ha expuesto a lo largo del trabajo, esta cuestión prejudicial tiene especial relevancia en tanto que sienta un precedente dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado.

En primer lugar, la determinación de la interpretación del artículo 10 supone una gran contribución para la legislación de la Unión Europea puesto que, aunque sólo afecta al marco de los Estados que participen del Reglamento Roma III, es algo imprescindible

para su buen funcionamiento. No obstante, no por ello es menos importante, ya que supone avanzar en el desarrollo de una materia que, actualmente, no cuenta con esa uniformidad en todos los Estados de la Unión, y una regulación efectiva podría aumentar la confianza del resto de Estados para unirse a una normativa de esta índole.

En segundo lugar, también contribuye a perfilar los límites del *forum shopping*. Como sabemos, uno de los objetivos con que se aprobó el Reglamento fue el de evitar este tipo de práctica, que coloca a uno de los dos cónyuges en una posición de indefensión. Como ya se ha visto, los distintos criterios de determinación de la ley aplicable que regula el R. 2201/2003 acotan notablemente las posibilidades de acudir a distintas jurisdicciones. Si a ello le sumamos la aplicación del R 1259/2010 para determinar la ley aplicable, se disipa totalmente la posibilidad de hacer uso del *forum shopping*.

De esta forma, se asegura que, aunque fuera del marco de los Estados participantes de la cooperación, pudiese activarse el *forum shopping* en virtud de cómo se designe la ley aplicable, dentro de la cooperación resulta imposible. Llega así un fin del *forum shopping* parcial, que se garantiza dentro del Reglamento Roma III, pero que es más difícil de controlar fuera del mismo.

Esto queda perfectamente corroborado mediante la presente resolución, al no permitir a ninguno de los cónyuges acudir a una legislación más beneficiosa o que, al menos, les facilita conseguir su propósito, cuando no cumplen los requisitos que exige la ley designada aplicable en virtud del Reglamento.

En tercer lugar, y quizá esta sea la cuestión más importante, aunque queda dilucidado el tratamiento que ha de darse al divorcio, en virtud del artículo 10 y de los considerandos 24 y 26, surge una cuestión nueva, referente a la separación judicial.

En lo que respecta a la misma, y como bien ha señalado P. Diago Diago en el estudio analizado anteriormente, la diferencia entre legislaciones y la falta de regulación nacional de la separación judicial, ocasionan problemas similares a los ya vistos con el divorcio.

En el proceso de divorcio entre JE y KF, dentro de la dificultad que presentaba por ser pionero en la materia, lo que se estaba tratando era un divorcio, recogido en las legislaciones de todos los EEEMM. No obstante, si lo que hubiera de tratarse fuese simplemente una separación judicial, son varios los Estados que no podrían hacerle frente por no albergar su ordenamiento respuesta para ello.

La resolución de esta cuestión prejudicial deja entrever la necesidad de que todos los Estados miembros del Reglamento aprueben una legislación que abarque esta figura, pues de lo contrario, en muchos casos se seguirían criterios jurisprudenciales como los aplicados por el Tribunal rumano en este litigio y, sobre todo, cuando todos esos Estados han aceptado participar de un Reglamento que tiene como uno de los pilares fundamentales la separación judicial.

Por último y, en cuarto lugar, deja la puerta abierta a la segunda hipótesis planteada en artículo 10. Mientras que la primera posibilidad que recoge ha quedado más que clara, surgen dudas acerca de qué tipo de interpretación ha de recibir la segunda, relativa a la discriminación por sexo hacia uno de los cónyuges. A este respecto, y aun formando parte del mismo precepto, surge un dilema acerca de si habría que dar la misma aplicación a ambos, es decir, la primera hipótesis ha de aplicarse de forma automática y sin entrar en las condiciones subjetivas, pero la segunda daría cabida a una interpretación de los motivos de discriminación, algo necesario para su correcta aplicación pero que actuaría en detrimento de la seguridad jurídica y la previsibilidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL, Sr. Evgeni Tanchev, presentadas el 26 de marzo de 2020. Asunto C-249/19, ECLI:EU:C:2020:231.

DE MIGUEL ASENSIO, P., «Aplicación judicial de la ley extranjera y reglas de conflicto de la Unión», <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/07/aplicacion-judicial-de-la-ley.html> (publicado el 17 de julio de 2020).

DIAGO DIAGO, P. «El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, n.º 2, 2014, pp. 49 – 79.

DIAGO DIAGO, P., «Cuando la ley aplicable no contemple el divorcio, se aplicará la ley del foro: interpretación restrictiva del art. 10 del Reglamento 1259/2010 proporcionada por la STJUE de 16 de julio de 2020 asunto C-249/19», *La Ley UE*, n.º 85, 2020.

FONT I SEGURA, A., «Contemplar las palabras sobre el papel escritas, medirlas... (Nota a la STJUE de 16 de julio de 2020, as. C-249/19)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 40, 2020, pp. 25-33.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2012, 1, pp. 135-194.

HERRANZ BALLESTEROS, M., «Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el Reglamento (UE) n.º 1259/2010, del Consejo, de 10 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 22, 2012, pp. 43-66.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, de 16 de julio de 2020. Asunto C-249/19, ECLI:EU:C:2020:570.