

**EL ESPACIO DEL DERECHO INTERREGIONAL
TRAS LOS REGLAMENTOS SOBRE OBLIGACIONES
DE ALIMENTOS Y SEPARACIÓN Y DIVORCIO***

***THE AREA OF INTERREGIONAL LAW AFTER
THE REGULATIONS REGARDING MAINTENANCE
OBLIGATIONS AND SEPARATION AND DIVORCE****

JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA
*Profesor Titular Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

Este estudio trata de establecer reglas jurídicas que se derivan de la utilización, en 5 Reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones, de las cláusulas de exclusión de conflictos exclusivamente internos y de la incorporación por referencia del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y del Reglamento 1259/2010 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.

Palabras clave: Conflictos internos de leyes españolas y Reglamentos de la Unión Europea, técnica de incorporación por referencia de normas internacionales en el Derecho Internacional Privado español, cláusulas de exclusión de conflictos exclusivamente internos.

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés, financiado por el Gobierno de Aragón (S.15_R.17) financiado por el Gobierno de Aragón y cofinanciado con Feder (2014-2020) «Construyendo Europa».

ABSTRACT

This research tries to establish legal rules that derive from the use, in 5 European Union Regulations on family and inheritance, of internal conflicts of laws arising between such units only clauses and the incorporation by reference of the Council Regulation 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation and the Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations.

Key words: Internal Conflicts of Spanish territorial Laws and Regulations of the European Union, incorporation by reference of International Laws in the Spanish Private International Law, exclusion (exclusionary) clauses of exclusive internal Conflicts of Laws.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN GENERAL A LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN DE CONFLICTOS EXCLUSIVAMENTE INTERNOS. 1. FÓRMULAS DE ESTILO. 2. ORIGEN CONVENCIONAL. 3. CARÁCTER FACULTATIVO. II. LA TÉCNICA DE INCORPORACIÓN POR REFERENCIA EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. 1. DIFERENCIACIÓN Y CONSECUENCIAS. 2. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL A LOS CONFLICTOS INTERNOS EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS. A. Fórmula de incorporación. B. Remisión al sistema plurilegislativo español: soluciones prácticas. 3. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL A LOS CONFLICTOS INTERNOS EN MATERIA DIVORCIO Y SEPARACIÓN JUDICIAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL A LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN DE CONFLICTOS EXCLUSIVAMENTE INTERNOS

1. FÓRMULAS DE ESTILO

Con la consolidación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia¹, a través mecanismos diversos² y mediante 5 Reglamentos, la Unión Europea se adentra

¹ Vid. BAR CENDÓN, A. «La Unión Europea: de la economía a la política, pasando por el derecho» en *Teoría y realidad constitucional*, 2013, n. 32, pp. 99 a 124.

² La cooperación reforzada (art. 328.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– o la atribución competencial del art. 81.2, letra c) del TFUE.

en la regulación directa de materias familiares y sucesorias. Interesa en esta investigación la inclusión en esta normativa de las denominadas cláusulas de exclusión de conflictos puramente internos. No son estas sino fórmulas de estilo que excluyen la aplicación de la correspondiente normativa internacional cuando los conflictos de leyes se plantean, exclusivamente, entre las unidades territoriales de un Estado plurilegislativo (y, paralelamente, se otorga a los Estados la facultad de extender la aplicación de la regulación europea a tales conflictos).

A continuación y a efectos meramente expositivos, se relacionan las fórmulas que, con redacciones similares, aparecen en los 5 Reglamentos:

- El Reglamento 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos remite, en materia de Ley aplicable, al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias; el art. 15.1 de este Protocolo establece que: «Un Estado contratante en el que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjunto de normas en materia de obligaciones alimenticias, no estará obligado a aplicar las normas del Protocolo a los conflictos que impliquen únicamente a estos diferentes sistemas jurídicos o conjunto de normas».
- El art. 16 del Reglamento 1259/2010 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 tiene una redacción similar: «Los Estados miembros participantes en los que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjuntos de normas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento no estarán obligados a aplicarlo a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre esos sistemas jurídicos o conjuntos de normas».
- El art. 38 del Reglamento 650/2012 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 se expresa del siguiente modo: «Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales».
- El art. 35 del Reglamento 2016/1103 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, utiliza una fórmula similar: «Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con

sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente».

- El art. 35 del Reglamento 2016/1104 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas, reproduce que «Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de las uniones registradas no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente».

2. ORIGEN CONVENCIONAL

Históricamente, el origen de las cláusulas de exclusión se halla en las propuestas del Reino Unido durante la elaboración de los Convenios sobre Ley aplicable de la Conferencia de La Haya de los años 70; en esos textos se utilizarán fórmulas para excluir la aplicabilidad del Tratado cuando el conflicto fuese interno (y se facultaba a los Estados plurilegislativos para que, unilateralmente, decidiesen su extensión)³. Pero, aunque la formulación general sea similar, existen diferencias en cuanto a cómo definir lo que sean tales conflictos internos.

En las primeras Convenciones de la Conferencia de La Haya, la aplicabilidad de la normativa se determinaba por ciertas conexiones que aparecían prefijadas en el mismo Convenio. Tales criterios de aplicabilidad podían ser establecidos *ad hoc*⁴ o también se utilizaban las mismas conexiones que ulteriormente sirven para determinar la Ley aplicable⁵. Esta formulación plantea una correlación

³ Vid., por todos, SANTOS ARNAU, L., *Les Clàusules Plurilegislatives dels Convenis de la Conferència de Dret Internacional Privat de la Haia*, 1987, pp. 319 a 359 (accesible en <http://www.fbofill.cat/publicacions/les-clausules-plurilegislatives-dels-convenis-de-la-conferencia-de-dret-internacional>) que analiza estas cláusulas y su relación con el objetivo de dar soluciones unitarias a cualquier situación heterogénea o que las interrelaciona con los modelos de remisión a sistemas plurilegislativos de manera que las considera pertinentes cuando en la norma internacional exista un modelo de la fragmentación; otra doctrina considera su existencia implícita cuando el Convenio siga un modelo de remisión indirecto (vid. SÁNCHEZ LORENZO, S., «La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española» en *Revista española de derecho internacional*, 1993, pp. 132 a 135).

⁴ «accidentes que ocurran en su territorio cuando intervengan solamente vehículos matriculados en las unidades territoriales de dicho Estado» (art. 13 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera).

⁵ «cuando un Estado con un sistema jurídico unificado no estuviere obligado a aplicar la legislación de otro Estado en virtud de los artículos 4 y 5» (Art. 13 del Convenio sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos de 2 de octubre de 1973), «cuando no resulta aplicable en virtud del Convenio la ley de otro Estado» (art. 17 del Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a

entre la internacionalidad del supuesto (aplicabilidad del Convenio)⁶ y la concurrencia de tales conexiones⁷; así era posible diferenciar si los conflictos eran internos o internacionales en función de la aplicabilidad (o no) del Convenio que quedaba determinada directamente en función de las conexiones predefinidas convencionalmente, *ad hoc* o conflictuales.

En otra normativa, en cambio, la Conferencia abandona este proceder rígido, basado en la concurrencia de criterios concretos y prefiere definir lo que sean tales conflictos internos en función de factores más flexibles: «no está obligado a aplicar el Convenio a los conflictos de leyes que interesen exclusivamente a sus unidades territoriales»⁸, «conflictos de leyes que afecten únicamente a esas unidades territoriales»⁹, «conflictos que surjan entre leyes vigentes en dichas unidades territoriales»¹⁰, «conflictos de leyes que se refieran únicamente a esos diferentes sistemas o conjuntos de normas»¹¹ o «conflictos únicamente relacionados con estos diferentes sistemas o conjuntos de reglas»¹².

Cuando la Unión Europea se enfrenta a las cuestiones de (in)aplicabilidad respecto de las situaciones internas, los Reglamentos objeto de análisis adoptan fórmulas similares: su aplicabilidad a los conflictos internos no es obligatoria sino facultativa de los Estados plurilegislativos y la definición de lo que sean tales conflictos es flexible («conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas uni-

los Regímenes Matrimoniales y art. 20 del Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación), «cuando no esté obligado a aplicarlo un Estado que tenga un sistema unificado de Derecho» (Art. 33 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores) o «cuando un Estado con un sistema jurídico unitario no estaría obligado a hacerlo» (Art. 38 del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional).

⁶ Siguiendo este modelo basado en la concurrencia de conexiones podía haber supuestos materialmente internacionales pero que quedaran excluidos del ámbito de aplicación del Convenio al ser considerados conflictos internos por no concurrir los criterios normativos, lo que a su vez tiene relación con el trato no uniforme (privilegiado) de un Estado plurilegislativo respecto de uno unitario que podía ocasionar la cláusula de exclusión (*vid.* SANTOS ARNAU, L., 1987, pp. 343 y 344).

⁷ Borrás Rodríguez lo describe del siguiente modo: «il faudrait voir, avec les critères de la convention, si l'ordre juridique de plus d'un Etat est impliqué; si la réponse est affirmative, la convention entre en jeu (...) lorsque la réponse est négative et que seules les règles de l'Etat du for sont applicables, le cas serait purement interne et l'on n'appliquerait pas la convention»; *vid.* BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International privé actuel», *Recueil des Cours* (1994), The Hague, 1995, vol. 249, p. 302. El planteamiento es similar en Santos Arnau, Lidia, 1987, pp. 335 y 336.

⁸ Art. 17 del Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.

⁹ Art. 24 del Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento.

¹⁰ Art. 20 del Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

¹¹ Art. 21 del Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte.

¹² Art. 44 del Convenio de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos.

dades territoriales»¹³); también se rescata el que dichos conflictos deben ser «exclusivamente» internos, lo que asegura tanto una interpretación autónoma¹⁴ como restrictiva de lo que sean tales situaciones.

3. CARÁCTER FACULTATIVO

Una característica primordial de estas cláusulas de exclusión es su carácter facultativo; de este carácter, se derivan ciertas reglas.

En primer lugar que esta formulación permite, únicamente, la disponibilidad en materias de Ley aplicable pero no cuando los Reglamentos regulan las otras cuestiones de Competencia Judicial internacional, Reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, Documentos Públicos y transacciones judiciales o Certificados europeos.

Tal afirmación se justifica a la vista de las siguientes razones: primero, ya que el origen de estas cláusulas en los Convenios sobre Ley aplicable de la Conferencia de La Haya es indubitadamente conflictual lo que se confirma en la literalidad de los propios Reglamentos que refieren las cláusulas, expresamente, a «los conflictos de leyes...»; además porque las diferentes cuestiones ajenas al Derecho aplicable que están reguladas en los Reglamentos, son necesariamente supraestatales (nunca pueden ser situaciones internas)¹⁵ y este carácter transnacional convierten estas materias en competencia de la UE –«asuntos civiles con repercusión transfronteriza»¹⁶–, regidas obligatoriamente por los Reglamentos e indisponibles para los Estados miembros.

Como la aplicabilidad de los Reglamentos es diferente en función de la materia a considerar, podrán existir casos en la práctica donde la Ley aplicable a una situación jurídica quede determinada por el Derecho interregional (siempre que los conflictos que se originen sean exclusivamente internos) y ello no impida la aplicabilidad del Reglamento, por ejemplo, a los efectos del reconoci-

¹³ Art. 22.2 del Reglamento 593/2008 de 17 de junio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (con origen en el art. 19.2 del Convenio de Roma de 1980) y art. 25.2 del Reglamento 864/2007 de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, fórmulas similares aparecen en los Reglamentos europeos sobre familia y sucesiones.

¹⁴ La introducción del término «exclusivamente» en la propuesta del Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías suponía que la calificación de lo que sea una situación interna siempre se realizará conforme al Convenio y no conforme a reglas del Estado plurilegislativo; *vid.* SANTOS ARNAU, L., 1987, pp. 355 y 356.

¹⁵ Como ejemplo, el carácter internacional de la situación aparece en el Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012: Competencia Judicial internacional (art. 4), Reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones (art. 39) Documentos Públicos y transacciones judiciales (art. 59) y Certificado sucesorio europeo (art. 62.1).

¹⁶ Art. 81.1 del TFU.

miento o la ejecución de una Resolución judicial o la petición de un interesado que desea obtener un certificado europeo como prueba de sus derechos sucesorios sobre un litigio enteramente interno¹⁷.

Una segunda cuestión sobre la disponibilidad se refiere a qué sujetos están habilitados para ejercitarla. Sobre este tema, se deben considerar dos fundamentos traídos del Derecho Internacional: por una parte, según el Derecho de los Tratados internacionales, son los Estados quienes tienen subjetividad internacional para obligarse convencionalmente (*ius ad tractatum*) y, específicamente, para asumir la delimitación del ámbito de aplicación que se conforma en la norma¹⁸.

Por otra, que la delimitación espacial de un Convenio internacional solo puede referirse a supuestos donde varios Estados aparezcan encausados; dicho de otra forma, la aplicabilidad de una Convención debe referirse a situaciones jurídicamente internacionales ya que si la situación no presenta elementos externos (es homogénea) queda excluida del ámbito de aplicación espacial del Convenio por ser una cuestión interna del Estado y, por tanto, de su exclusiva competencia.

Estos mismos dos fundamentos son trasladables al ámbito normativo de la Unión Europea, incluso con mayor detalle, pues se pueden aprovechar diferentes precisiones que proporcionan los Reglamentos y el Derecho primario de la Unión Europea.

En cuanto a que el supuesto deba ser obligatoriamente transnacional¹⁹, tal carácter es imprescindible en atención a varias consideraciones: el rasgo de internacionalidad es necesario desde un punto de vista competencial dado que la Unión solo asume la regulación de «asuntos civiles con repercusión transfronteriza» y «el buen funcionamiento del mercado interior» (art. 81.1 y 2 del TFU); por otra parte, en la literalidad de los Reglamentos se expresa taxativamente que la no aplicabilidad del Reglamento solo es procedente cuando los conflictos de

¹⁷ Es más, desde un punto de vista material, el TJUE extiende la aplicabilidad del Certificado Sucesorio también a los derechos del cónyuge que tras la muerte del esposo, se deriven de su régimen económico matrimonial; *vid.* FONTANELLAS I MORELL, J. M., «Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado (1): Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 1 de marzo de 2018, C-558/16: Mahnkopf» en *La Ley Unión Europea*, 61, 2018.

¹⁸ Arts. 6, 11 y ss., 23, 26 (...) de la Convención de Viena sobre del Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (UN DOC 1969). Esta visión tradicional no impide la existencia de ciertos matices en los Estados de estructura compleja como España; *vid.* en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), la clásica Sentencia 165/1994, de 26 de mayo de 1994 (RTC 1994\165) y, a nivel doctrinal, FERNÁNDEZ SEGADO, F. «Estado, Comunidades Autónomas y acción exterior en el ordenamiento constitucional español» en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2004, p. 91 a 120.

¹⁹ La delimitación de una situación como jurídicamente internacional depende de criterios diferentes (materiales, conflictuales, etc.) en función de la norma internacional considerada. No es el momento de afrontar esta materia de manera que aquí se utilizará fundamentalmente la perspectiva de la heterogeneidad material.

leyes son exclusivamente internos, en cuyo caso quedan como una cuestión soberana del Estado plurilegislativo. Finalmente, el TJUE también apunta a la necesaria transnacionalidad del supuesto en sus interpretaciones sobre aplicabilidad del Derecho primario de la Unión Europea: si la cuestión no tiene una dimensión transfronteriza, el TJUE va a considerar que estamos en presencia de una «situación puramente interna»²⁰ y el Derecho de la Unión Europea se excluye por pertenecer a/respetar la soberanía del Estado miembro²¹.

Por esta última razón, las cláusulas de exclusión enlazan intelectualmente con una Jurisprudencia del TJUE que distingue entre materias amparadas por las garantías de las Libertades comunitarias y otras «situaciones puramente internas»²² que, por carecer de vinculación comunitaria, son reguladas por el Ordenamiento del Estado competente²³; dicha regulación puede ser más restrictiva por lo que se genera un fenómeno de discriminación inversa que únicamente puede ser evitada si el Estado extiende las garantías comunitarias a las situaciones internas.

Si se valoran las cláusulas de exclusión en función de esta doctrina, quedan en evidencia parámetros similares: dado el ámbito competencial que le corresponde a la Unión europea, estas cláusulas excluyen la aplicación del Reglamento a las situaciones que carecen de una vinculación transfronteriza («conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales») aunque cabe evitar eventuales situaciones de «discriminación inversa» mediante su aplicación dispositiva («no estarán obligados a aplicar»).

²⁰ Expresión constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la Sentencia de 7 de febrero de 1979, *Knoors*, as. 115/78; *vid.* TRYFONIDOU, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Alphen aan den Rijn, 2009.

²¹ *Vid.* TRYFONIDOU, A., 2009, p. 13.

²² Esta figura se origina en relación a la Libertad de establecimiento (STJUE de 7 de febrero de 1979, *Knoors*, C-115/78) y en seguida se traslada al resto de Libertades (respecto de la Libre circulación de trabajadores, STJUE de 28 de marzo de 1979, *Saunders*, C-175/78 y de 5 de junio de 1997, *Uecker y Jacques*, C-64/96).

²³ *Vid.*, POLARES MADURO, M. «The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination» en *The future of remedies in Europe*, 2000, pp. 117 a 139 y sobre la incidencia de estas situaciones puramente internas en relación a las distintas Libertades de la Unión, TRYFONIDOU, A., 2009, esp. 27 a 126 y TRYFONIDOU, A., «What can the Court's response to reverse discrimination and purely internal situations contribute to our understanding of the relationship between the 'restriction' and 'discrimination' concepts in EU free movement law?», 2011, pp. 10 y 11 –accessible en <http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/markedsstaten/arrangementer/2011/free-movement-oslo/speakers-papers/tryfonidou.pdf>–. La figura de la «situación puramente interna» se origina en relación a la Libertad de establecimiento (STJUE de 7 de febrero de 1979, *Knoors*, C-115/78) y en seguida se traslada al resto de Libertades (respecto de la Libre circulación de trabajadores, STJUE de 28 de marzo de 1979, *Saunders*, C-175/78 y de 5 de junio de 1997, *Uecker y Jacques*, C-64/96).

Sin embargo, los conceptos no son equivalentes porque las «situaciones puramente internas» se originan en el ámbito de aplicabilidad de las Libertades de la Unión Europea mientras que los «conflictos exclusivamente internos» ocurren en el espacio de la aplicabilidad de los Reglamentos comunitarios sobre Ley aplicable; así, la activación de las garantías de las Libertades comunitarias dependerá de los extensos criterios de transnacionalidad utilizados por el TJUE a estos efectos, mientras que establecer la aplicabilidad de un Reglamento o del Derecho interregional responderá a los criterios de delimitación del ámbito de aplicación espacial de estas normativas.

Otra clave que se deriva desde la primacía del Derecho de la Unión Europea es que cualquier aspecto de la regulación interregional española debe ser conforme a los parámetros establecidos desde el Derecho primario; de esta manera, la regulación material española deberá respetar las Libertades de la UE con independencia de que esta regulación sea aplicable en función de que lo ordene el Reglamento o el sistema español de conflictos internos.

El Derecho Internacional considera a los Estados como los sujetos habilitados para ejercitar la disponibilidad y esta misma regla aparece en la literalidad de los Reglamentos donde queda atribuida a «los Estados miembros... no estarán obligados a aplicar...»²⁴. La única cuestión es que habrá que tener en cuenta cómo se interrelaciona este rasgo a los efectos de la soberanía legislativa del Estado plurilegislativo.

La pertinencia de una Ley estatal *ad hoc* es la respuesta en Derecho comparado a una situación similar ocurrida respecto del Reglamento de obligaciones contractuales, cuya aplicabilidad a los conflictos internos entre Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda del Norte y Gibraltar ha necesitado de la declaración de voluntad expresada, primero, a través de *The Contracts (Applicable Law) Act 1990*, y después por la *Law Applicable to Contractual Obligations (England and Wales and Northern Ireland) Regulations 2009*²⁵.

En España, está claro que tomar la decisión de aplicar los Reglamentos a los conflictos de Leyes internos supondría cambiar el régimen normativo interregio-

²⁴ Con mínimas variaciones: «Un Estado contratante en el que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjunto de normas en materia (...)» (art. 15 del Protocolo de La Haya) o «Los Estados miembros participantes en los que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjuntos de normas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento» (art. 16 del R. 1259/2010).

²⁵ «Notwithstanding Article 19(2) of the Rome Convention, the Convention shall apply in the case of conflicts between the laws of different parts of the United Kingdom». La extensión a los diferentes territorios se realiza por la *Law Applicable to Contractual Obligations (England and Wales and Northern Ireland) Regulations 2009* y *Law Applicable to Contractual Obligations (Scotland) Regulations 2009*. Tal extensión a los conflictos internos no es aplicable a los casos relativos a los contratos de seguros; es de notar, además, que la competencia interpretativa sobre tales conflictos internos es de la *House of Lords* y no del TJUE.

nal actual (art. 16 y 9.8 C.C. en materia sucesoria, por ejemplo). Sin duda, de producirse tal opción por el legislador español, deberá ser cuando menos expresa, teniendo en cuenta que afecta al reparto competencial que la Constitución otorga en exclusiva al Estado sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 C.E.). Tradicionalmente, esta razón de la exclusividad competencial estatal inhabilita cualquier regulación de las Comunidades Autónomas para regular la aplicabilidad de su propio ordenamiento jurídico (lo que sean conflictos internos aragoneses, vascos, etc.); aunque la vigencia de esta afirmación parece reconsiderarse a la vista de Sentencias como las del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril de 2013²⁶.

Desde luego, la aplicabilidad de los Reglamentos a los conflictos internos no es viable mediante una mera Declaración unilateral del Estado al amparo del art. 149.1.3 CE («Relaciones internacionales») ya que esta vía presenta problemas tanto competenciales como operativos: ni la disponibilidad que se habilita por el Reglamento cabe en una competencia general como esta, sino que es una cuestión de organización interna del Estado (con sus propias reglas competenciales), ni las disposiciones de los Reglamentos habilitan la recepción de semejante Declaración.

Y, evidentemente, aunque los operadores que aparezcan implicados en la situación (juez, notario, partes...) deban dedicar especial atención a la eventual vinculación europea de los asuntos, no son ellos los destinatarios de la disponibilidad al carecer de la potestad de decidir la normativa aplicable a un supuesto²⁷. No obstante, es interesante considerar desde el principio que el juego del principio de la autonomía conflictual de las partes que eligen la Ley aplicable en función de lo que diga el respectivo Reglamento europeo, no es claro en el ámbito de las materias objeto de este estudio pero es susceptible de activar la aplicación automática de las normas europeas sobre sucesiones *mortis causa* (*professio iuris*), efectos patrimoniales de las uniones registradas y, con

²⁶ Vid. PÉREZ MILLA, J. J., «Un Derecho interregional entre gigantes» en VV.AA., *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, 2018, pp. 90 a 93. No puede dejar de apuntarse que la aplicabilidad de la normativa internacional a los conflictos internos va a incidir directamente en el ámbito de aplicación de la normativa autonómica, por lo que, aunque esté claro la competencia estatal, parece deseable habilitar un modelo que permita participar a las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil en la conformación la voluntad del Estado sobre la eventual extensión *ad intra* de las soluciones de los Reglamentos; solución paralela a la apuntada en una de las conclusiones en las Jornadas de Derecho Foral, Jaca, 28-31 de agosto de 1976.

²⁷ Por todas estas razones, no considero adecuadas las «interpretaciones *a contrario*» que permiten a los operadores extender el Reglamento a los conflictos exclusivamente internos (*vid.* SOTO MOYA, M., «El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado» en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 35, 2018 o LARA AGUADO, A., «Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos», *REEI*, n. 28, 2014, p. 39).

ciertos matices, en relación a los regímenes económicos matrimoniales. Esto es objeto de otro estudio²⁸.

II. LA TÉCNICA DE INCORPORACIÓN POR REFERENCIA EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

1. DIFERENCIACIÓN Y CONSECUENCIAS

Cortando cualquier disquisición, el legislador ha optado por una vía indirecta de desactivación de las cláusulas de exclusión mediante las Leyes 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria²⁹ y 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³⁰ que incorporan por referencia el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 9.7 C.C.) y «las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado» sobre separación y divorcio (art. 107 C.C.).

Al utilizar este mecanismo de incorporación por referencia, el legislador español ha conseguido dos efectos: en primer lugar, adecua su respuesta de Derecho Internacional Privado autónomo a la normativa internacional de carácter universal y, además, implícitamente desactiva las cláusulas de exclusión de conflictos internos contenidas en el Protocolo o en el Reglamento 1259/2010³¹.

Dicha desactivación no es expresa sino que surge como un efecto del modelo de solución de conflictos internos (art. 16 C.C.) que remite a las soluciones del Derecho Internacional Privado (arts. 9.7 y 107 C.C.). De esta manera, si para la solución de los conflictos internos en materia de derecho de alimentos el art. 16 C.C. ordena la aplicación del art. 9.7 C.C. que, tras la modificación operada, remite al Protocolo de La Haya, implícitamente se extiende el ámbito de aplicación del Protocolo a los conflictos internos.

Junto a lo anterior, hay que tener en cuenta que el legislador español no ha ejercido (ni directa ni indirectamente) la facultad de aplicar la regulación inter-

²⁸ PÉREZ MILLA, J. J., «El espacio del Derecho Interregional tras los Reglamentos de la Unión europea sobre familia y sucesiones mortis causae», Zaragoza, 2019.

²⁹ BOE de 3 de julio.

³⁰ BOE de 29 de julio.

³¹ Con este segundo efecto ya no es necesario extralimitaciones interpretativas del art. 16 C.C. considerando que remite a las soluciones convencionales; en este sentido *vid.*, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., 1994, p. 172 o SÁNCHEZ LORENZO, S., 1993, p. 139.

nacional a los conflictos internos en otras tres materias: sucesión *mortis causa*, régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas. Serán en estas materias, donde se planteen con crudeza los problemas de definición de conflictos internos o internacionales.

Diferenciadas estas dos tipologías sobre la aplicabilidad de los Reglamentos a los conflictos internos (en función de si el legislador español ha ejercido o no la facultad de extensión), se procede a continuación al análisis del primer tipo (situaciones de alimentos y separación y divorcio) para considerar la obligatoria aplicación del Reglamento a las situaciones (conflictos) internacionales y su exclusión respecto de los conflictos exclusivamente internos³².

2. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL A LOS CONFLICTOS INTERNOS EN MATERIA DE OBLIGACIONES ALIMENTICIAS

A. Fórmula de incorporación

La incorporación por referencia, como técnica formal de redacción de un texto normativo³³, ya había sido utilizada por el legislador español en otros sectores jurídicos (arbitraje, protección de menores, etc.)³⁴. Con las Leyes 15/2015 y 26/2015, el legislador español utiliza esta fórmula para modernizar el Derecho Internacional Privado autónomo en materia de protección de menores y responsabilidad parental (art. 9.4 y 9.6 C.C.), alimentos (art. 9.7 C.C.) y separación y divorcio (art. 107 C.C.).

La Ley 26/2015, de 28 de julio modifica el art. 9.7 C.C. e incorpora por referencia el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias lo que plantea como primer asunto el de la aplicabilidad del Protocolo también a los conflictos internos de leyes españolas y carece de sentido negar su aplicabilidad.

La razón principal es que al existir una remisión doble (del art. 16 C.C. al art. 9.7 C.C. y de este al Protocolo) se reproduciría un bucle que daría lugar a una

³² El segundo tipo (relativo a sucesiones *mortis causa*, regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas) es objeto de otro estudio de próxima publicación.

³³ Vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «La incorporación por referencia en el derecho de los tratados» en *Revista española de derecho internacional*, vol. 37, n.º 1, 1985, pp. 31 a 33; según la autora (p. 38), consiste en «una sustitución de la regulación material por una remisión global a la regulación contenida en otro convenio internacional». Como técnica profusamente utilizada por el Legislador holandés, vid. VAN ITERSOM, D. «La respuesta del derecho nacional a los convenios internacionales y los instrumentos comunitarios: el ejemplo holandés» en VV.AA., *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil: homenaje al prof. dr. Ramón Viñas Farré*, 2012, pp. 81 a 96.

³⁴ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Los tratados internacionales en el sistema español de derecho internacional privado y su aplicación judicial» en *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 1, 1997, pp. 48 a 54.

laguna jurídica; es decir, no cabe entender que los conflictos internos se rigen por el Derecho Internacional Privado autónomo y que cuando este se remite al Protocolo, los conflictos internos se excluyen de su ámbito de aplicación (vía art. 15.1) porque entonces quedarían sin ser regulados al no existir ninguna norma interregional particular.

Desde un punto de vista técnico, la solución del Protocolo queda incorporada al ámbito interno cuando el art. 16 C.C. dispone, genéricamente, la aplicación de las normas contenidas en el capítulo IV a los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional. Es cierto que la voluntad legislativa de regular el ámbito de los conflictos internos mediante el Protocolo no es expresa, lo que hubiese sido preferible, sin embargo, se consigue el mismo efecto mediante la fórmula utilizada por el legislador de doble remisión: a las normas de Derecho Internacional Privado autónomo primero (art. 16 C.C.) y éstas que remiten a las soluciones convencionales y europeas³⁵.

Además, responder afirmativamente que se aplica el Protocolo a los conflictos internos tiene otros muy sólidos argumentos. En primer lugar porque la aplicabilidad interregional del Protocolo se sustenta en el histórico paralelismo de soluciones de los conflictos internos y los internacionales³⁶.

También porque esta es la solución que ha ejercido el legislador español: es el legislador estatal, en el ejercicio de su competencia (art. 149.1.8 C.E.), quien establece como solución autónoma a los problemas de Ley aplicable la incorporación por referencia de la misma respuesta a la que se ha obligado internacionalmente y cuando el legislador opta, explícitamente, por modificar el Derecho Internacional Privado autónomo, hace lo propio, implícitamente, con el Derecho interregional debido a que este utiliza las mismas soluciones que aquel.

Por último, si se atiende a lo que de mejora conlleva esta fórmula, la aplicación de las normas internacionales al ámbito interno supone no solo la modernización del modelo interregional, sino una mayor facilidad de aplicación desde un punto de vista técnico. En este sentido, como se explica *infra*, la aplicabilidad de las normas internacionales como soluciones interregionales obligarán solo a una sencilla adaptación, ya prevista en el art. 16 C.C., que consistirá en modificar la conexión nacionalidad por la vecindad civil.

De ahí que el único planteamiento jurídico lógico es afirmar que el legislador español introduce en el año 2015 un modelo donde se sobreentiende que las normas internacionales son aplicables como soluciones interregionales lo que,

³⁵ Arts. 9.4, 9.6, 9.7 y 107 C.C.

³⁶ *Vid.* PÉREZ MILLA, J. J., 2018.

implícitamente, desactiva las cláusulas de exclusión de los conflictos interregionales contenidas en la normativa internacional.

B. *Remisión al sistema plurilegislativo español: soluciones prácticas*

En el Derecho Internacional Privado autónomo español, posicionarse sobre la eventualidad de un modelo de remisión indirecto se ha traducido en valorar si esta función queda atribuida al art. 12.5 C.C. (aplicado *ad intra*) o si el ordenamiento jurídico español carece de mecanismos expresos para realizar un reparto de asuntos entre las diferentes legislaciones territoriales.

Un análisis detenido de la cuestión (para casos donde existe un reenvío de retorno al Derecho español o se aplica Derecho español por motivos de Orden público o si el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto no es probado suficientemente o cuando la norma de conflicto española ordena la aplicación de un genérico Derecho español) muestra que la respuesta está muy lejos de ser unívoca. La solución tradición de asignar al art. 12.5 C.C. *ad intra* la carga de establecer indirectamente el concreto Derecho español aplicable (y, de ahí, al sistema interregional), no deja de ser una construcción doctrinal por analogía. Por resumir las diferentes posiciones doctrinales, hay una mayoría de autores que se posiciona a favor de la operatividad de un modelo indirecto basado en el art. 12.5 C.C. y otra minoritaria que prefiere otras vías de solución al problema de remisión al ordenamiento plurilegislativo español³⁷.

Una muy fluctuante Jurisprudencia española tampoco ofrece planteamientos convergentes para aquellos supuestos donde la Ley aplicable (española) queda determinada por una normativa internacional y es necesario concretar el Derecho territorial español aplicable. No ayuda a establecer una posición unitaria la escasez y disparidad de respuestas judiciales expresas³⁸; pero un somero análisis judicial permite concluir que se trastocan los términos doctrinales puesto que la utilización *ad intra* del art. 12.5 C.C. es minoritaria y los casos se solucionan con muy distintos argumentos entre los que se encuentra la vía directa.

En materia de obligaciones alimenticias no es necesario elegir entre la operatividad o no del art. 12.5 C.C. *ad intra* porque la propia normativa internacional establece la regulación del fenómeno de la remisión a un Estado plurilegislativo. En concreto, el art. 16.2 del Protocolo recoge como primera regla la operativi-

³⁷ Vid. los diferentes argumentos doctrinales y jurisprudenciales (vía directa, indirecta u otras) en PÉREZ MILLA, J. J. *Conflictos internos de leyes españolas, en la frontera*, 2010, pp. 187 a 235.

³⁸ Vid., tal disparidad en los modos de solucionar los supuestos en SSAP de Zaragoza de 20 abril de 2012 (JUR 2012\158423), de 26 noviembre de 2013 (JUR 2014\18073), de 27 noviembre de 2013 (JUR 2014\19788) o de 15 marzo de 2016 (JUR 2016\92205).

dad del modelo de remisión indirecta (subsidiario)³⁹ «para determinar la ley aplicable en virtud del Protocolo, cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales»: «a) si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad». Solo si se carece de dicha normativa, la letra b) establece soluciones subsidiarias donde, para el problemático supuesto de la nacionalidad, se vuelve a reiterar la operatividad del modelo indirecto ya que «se interpretará como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de dicho Estado» (art. 16.1 d y e del Protocolo).

Establecida la operatividad del modelo indirecto-subsidiario en la materia de obligaciones alimenticias, la segunda cuestión a considerar es si en el Derecho español existen tales «normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial». La respuesta debe ser negativa o, mejor aún, no cabe hablar de un sistema completo sino insuficiente de determinación del Derecho territorial español aplicable. Varias son las razones que sustentan esta afirmación.

Primero, porque la operatividad de un sistema indirecto en España conduce a aplicar el sistema tradicional de solución de conflictos internos; pero este no consiste sino en la aplicación en paralelo de las soluciones previstas por el Derecho Internacional Privado autónomo, es decir, la incorporación por referencia del Protocolo; así pues, el proceso para la determinación de la concreta norma española aplicable conduce, otra vez, a la aplicación del Protocolo donde no se encuentran reglas para concretar el Derecho territorial español (entre otras cosas, porque es esta, sin duda, una competencia del Estado español).

La literalidad de la letra a) del art. 16.2 del Protocolo advierte de otras dificultades. El Protocolo pretende que esta remisión indirecta encuentre respuestas expresas y claras del legislador español («normas en vigor») y ocurre que el sistema nacional de conflictos internos no es suficiente para dar solución a todas las cuestiones que genera la aplicabilidad del Derecho plurilegislativo español cuando es ordenado por el Protocolo de La Haya. En este sentido, el Protocolo se refiere a la existencia de un conjunto de «normas en vigor» susceptible de solucionar cualquier problema de ley aplicable («que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial»).

Sin embargo, el Derecho español solo contempla una regla que resuelve una cuestión particular en relación a la nacionalidad y carece de solución en relación a otros problemas; si la conexión convencional que conduce a la aplicación de un genérico Derecho español es otra distinta de la nacionalidad (como pudiera

³⁹ Sobre los diferentes modelos de concretizar el Derecho aplicable en un Estado plurilegislativo, *vid.* QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTANDL, G. «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español» en *Indret*, n.º 3, 2013, pp. 9 a 27.

ser la residencia habitual o la *lex fori*), no existen normas españolas que permitan concretar qué Derecho español es el aplicable.

Es más, también existen serios problemas acerca de si la regla existente permite concretar completamente la conexión de la nacionalidad. Cuando el Protocolo se refiere a «normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial» activa, directamente, la única peculiaridad del modelo español que afecta realmente a estos supuestos: la vecindad civil como sustitutiva de la nacionalidad española a los efectos de concretar la Ley territorial española aplicable; de manera que el art. 16.1.1 C.C. («será ley personal (nacional) la determinada por la vecindad civil») desarrollaría la labor del modular la aplicación de la conexión nacionalidad (española) en función de la vecindad civil del sujeto cuando es utilizada en el Protocolo.

Pero implementar la particularidad del art. 16.1.1 C.C. supone aceptar también que este artículo solo se refiere a nacionales españoles y, *a contrario sensu*, se carece de una respuesta *ad hoc* cuando la norma de conflicto del Protocolo utilizase la conexión nacionalidad extranjera, quienes carecen de vecindad civil⁴⁰. No resuelven adecuadamente este problema aquellas construcciones doctrinales (que no normativas) que con ánimo integrador equiparan nacionalidad extranjera con nacionalidad indeterminada para habilitar la conexión de la residencia habitual por la vía del art. 9.10 C.C., entre otras cosas, porque un extranjero no tiene una nacionalidad indeterminada.

Visto que la normativa para concretar la Ley española aplicable no es suficiente (dado que solo existe la peculiaridad prevista en el art. 16.1.1 C.C.), España queda como uno de los sistemas previstos en el art. 16.2 b) del Protocolo («en ausencia de tales normas...») que permite aplicar las soluciones subsidiarias («...se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del apartado 1») ⁴¹. La propia expresión plural utilizada por el Protocolo en su art. 16.2 a) y b), dota al modelo de flexibilidad de manera que permite la aplicación total de las reglas subsidiarias (si el Estado carece de normas de concreción)

⁴⁰ Este es el planteamiento que sigue la SAP Zaragoza de 15 marzo de 2016 (WestLaw JUR 2016/92205) que expresa así: «el artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 determina que la ley aplicable es la del foro, con aplicación del derecho aragonés, no del Código Civil, por ser Aragón el territorio de residencia de todos los afectados, dada la inaplicabilidad de la conexión establecida en el art. 14 CC, en tanto que ninguno de los afectados puede tener vecindad de cualquiera de los territorios con derecho civil propio por no ser españoles, lo que conduce al punto de conexión de la residencia en virtud de los arts. 47 y 48 Convenio de la Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010 (STSJA 6-10-2015)».

⁴¹ Esta misma posición es defendida por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Remisión a un sistema plurilegislativo. El ejemplo español y algunas tareas por resolver» en *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, 2018, pp. 69 y 70.

o su aplicación parcial (para aquellos sistemas, como ocurre con España, donde existen reglas pero son insuficientes).

El último argumento va ligado a la facilidad de aplicar las soluciones subsidiarias porque permiten una respuesta nada intrusiva (las adaptaciones necesarias están previstas en el propio convenio) y que interacciona (casi) a la perfección con el sistema español de solución de conflictos internos.

Las adaptaciones son sencillas de implementar: la letra c) del artículo establece la vía directa en relación a la residencia habitual («cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado se interpretará, en su caso como una referencia, a la residencia habitual en la unidad territorial pertinente»).

En relación con la conexión nacionalidad, las letras d) y e) del artículo reiteran la operatividad de un modelo indirecto de modo que se entenderá «como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de dicho Estado» o, en ausencia de tales normas, procede la utilización de la «vinculación más estrecha». Aquí, la interacción del Derecho interregional con el Protocolo origina dos tipos de situaciones: si la conexión a utilizar es la nacionalidad española, cabe recurrir directamente al art. 16.1.1^a C.C. que «designa» como aplicable la Legislación de la vecindad civil del sujeto o sujetos.

Cuando interviene un sujeto(s) con nacionalidad extranjera –tanto si la conexión utilizada es la «nacionalidad común» de dos personas (art. 16.1.d) como cuando el criterio utilizado es la nacionalidad de una persona (art. 16.1.e)– debe entenderse que no existe una solución *ad hoc* en el Derecho interregional, por lo que la ley territorial española aplicable será la de «la unidad territorial con la que la obligación alimenticia tenga una vinculación más estrecha».

Finalmente, cuando el Protocolo utiliza la conexión *Lex fori*, adaptar el Derecho interregional español para concretar el Derecho territorial aplicable genera irreconciliables discrepancias doctrinales⁴². No obstante, aunque la compatibili-

⁴² La doctrina (interregionalista) rechaza de plano esta posibilidad por ser incompatible con principios de unidad jurisdiccional y una *lex fori* plural; *vid.* ARCE JANÁRIZ, A., *Comunidades autónomas y conflictos de leyes*, 1988, pp. 58 a 63, ARENAS GARCÍA, R., «Pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español», en *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plural-legislativo español y europeo*, 2011, pp. 56 a 58 o ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español» en *Indret*, n.º 1, 2012, pp. 13 a 16 o «La «eficacia territorial» del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales» en *Revista de Derecho Civil*, V. 4, n.º 3, 2017, p. 60 donde afirma que «En España la *lex fori* es plural (todas las vigentes en España) y la misma para todos los juzgados y tribunales». Sin embargo, otra doctrina (civilista) defiende la existencia de una *Lex fori* autonómica; *vid.*, BADOSA COLL, F., «El caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya» en *Revista Catalana de Dret Privat*, n.º 8, 2007, pp. 19 a 46, ABRIL CAMPOY, J. M., «La prescripció en el dret civil de Catalunya: la normativa catalana només és aplicable quan hi ha una regulació pròpia de la pretensió que prescriu?», en *Indret*, n.º 2, 2011, pp. 8 a 32 o, con una formulación genérica basada en el art. 16.1.a) del Protocolo, PARRA RODRÍGUEZ, C., «La implementación en el ordenamiento catalán del de-

dad sistemática no sea posible en la teoría (imposibilidad que ocurre porque se equipara foro con Jurisdicción), la integración de lo que sea tal conexión a los efectos de su aplicación práctica no es tan compleja. En este sentido, la cláusula genérica del art. 16.1.a) señala la utilidad de la vía directa («cualquier referencia a la ley del Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a la ley en vigor en la unidad territorial pertinente»), por lo que cabe argumentar que la conexión *Lex fori* determinaría como aplicable la Ley territorial española en vigor en el territorio «pertinente», que se corresponde con el de la demarcación judicial del Tribunal que conozca del asunto⁴³.

3. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL A LOS CONFLICTOS INTERNOS EN MATERIA DIVORCIO Y SEPARACIÓN JUDICIAL.

El Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 se aplica, materialmente, «en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes⁴⁴, al divorcio y a la separación judicial» (art. 1.1) lo que, de acuerdo con el Considerando 10, tiene un significado estricto: «solo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial. La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial».

Es por ello que la incidencia de la plurilegislación foral en el ámbito del divorcio o la separación es residual: se ceñiría, hoy por hoy, a las peculiaridades existentes en relación al convenio regulador de la ruptura matrimonial (contenido obligatorio, eventual fiscalización judicial, revocación, etc.) y ello solo de aceptar que la cuestión de si debe elaborarse o no un convenio regulador en los procedimientos de divorcio o separación así como el contenido necesario de tal convenio, no sean cuestiones procedimentales sino que pertenecen al ámbito de la Ley aplicable a la separación o el divorcio⁴⁵.

recho internacional de alimentos: especial referencia al Reglamento 4/2009», en *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho Catalán*, 2012, p. 155.

⁴³ Arts 30 a 337 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de Julio).

⁴⁴ Fórmula similar al recogido en el art. 1.1 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

⁴⁵ Entienden que la *Lex divortii* regula estos aspectos CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», en *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, p. 64 o CAMPUZANO DÍAZ, B., «El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, 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», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, V. 15, n.º 39, 2011, p. 565. Para otra doctrina es una cuestión relativa al desarrollo del procedimiento (vid. ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español*, 2004, pp. 322 a 324) o una norma obligatoria del Derecho español (vid. HERRANZ BALLESTEROS, 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,

Otras cuestiones reguladas por los Derechos territoriales españoles (pensión o asignación compensatoria, asignación de la vivienda y del ajuar familiar o régimen de responsabilidad sobre hijos comunes) quedan subsumidas en regímenes de Ley aplicable diferentes: alimentos (las dos primeras) y responsabilidad parental (la última).

Aunque personalmente me posiciono con la tesis de la existencia de una pluri-legislación autonómica de tipo procedimental y no material en estas materias, parafraseando al TJUE, por si se considerara su existencia y fuera de utilidad a los efectos de Ley aplicable, la operativa de las cláusulas de exclusión sería como sigue.

Al igual que ocurre en relación al Reglamento 4/2009 (y su remisión al Protocolo de La Haya), en materia de conflictos internos sobre divorcio y separación judicial el legislador español ha optado por un sistema de doble remisión. El art. 16 C.C. ordena la aplicación del art. 107.2 C.C. que, a su vez, establece la aplicación a estas materias de «las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado» lo que conducirá a la aplicación del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 para la solución de los conflictos internos.

Facilita la operativa que en este Reglamento se haya eliminado la vía indirecta para la determinación del Derecho español territorialmente aplicable. De este modo, la interacción con el Derecho interregional es sencilla al solucionarse los supuestos más comunes mediante técnicas directas de individualización del Derecho territorial español aplicable en el art. 14 «b) toda referencia a la residencia habitual en tal Estado se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial».

Por otro lado, cuando se utiliza la conexión de la nacionalidad, el Reglamento prevé un modelo indirecto; así, según el art. 14.c), «toda referencia a la nacionalidad se referirá a la unidad territorial designada por la ley de tal Estado o, a falta de normas a estos efectos, a la unidad territorial elegida por las partes, o bien, a falta de elección, a la unidad territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados».

Como ocurría en la materia de obligaciones alimenticias, el mecanismo indirecto es fácilmente adaptable al modelo interregional. En función del 16.1.1^a C.C., la referencia al Estado de la nacionalidad española se entiende que deter-

por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», en *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 22, 2012, p. 47, nota 14). Finalmente, otra doctrina no se pronuncia sobre el tema (vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *El divorcio internacional en la Unión Europea: jurisdicción y ley aplicable*, 2013, pp. 66 y 67. A nivel judicial, podría entenderse que hay (pocas) sentencias que consideran (implícitamente) la existencia de plurilegislación en cuestiones como el contenido o la fiscalización el convenio regulador, terminando por dar una respuesta «territorial» a estos problemas (SAP de Barcelona de 28 abril de 2009 –JUR 2009\393259– o SAP de Girona de 28 junio de 2013 –JUR 2013\339370–).

mina el territorio foral de la vecindad civil del sujeto; pero cuando se trata de un extranjero, como se ha explicado *supra*, hay que considerarlo como un supuesto de «falta de normas a estos efectos» (art. 14.c del Reglamento) por lo que la solución dependerá de si la Ley aplicable es fruto de la elección de una de las conexiones previstas en el art. 5 del Reglamento (residencia habitual, nacionalidad o *lex fori*) o, «a falta de elección», se aplicará la Ley del territorio con el que la persona tenga una vinculación más estrecha.

Como en el supuesto referido al Protocolo de La Haya, el modelo territorial español se adapta con facilidad a otros supuestos en función del art. 14 a) del Reglamento («toda referencia a la legislación de tal Estado se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo al presente Reglamento, como una referencia a la legislación vigente en la unidad territorial de que se trate»). Esta cláusula genérica, susceptible de ser utilizada en relación a cualquier otra conexión que no sea la residencia habitual o la nacionalidad, permite la integración de lo que sea la *Lex fori* en la práctica, señalando la Ley territorial «de que se trate», que se corresponde con el de la demarcación judicial del Tribunal que conozca del asunto.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J. M., «La prescripció en el dret civil de Catalunya: la normativa catalana només és aplicable quan hi ha una regulació pròpia de la pretensió que prescriu?», en *Indret*, n.º 2, 2011.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español» en *Indret*, n.º 1, 2012.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La “eficacia territorial” del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales» en *Revista de Derecho Civil*, V. 4, n.º 3, 2017, pp. 35 a 62.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Remisión a un sistema plurilegislativo. El ejemplo español y algunas tareas por resolver» en *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, 2018, pp. 63 a 84.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «La incorporación por referencia en el derecho de los tratados» en *Revista española de derecho internacional*, vol. 37, n.º 1, 1985, pp. 7 a 40.
- ARCE JANÁRIZ, A., *Comunidades autónomas y conflictos de leyes*, 1988.
- ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español*, 2004.
- ARENAS GARCÍA, R., «Pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español», en *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, 2011, pp. 51 a 83.

- BADOSA COLL, F., «El caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya» en *Revista Catalana de Dret Privat*, n.º 8, 2007, pp. 19 a 46.
- BAR CENDÓN, A., «La Unión Europea: de la economía a la política, pasando por el derecho» en *Teoría y realidad constitucional*, 2013, n. 32, pp. 99 a 124.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International privé actuel», *Recueil des Cours* (1994), The Hague, 1995, vol. 249.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», en *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 36 a 71.
- CAMPUZANO DÍAZ, B., «El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, 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», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, V. 15, n.º 39, 2011, pp. 561 a 587.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Los tratados internacionales en el sistema español de derecho internacional privado y su aplicación judicial» en *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 1, 1997, pp. 59 a 158.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Estado, Comunidades Autónomas y acción exterior en el ordenamiento constitucional español» en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2004, p. 91 a 120.
- FONTANELLAS I MORELL, J. M., «Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado (1): Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 1 de marzo de 2018, C-558/16: Mahnkopf» en *La Ley Unión Europea*, 61, 2018.
- HERRANZ BALLESTEROS, 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», en *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 22, 2012, pp. 43 a 66.
- LARA AGUADO, A., «Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos, *REEI*, n. 28, 2014.
- PARRA RODRÍGUEZ, C., «La implementación en el ordenamiento catalán del derecho internacional de alimentos: especial referencia al Reglamento 4/2009», en *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho Catalán*, 2012, p. 155.
- PÉREZ MILLA, J. J., «Un Derecho interregional entre gigantes» en VV.AA., *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, 2018, pp. 75 a 106.
- PÉREZ MILLA, J. J., *Conflictos internos de leyes españolas, en la frontera*, 2010.
- POIARES MADURO, M., «The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination» en *The future of remedies in Europe*, 2000, pp. 117 a 139.
- QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTANDL, G., «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español» en *Indret*, n.º 3, 2013, pp. 9 a 27.

- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *El divorcio internacional en la Unión Europea: jurisdicción y ley aplicable*, 2013.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., «La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española» en *Revista española de derecho internacional*, 1993, pp. 131 a 148.
- SANTOS ARNAU, L., *Les Clàusules Plurilegislatives dels Convenis de la Conferència de Dret Internacional Privat de la Haia*, 1987 (accesible en <http://www.fbofill.cat/publicacions/les-clausules-plurilegislatives-dels-convenis-de-la-conferencia-de-dret-internacional>).
- SOTO MOYA, M., «El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado» en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N.º 35, 2018.
- TRYFONIDOU, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Alphen aan den Rijn, 2009.
- TRYFONIDOU, A., «What can the Court's response to reverse discrimination and purely internal situations contribute to our understanding of the relationship between the "restriction" and "discrimination" concepts in EU free movement law?», 2011, (accesible en <http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/markedsstaten/arrangementer/2011/free-movement-oslo/speakers-papers/tryfonidou.pdf>).
- VAN ITERSOM, D., «La respuesta del derecho nacional a los convenios internacionales y los instrumentos comunitarios: el ejemplo holandés» en VV. AA., *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil: homenaje al prof. dr. Ramón Viñas Farré*, 2012, pp. 81 a 96.