

Divorcio internacional y alimentos: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero 2021

International divorce and maintenance: Comment on the judgment of the High Court of 17 February 2021

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER
Catedrática de Derecho internacional privado
UNED
ORCID: 0000-0002-7910-0789

Recibido: 18.05.2022 / Aceptado: 10.06.2022
DOI: 10.20318/cdt.2022.7224

Resumen: El TS admite la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, con fundamento en el art. 3 del Reglamento (CE) n.º 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. Aplicación de la ley española a la pretensión de la pensión compensatoria, que debe considerarse incluida en el concepto de “obligación de alimentos” conforme a lo dispuesto en el art. 3 del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, estas se regirán por la ley de la residencia habitual del acreedor, es decir, el derecho civil catalán como ley española. La interacción de normas de distintas estructuras normativas y su correcta delimitación hacen de esta STS una decisión singular.

Palabras clave: Divorcio internacional, obligación de alimentos entre cónyuges, competencia judicial internacional, derecho aplicable a la pensión compensatoria, Reglamento UE 4/2009, Protocolo de La Haya de 2007.

Abstract: The Spanish High Court confirms Spanish Jurisdiction and application on Spanish law an international divorce and maintenance obligations due to the claimant habitual residence in Spain. Interaction between European Regulations, The Hague Protocol on Maintenance Obligations, 23 November 2007, and Spanish (catalan) private law render this Judgement a very special one.

Keywords: International divorce, maintenance obligations between ex spouses, international jurisdiction, applicable law, EU Regulation 4/2009, The Hague Protocol 2007.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos y desarrollo judicial. III. Competencia judicial internacional y diversidad de instrumentos: la delimitación del Tribunal Supremo. IV. Ley aplicable a los aspectos económicos derivados del divorcio y diversidad normativa: la delimitación del Tribunal Supremo. V. Observaciones.

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020- 114611RB-I00, Protección del menor en las crisis familiares internacionales (Análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

I. Introducción

1. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia num 89/2021, de 17 de febrero 2021¹ (ponente Dña. I. Parra Lucán) objeto de este comentario se enfrenta a un supuesto de divorcio internacional y sus consecuencias en el que confluyen y son de aplicación normas competencia judicial internacional y normas de conflicto contenidas en Reglamentos europeos y en un convenio internacional por las que finalmente se designa aplicable el derecho civil catalán para determinar la validez de la pensión compensatoria reclamada por uno de los ex cónyuges. No es el primer caso en el que se advierte esta confluencia de cuestiones y normas aplicables a un divorcio con elemento internacional y sus consecuencias, si bien en supuestos anteriores se han afrontado con menos éxito².

2. El tema tiene un interés práctico indudable y de ahí los esfuerzos por parte de la doctrina por poner orden³. El divorcio internacional es exponente paradigmático de los resultados del proceso de diversificación y especialización que caracteriza al sistema español de Derecho internacional privado (DIPr). La diversificación normativa tiene su origen en la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos, internos e internacionales para la determinación de la competencia judicial internacional y el derecho aplicable en las causas matrimoniales y sus consecuencias⁴. En la realidad los problemas exigen, como muestra esta Sentencia, una cuidadosa delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de los instrumentos normativos concurrentes en un mismo caso.

3. Más perturbadora es la especialización o sectorialización de la materia regulada. En la regulación del divorcio y sus efectos las soluciones se han fragmentado, por una parte, en los aspectos personales (la disolución del vínculo y los aspectos relativos a los hijos menores) y por otra, en los aspectos económicos o patrimoniales (que a su vez se escinden en cuestiones pertenecientes al régimen económico y obligaciones de alimentos derivadas de la ruptura matrimonial). Esta especialización afecta tanto al ámbito de la competencia judicial internacional como a la determinación del derecho aplicable. Cada una de estas materias sujeta hoy a distintos instrumentos internos, europeos y convencionales. La selección puede no ser indiferente y menos aun cuando la cuestión litigiosa reside fundamentalmente en las consecuencias económicas derivadas de la ruptura matrimonial hacia el cónyuge aparentemente víctima de la ruptura y hacia los hijos.

4. Pues bien dado que esta STS plantea una problemática común a otros precedentes judiciales en la materia, se ha optado por limitar este comentario al relato de los hechos y su evolución judicial (II), extrayendo los aspectos más relevantes del intenso razonamiento judicial (III y IV), para concluir con una reflexión que sugiere esta excelente Sentencia desde la perspectiva de la regulación contemporánea de la obligación de alimentos (V).

¹ ECLI:ES:TS2021:532

² Vid. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revidando las cuestiones generales en un divorcio transnacional" (AP Barcelona-Sentencia 15/04/2019.), Cuadernos de Derecho transnacional (Marzo 2020) vol. 12, nº 1, pp. 784-794 (www.uc3m.es/cdt).

³ En el caso de la SAP de Barcelona, aparecían involucrados además, las cuestiones relativas a la guarda de los hijos y la obligación de alimentos (vid. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "Crisis familiar...", .cit. supra.).

Desde la perspectiva estricta de la competencia judicial internacional en materia de divorcio la cuestión ha sido explicada entre nosotros por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España. Siete foros de competencia, siete metales y un cuenco tibetano"; Accursio Dip Blog 18 de junio 2021 (<http://accursio.com/blog/?p=1310>); M. J. SÁNCHEZ CANO, "Divorcio en España y cónyuges sin residencia habitual en nuestro país: ¿Cómo han de proceder los tribunales españoles? Comentario del AAP de Murcia 11 de febrero 2021", Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2022, vol 14, nº 1, pp. 904-914; <http://www.uc3m.es/cdt>); E.CASTELLANOS RUIZ, La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional, Valencia, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2021.

⁴ Un análisis actual puede consultarse en R.ESPINOSA CALABUIG, "Cross-border Family Issues in the European Union: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination", Diversity and Integration in Private International Law (N. RUIZ ABOU-NICH/M.B. NOGHETAQUELA. eds), Edimburg University Press, 2019, pp. 65-82.

II. Hechos y evolución judicial

5. En el sustrato fáctico encontramos un supuesto de internacionalidad débil. Matrimonio de extranjeros residente en España y divorcio en España. No obstante, coinciden la nacionalidad francesa de los excónyuges (irrelevante desde la perspectiva del foro) y la celebración del matrimonio en Francia, habiendo pactado los esposos en aquel momento un acuerdo de elección del derecho francés para las cuestiones relativas al régimen económico

6. El divorcio se plantea en términos contenciosos. Una vez disuelto el vínculo matrimonial, la ex cónyuge solicitaba la guarda de la hija menor además de una pensión mensual y distintas cantidades por conceptos médicos y otros gastos extraordinarios así como otra pensión para el otro hijo; adicionalmente el uso de la vivienda familiar y para sí una pensión compensatoria además de una pensión por razón de trabajo -prevista en el art. 232.5 y ss del Código civil de Cataluña- pretensiones éstas que se monetarizaban en cantidades importantes. Destaca el dato de que en 1ª instancia eran competentes los Juzgados de violencia sobre la mujer de la localidad de Girona, de donde procede la sentencia de 14 de diciembre de 2018. Dicha sentencia modifica las pretensiones de la ex esposa otorgando el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, reconociendo la guarda y custodia de la menor a la madre y dejando abierto el derecho de visita del padre a lo que eventualmente pactasen. Se rebaja a la mitad la cuantía relativa a la pensión de alimentos en favor de la hija menor (1.500e/mes) si bien mantiene la cuantía de la pensión de alimentos en favor del otro hijo (1.500e/mes) sometida a un plazo de 3 años. Finalmente, se admite una pensión compensatoria inferior a la inicialmente solicitada (8000e/mes) por un periodo de diez años y estima improcedente “fijar importe” en concepto de compensación por razón de trabajo en favor de la ex esposa.

7. En 2ª instancia la AP de Girona, Sección 2ª, de 24 de julio 2019, rebaja todas las cuantías respecto a la pensiones inicialmente establecidas admitiendo únicamente la prestación compensatoria, y se desestiman todos los demás petitum respecto de la sentencia apelada.

8. El ex esposo recurre al TS al amparo del recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1, 2º LEC en relación con el artículo 218.1 del mismo cuerpo legal por vulnerar el principio de congruencia, al obviar en su parecer la cuestión controvertida y no haberse resuelto la cuestión de la incompetencia del tribunal -español- en materia económico matrimonial. En casación el recurso se sustenta en la infracción del art. 5 del Reglamento UE nº1259/2010 relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en relación con el art. 107 Cc, tras la reforma experimentada por esta norma en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, al entender que concurre interés casacional dado que la vigencia de esta norma es inferior a cinco años y no existe doctrina jurisprudencial de la Sala Primera. Anticipo que ambos fueron rechazados con buen criterio por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia num 89/2021.

III. Competencia judicial internacional y diversidad de instrumentos: la delimitación del Tribunal Supremo

9. En el TS la Sala desestima el recurso por infracción procesal, planteado sobre la base de la infracción del art. 469.1 LEC (Infracción de normas de jurisdicción y competencia). El recurrente denunciaba la incongruencia dado que según él el tribunal no se habría pronunciado sobre la incompetencia de los tribunales españoles para juzgar acerca de la materia económico matrimonial⁵. Cuestión que se despeja, por una parte, poniendo énfasis en el dato de que el demandante nunca impugnó la competencia⁶; y, por otra, se destacan las normas aplicadas en instancia como fundamento de la competencia en

⁵ FJ Tercero, apart.1

⁶ FJ Tercero, apart.4

instancia y en la AP: en particular el Reglamento UE 4/2009, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos- y sobre todo por la Audiencia -que acoge la anterior y añade, el art. 5 Reglamento UE 1259/2010, sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, así como los arts. 9.2 y 107 Cc para pronunciarse sobre la ley española como ley aplicable al caso y, en concreto, el Código civil de Cataluña.

10. En realidad no se sostiene la infracción procesal por incongruencia dado que la sentencia no ha omitido pronunciarse ni sobre la competencia judicial ni sobre la ley aplicable⁷. En el planteamiento y desarrollo del motivo, la confusión es la del propio demandante al involucrar la cuestión de la competencia judicial con la relativa a la ley aplicable -al invocar un acuerdo prematrimonial por el que se pactaba la aplicación de la ley francesa a la cuestión del régimen económico-, por lo que la cuestión de la determinación del derecho aplicable se desplaza a la respuesta del recurso de casación.

11. Expone la Sala las normas aplicables siguiendo el correcto razonamiento. 1º) La competencia judicial para la disolución del vínculo, se sujeta al Reglamento UE 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que al introducir numerosos foros de competencia permite afirmar en el caso la competencia de los tribunales españoles por la residencia habitual común de los exesposos⁸. En todo caso, la competencia judicial internacional puede impugnarse mediante la declinatoria (arts. 39 y 63 LEC), cauce que no utilizó el demandado recurrente.

12. 2º) La competencia de los tribunales españoles en cuanto a la cuestión de la pensión compensatoria entra dentro del ámbito del Reglamento UE 4/2009, dado que aunque dicha pensión “no se limita a un simple derecho a alimentos y tiende a compensar el nivel de vida que disfrutaba durante el matrimonio”⁹, siguiendo la jurisprudencia del TJUE debe considerarse que “las prestaciones compensatorias o indemnizatorias entre ex cónyuges (entran dentro de su ámbito)... en la medida en que no tengan por objeto el reparto de los bienes ni sean una liquidación de bienes propia del régimen económico”¹⁰. Y dado que, pese a que los cónyuges escogieron en el momento de la celebración de su matrimonio el derecho francés como rector de su régimen económico pero no pactaron la competencia de los tribunales, son de aplicación los foros objetivos de competencia previstos por el Reglamento UE 4/2009 para los conflictos en materia de alimentos; entre éstos, además del foro de la residencia habitual del demandado y el de la residencia habitual del acreedor, el art. 3 prevé otro foros, y entre éstos el foro para conocer de una acción relativa al estado civil como es la de divorcio cuando la reclamación de alimentos sea una acción accesoria (art. 3 letra c).

13. 3º) No obstante la Sala entiende que aunque dichas reglas fueron mencionadas en instancia y en apelación, no se afinó en lo relativo al ámbito material del Reglamento 4/2009, razón por la cual se pronuncia sobre dicho Reglamento para afirmar que éste no se aplica a la compensación económica por el trabajo, indemnización típica del régimen de separación de bienes, lo cual no impide que la competencia de los tribunales españoles sea incuestionable conforme a la regla interna, esto es, el art.22 quater LOPJ¹¹, que prevé la competencia de los tribunales españoles “cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda...”¹². Y esto, habida cuenta que, en rigor, el fundamento de la competencia podría haberse sustentado en el Reglamento UE 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales,

⁷ FJ Segundo, apart.2. v).

⁸ FJ Tercero, apart.4.

⁹ FJ Tercero, apart.4

¹⁰ FJ Tercero, apart.4.

¹¹ Las reglas internas de competencia judicial internacional se aplicarían de manera residual (cf. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18 ed, Granada, Comares, 2018, pp.248 y 24

¹² FJ Tercero, apart.4, iv)

de no ser porque este Reglamento es de aplicación en lo relativo a los foros de competencia judicial, a las demandas relativas a regímenes económicos interpuestas con posterioridad a 29 de enero de 2019, fecha de su entrada en vigor (arts. 69 y 70 R)¹³, no siendo este el caso¹⁴, dado que el proceso ya estaba iniciado cuando entró en vigor.

14. 4º) En cuanto a las pensiones hacia los hijos, los tribunales competentes eran los españoles pues la demanda de alimentos era accesoria a la acción de estado (art. 3.c R 4/2009) con independencia de que la competencia cristalizaría también en los tribunales españoles por el hecho de la residencia en España del demandado o del acreedor de los alimentos conforme al Reglamento UE 4/2009 (art. 3 a) y b)¹⁵.

15. 5º) Por último, en cuanto a las medidas de protección sobre la hija menor que fueron adoptadas conforme a la ley del foro, la Sala corrige el fundamento jurídico e invoca la norma pertinente, a saber, el art. 9.6 Cc que remite al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1995, sobre protección de menores, construido éste sobre la asignación de la competencia a los tribunales de la residencia habitual del menor (art. 15.1), excluyendo que dicha intervención pudiera fundarse sobre la aplicación territorial del derecho civil autonómico o sobre el art. 5 del Reglamento UE 1259/2010, que nada tiene que ver¹⁶.

16. Queda claro que la Sala TS ordena la entrada de los distintos instrumentos reguladores de la competencia judicial internacional en una acción de divorcio que trae aparejada reclamaciones de alimentos hacia el ex cónyuge y hacia los hijos, además de medidas de protección; al tiempo que dichas reglas de atribución de la competencia constituyen en su conjunto un exponente de intensa especialización de la materia, si bien todas conducían a los Tribunales españoles por la presencia por residencia habitual en España de los afectados. La intervención del TS es determinante en cuanto a la calificación de la prestación por el trabajo como institución perteneciente al régimen económico -de separación- y por tanto excluida del Reglamento 4/2009 sobre alimentos, si bien en instancia se había descartado la aplicación del Derecho civil catalán por la presencia de un pacto entre esposos de elección del derecho francés.

IV. Ley aplicable a los aspectos económicos derivados del divorcio y diversidad normativa: la delimitación del Tribunal Supremo

17. También se inadmite la casación. En el recurso en casación el demandante invoca la aplicación incorrecta del art. 5 del Reglamento UE 1259/2010, relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en relación con el art. 107.2 Cc, disposición ésta que reconoce la prioridad de DIPr del Derecho de la UE en estas cuestiones. Aquel reconoce la autonomía de la voluntad y, según el recurrente “admite que los cónyuges escojan la ley aplicable, de acuerdo con el art. 1255 Cc, cosa que hicieron, eligiendo la ley francesa”¹⁷. Solo este argumento pone de manifiesto la enorme confusión del recurrente entre el plano de la competencia judicial internacional y el correspondiente al derecho aplicable.

18. Parece evidente que el objetivo era la sumisión de la pensión compensatoria a derecho civil francés -¿menores cuantías?- y no al Derecho civil catalán que es ley española. Es en este punto donde arranca el principio de la confusión: alude al Reglamento 1259/2010 relativo al derecho aplicable a la disolución del vínculo matrimonial por separación o divorcio, y por tanto excluyendo las obligaciones de alimentos así como las cuestiones derivadas del régimen económico, sujetas éstas a sus correspondientes Reglamentos europeos.

¹³ A diferencia de las normas sobre ley aplicable (capítulo III) que no son de aplicación a los regímenes económicos derivados de matrimonios anteriores a dicha fecha ((art. 69.3 R).

¹⁴ FJ Tercero apart. 5. v)

¹⁵ FJ Tercero apart. 4, v).

¹⁶ FJ Tercero, apar. 4, vi).

¹⁷ FJ Cuarto, apart. 1.

19. No sorprende, en primer término, la admisión del interés casacional, una práctica que no es nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁸. La obligación de aplicar la norma de conflicto pertinente alcanza también a las normas contenidas en instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento y cuyas obligaciones en su momento asumió España. Comprendería las contenidas en un importante número de Convenios internacionales (art. 96.1 CE) y 1.5 Cc) y Reglamentos de la Unión Europea que precisamente hoy constituyen la columna vertebral del DIPr español. Así se ha entendido por el TS en la STS 198/2015, de 17 de abril¹⁹ al afirmar que “El tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art.12.6Cc), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional”²⁰.

20. Al inadmitir el recurso de casación la Sala 1º) Destaca la confusión en la argumentación jurídica sobre la que se sustentan las pretensiones del recurrente, quien pretende a lo largo de todo el procedimiento la aplicación de la ley francesa, excepto en relación con la pensión compensatoria respecto de la que opta, bien negar su procedencia, bien por solicitar una rebaja de la cuantía y el tiempo de duración, con cita en el derecho catalán y en la jurisprudencia del TS²¹. 2º) Desarrolla una función ciertamente pedagógica al ordenar la aplicación de las distintas normas a retener en el caso, mediante una delimitación temporal y sobre todo material de los ámbitos de aplicación de los instrumentos jurídicos invocados tanto en instancia como en la Audiencia y completa la argumentación.

21. 1º) Excluye que el pacto otorgado por las partes antes de la celebración del matrimonio, conforme al cual el régimen económico sería el del derecho francés, pueda ampararse en el art. 5 del Reglamento 1259/2010 ni en el art. 107 Cc, dado que “ni uno ni otro son aplicables a los efectos patrimoniales ni a las obligaciones alimentarias”, de modo que resulta improcedente su cita²².

22. 2º) Como también lo es la referencia al art. 9.2 Cc, cuyo ámbito de aplicación comprende las relaciones jurídicas entre los cónyuges incluidos el régimen económico matrimonial, su disolución y liquidación, y complementariamente dentro de su ámbito por el art. 9.3 Cc, conforme al que habrá que decidir acerca de la validez del pacto de separación de bienes otorgado por los esposos. En este punto la Sala aclara que la norma pertinente es el art. 9.3 Cc y no el Reglamento UE 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, aplicable en su Capítulo III a los matrimonios celebrados con posterioridad a 29 de enero de 2019, no siendo este el caso²³.

23. 3º) Una vez descartadas las normas incorrectamente invocadas, la Sala desarrolla una función ciertamente pedagógica al establecer el ámbito de aplicación respectivo del Reglamento UE 4/2009 y el Protocolo de La Haya de 2007 sobre obligación de alimentos, que no había sido invocado. Así, establece que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determina conforme al Reglamento UE 4/2009, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos, cuyo art. 15 se remite al Protocolo de La Haya, de 27 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y centra en éste la exposición. Junto a la

¹⁸ Así lo he explorado en “Recurso de casación y aplicación del Derecho extranjero. La perspectiva del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, (A.L. CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*), Colección Derecho y Letras, nº 1, vol. 2, Murcia, 2019, pp. 797-823

¹⁹ RJ \ 2015 \ 1350

²⁰ En la misma dirección STS 13 enero 2016 (Cendoj: 28079110012015100010) en la que se juzgaba acerca de la responsabilidad respecto a daños causados a los pasajeros en un accidente de aviación. La norma “europea” estaría reforzada por el principio de la primacía del Derecho europeo y en particular, las contenidas en Reglamentos de la UE, al ser de aplicación directa y obligatoria en todos sus elementos (art. 288.2 TFUE).

²¹ FJ Quinto, apart 1.). La petición de compensación por el trabajo se desestima en instancia, al estar prevista por el derecho catalán para los matrimonios sometidos al régimen de separación de bienes del derecho catalán, no siendo ésta la ley aplicable al matrimonio litigioso sino el derecho francés.

²² FJ Quinto, apart.1, i).

²³ FJ Quinto, apart.1, ii).

norma general (art. 3), el Protocolo prevé dos reglas especiales que vienen al caso: una para los supuestos de obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges en caso de oposición (art. 5), y otra por la que se admite que acreedor y deudor de alimentos designen en cualquier momento alguna de las leyes contempladas (art. 8.1 c) y d); adicionalmente, resalta el art. 16.2.a del Protocolo, que acoge el sistema de remisión directa en los casos en que la norma de conflicto designe el derecho correspondiente a una unidad legislativa dentro de un Estado.

24. 4º) Proyectados al caso, el TS afirma que los cónyuges pactaron con anterioridad a la celebración de su matrimonio el régimen económico matrimonial de separación de bienes regulado por el derecho francés; pero “ni en ese momento eligieron la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en caso de divorcio, ni consta que en otro momento designaran la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en los términos previstos en los arts. 7 y 8 del Protocolo”²⁴, pues, en efecto, no consta un acuerdo escrito como se exige en los arts. 7.2 y 8.2 del Protocolo para modificar el juego de las reglas generales. Con buen criterio, añade que no basta para desplazar la regla general -residencia habitual del acreedor de los alimentos- “la oposición que el demandado ha hecho a la aplicación de la ley española invocando de manera genérica la ley francesa”, dado que ni ha justificado la mayor vinculación con la ley de otro Estado (ex. art. 5 Protocolo), ni las razones por las que sería más adecuado estar a la legislación francesa (que, por lo demás, “también prevé una prestación compensatoria de naturaleza indemnizatoria y alimentaria para los casos de divorcio, con independencia del régimen económico matrimonial”).

V. Observaciones

25. De entrada la STS objeto de este comentario cumple una importante función al proceder a una delimitación de ámbitos materiales y de paso traer a colación el Protocolo de la Haya sobre obligaciones de alimentos que era el instrumento jurídico pertinente para determinar el derecho aplicable a una prestación compensatoria a pesar del cúmulo de disposiciones incorrectamente invocadas por el demandante.

26. Tampoco la confusión del demandante -o de su abogado- debe extrañar. A una sociedad internacional policéntrica en sus estructuras de poder y decisión, le corresponde un DIPr descentralizado en su formación, forjado a partir de tendencias centrípetas y verticales en la formación del Derecho en coexistencia con tendencias centrífugas en el espacio mundial o transnacional²⁵. El fenómeno globalizador hace visible la conformación de un mundo cada vez más fragmentado en distintos centros de producción normativa alterando los presupuestos formales del DIPr²⁶. El intérprete tiene que acostumbrarse a vivir en la complejidad del Derecho dado que los presupuestos de su examen pueden ser múltiples y de carácter contradictorio. Y este es un caso paradigmático: normas internacionales procedentes de distintos centros, normas internas e incidencia del derecho civil especial.

27. El caso y la sentencia ponen de manifiesto lo que en los años noventa del siglo pasado era tendencia y hoy tiene plena vigencia: la especialización de las normas de DIPr, cuyo precursor en la doctrina española (J.D. GONZALEZ CAMPOS), ya advertía acerca de la diversificación de las normas de DIPr en función de la fuente de producción²⁷ y de la especialización de las soluciones por exigencias

²⁴ F.J. QUINTO, apart. 3).

²⁵ Uno de los elementos definitorios de la sociedad internacional contemporánea (vid. J.DELBRUCK “Structural Changes in the International Systems and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization”, *Ann.Suisse Dr. Int.Eur.*, 2001/1, pp. 1-36).

²⁶ Un rasgo que también afecta al sistema español de DIPr (vid. D. FERNÁNDEZ ARROYO/A. RODRÍGUEZ BENOT, “Espagne”, *Juris-Classeur de Droit Comparé*, Fasc. 60, Lexis-Nexis, París, enero de 2021. Sobre la coexistencia entre el DIPr europeo y el derecho nacional, J.CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado y Dogmática jurídica*, Granada 2021, nums 280-286.

²⁷ Cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé. Cours général”, *R. des C.*, t. 287 (2000), 2002, p. 161.

materiales o por la toma en consideración de la realidad a regular²⁸, en su caso, por la falta de acuerdo político que impediría -de hecho ha impedido- que los distintos aspectos de una misma relación queden sometidos a un único instrumento²⁹. Pues bien, el futuro ya ha llegado. El ejemplo de la regulación internacional de la obligación de alimentos es paradigmático. En sede de competencia judicial la regla general de atribución basada en la residencia habitual del acreedor o del deudor coexisten con la asignación de competencia a la jurisdicción que lo sea para la acción de estado (divorcio) (art. 3 c R 4/2009)³⁰.

28. En materia de ley aplicable a la obligación de alimentos entre cónyuges o ex cónyuges la especialización provoca que las soluciones oscilen entre la solución general basada en el *favor creditoris* (residencia habitual del acreedor de los alimentos, ex art. 3 Protocolo 2007) en coexistencia con otras soluciones especiales para los supuestos de alimentos entre ex esposos: si hay oposición, última residencia habitual común durante el matrimonio (art. 5 Protocolo 2007) e incluso posibilidad de elegir entre distintas leyes y, entre otras, la ley rectora del divorcio o la del régimen económico (art. 8.1.d. y c.) Protocolo 2007). La primera es una especialización de la regla general. La segunda, al plantear la posibilidad de someter la obligación de alimentos a la ley aplicable a las relaciones económicas del matrimonio o a la ley rectora del divorcio escogidas por los cónyuges (art. 8 Protocolo), comporta la emergencia de una nueva conexión que se añade a la regla general; o lo que es igual, se introduce otra conexión -autonomía de la voluntad-, por lo demás susceptible de someter el mismo problema -obligación de alimentos entre ex esposos- a leyes diferentes que nada tengan que ver con la residencia habitual del acreedor. El Protocolo de 2007 es exponente de una radical especialización de la regulación de la obligación de alimentos entre cónyuges y excónyuges³¹.

29. Más aun, la diversificación de instrumentos internacionales suscita problemas de delimitación³² que el TS resuelve exhaustivamente como se ha visto. Realmente desarrolla una tarea de disección. Es cierto que con la especialización de los supuestos se consigue una mejor localización. Pero esta técnica de regulación posee una incidencia en los llamados problemas de aplicación. Y si bien aminora problemas como el reenvío o el orden público, potencia otros como el relativo a la calificación: decidir si una pensión compensatoria en favor de uno de los cónyuges, habiendo un pacto sobre el derecho aplicable al régimen económico, es una obligación de alimentos o pertenece al régimen económico, puede no ser tan evidente y la cuestión se complica habida cuenta de la existencia de al menos tres instrumentos internacionales en vigor susceptibles de incidir según se opte por una calificación u otra.

30. Si subyace, y es una cuestión omitida por el TS en este caso, el riesgo de descoordinación entre las leyes reguladoras de la liquidación del régimen económico y de los alimentos (pensión compensatoria). Esto es, ¿Qué ocurre si la ley rectora de esta última (española) prohibiera tener en cuenta los ingresos procedentes de la liquidación del régimen económico (ley francesa) y se generan desequilibrios?. El art. 14 del Protocolo contempla la posibilidad a los efectos de determinar la cuantía de los alimentos y desplaza al intérprete la necesidad de adaptación de las soluciones, al indicar que “se tomarán en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos.” Ello supondría, por lo demás, condicionar la decisión sobre la pensión compensatoria al resultado de la liquidación del régimen económico.

31. Por último, en el caso subyace la cuestión de los conflictos internos vinculados a un conflicto internacional, al ser finalmente el Derecho civil catalán correspondiente a la residencia habitual del acreedor de los alimentos el designado por la norma de conflicto. Un nuevo condicionante del DIPr

²⁸ *Ibid.* p. 173

²⁹ *Ibid.* p. 175

³⁰ Cf. M.VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Crisis familiar...”, cit.

³¹ Cf. J.D.GONZÁLEZ CAMPOS, pp. 167-168

³² Vid. J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, cit. espec. num. 349.

contemporáneo³³, que no tiene por qué dar problemas cada vez que la norma de conflicto internacional o europea opte por la técnica de la remisión directa. Ello implica que cada uno de los territorios que cuentan con su propio derecho serán considerados como un país³⁴ (p.ej. art. 16.1 Protocolo 2007); en particular si la conexión es la residencia habitual, por la que fácilmente se designara un territorio con su derecho propio, partiendo del principio de igualdad entre todos los derechos españoles³⁵.

32. No se deduce de los hechos narrados el eventual cambio de residencia del acreedor de los alimentos en el curso del proceso y de ahí que el TS orille el problema, supuesto que puede ser frecuente en los divorcios internacionales: que el acreedor regrese a su país de origen o al de celebración del matrimonio. El Reglamento 4/2009 no se plantea qué hacer cuando se cambia de residencia a mitad del proceso. ¿Debe tenerse en cuenta esta circunstancia?. ¿Se puede “cambiar” de ley dando audiencia a las partes³⁶? ¿Hay que iniciar un nuevo litigio para revisar las cuantías?. ¿Hay que esperar a la siguiente instancia para ponerlo de manifiesto?. Como se ha dicho, la posibilidad de pactos prevista por el art. 8 del Protocolo presenta la ventaja de evitar los cambios de ley resultante de un conflicto móvil³⁷, posibilidad que se refuerza al disponer que podrán elegir “en cualquier momento”, de donde cabría deducir que dicha elección pueda tener lugar en el curso del proceso, aunque en esta fase es poco previsible la capacidad de negociación y pacto de los exesposos...³⁸.

33. Diversificación y especialización normativa traen aparejada la confusión y la inseguridad jurídica en los operadores en la búsqueda de las respuestas en el caso concreto. De ahí que la labor de la jurisprudencia resulte esencial para alumbrar las soluciones como lo ha sido en este caso.

³³ Expresión que tomo de R. ARENAS GARCÍA, “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, AEDIPr, 2010, pp. 547 ss.

³⁴ Cf. R. ARENAS GARCÍA, *ibid.*, p. 589

³⁵ Cf., R. ARENAS GARCÍA *ibid.*, p. 591

³⁶ Si se permite por art. 3.2 Protocolo.

³⁷ Cf. M.VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Derecho aplicable a la obligación de alimentos. El Protocolo de La Haya de 2007”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea* (dirs. M. GUZMÁN ZAPATER/M. HERRANZ BALLESTEROS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 415-442, p. 15

³⁸ Así como fomenta en los cónyuges que hagan lo necesario para propiciar que todos los aspectos del divorcio queden sometidos a una ley única Cf. M.VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Derecho aplicable... *ibid.* p.16).