

Agentes contractuales de la Unión Europea destinados
en un tercer país, ¿se pueden divorciar en un Estado miembro?
Y, ¿qué pasa con los diplomáticos?
(STJUE de 1 de agosto de 2022)*

Can European Union contract staff posted to a third country
be divorced in a member State? And what about diplomats
(ECJR of 1 August of 2022)?

FLORA CALVO BABÍO

*Profesora Contratada Doctor de Derecho internacional privado
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

Recibido:27.11.2022 / Aceptado:18.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7571

Resumen: Este comentario analiza los criterios de competencia judicial internacional en materia de divorcio y medidas inherentes al mismo, cuando nacionales comunitarios de distintos Estados miembros residen con sus hijos en terceros Estados en los que el acceso a la justicia no está garantizado. Los reglamentos de la Unión europea no ofrecen soluciones adecuadas cuando el matrimonio está compuesto por binacionales comunitarios, y ello es susceptible de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de los nacionales comunitarios. Este problema entronca con el estatuto diplomático, tenga el alcance que tenga, y como afecta a los que gocen de él como a los que demanden a una persona cubierta por el mismo.

Palabras clave: Competencia judicial internacional, diplomático, estatuto diplomático, inmunidad de jurisdicción, competencia residual, residencia habitual, fórum necessitatis, proximidad razonable.

Abstract: This commentary analyses criteria for international jurisdiction in matters of divorce and divorce-related measures when Community nationals from different Member States reside with their children in third States where access to justice is not guaranteed. European Regulation rules do not provide adequate solutions when the marriage is composed of EU binationals and this is likely to infringe the right to effective judicial protection of EU nationals. This problem is linked to diplomatic status, whatever its scope, and as it affects those who enjoy it as well as those who sue a person covered by it.

Keywords: International jurisdiction, diplomatic, diplomatic status, immunity, residual jurisdiction, habitual residence, forum necessitatis, reasonable proximity.

Sumario: I.Los antecedentes de hecho. II Cuestiones prejudiciales. III Determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en todos los peticiones de la demanda y respuesta del TJUE. 1. Competencia judicial internacional en materia de divorcio. 2. Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. 3. Competencia judicial internacional en materia de alimentos. 4. Resultado del examen de la competencia en cada uno de los supuestos sin tener en cuenta “el componente diplomático”. 5. El componente diplomático. 6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona tras la resolución de la cuestión prejudicial. V El caso de los diplomáticos. VI Conclusiones: El problema de los expatriados y la inmunidad de jurisdicción.

* Asunto C-501/20 MPA y LCDNMT. (DO C 408 de 24.10.2022 p. 8/9; CELEX: 62020CA0501).

I. Los antecedentes de hecho

1. Un matrimonio formado por un nacional portugués y una nacional española, y padres de dos hijos menores de edad, residen en Togo desde el año 2015 y anteriormente desde el año 2010 al 2015 en Guinea Bisau, país en el que contrajeron matrimonio. Ambos trabajan como agentes contractuales de la Comisión Europea y su puesto de trabajo se desarrolla en la Delegación de la Unión Europea en Togo. En el ejercicio de sus puestos de trabajo en este país tienen concedida la inmunidad de jurisdicción tanto para ellos como para sus hijos.

2. La familia llevaban residiendo en Togo tres años y medio cuando surge la crisis matrimonial en julio de 2018. En el mes de marzo de 2019, residiendo todos en Togo, la esposa con los hijos en el domicilio conyugal, y el esposo en un hotel cercano al domicilio, la madre presenta ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Manresa demanda de divorcio en la que solicita medidas paterno-filiales y alimentos sobre los menores. El padre impugna la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, alegando que los cónyuges tienen distintas nacionalidades, pertenecientes a Estados miembros de la UE y que residen junto con sus hijos en un Estado tercero.

3. Estimando la declinatoria, el juzgado de Manresa declaró la falta de competencia judicial internacional (para todos los *petitum* de la demanda de divorcio) con motivo de que los cónyuges no tenían su residencia habitual en España. La madre recurre ante la Audiencia Provincial fundamentando su recurso y la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en varias razones: a) La Unión Europea ha concedido el estatus diplomático a ella y a su cónyuge en concepto de agentes contractuales de la Unión acreditados en el Estado de su destino y este estatuto se hace extensivo a los hijos menores de edad; b) Debido a tal motivo, ella no puede interponer la demanda de divorcio en Togo y tampoco solicitar medidas con respecto a los menores allí, puesto que su marido (lo mismo que ella) y sus hijos están cubiertos por la inmunidad de jurisdicción y, un procedimiento de divorcio, no es una excepción a la inmunidad de jurisdicción que se recoge en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, por lo que, según el 40.2 del código civil (en adelante CC), se puede demandar en España.

4. Considerando entonces que ella y sus hijos tienen su residencia habitual en España por el artículo 40.2 CC (Y en Manresa, lugar de su último domicilio), los tribunales españoles serían competentes: a) para el divorcio en virtud del artículo 3 del Reglamento UE 2201/2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por ser España el lugar de residencia habitual durante al menos seis meses de la demandante española previa a la interposición de la demanda; b) para las medidas paterno-filiales sobre los menores en virtud del artículo 8 del mismo reglamento por encontrarse la residencia de los menores en España; y c) para las cuestiones referidas a los alimentos, por el artículo 3 a) del Reglamento UE 4/2009, que basa la competencia entre otros criterios, en el lugar de residencia del acreedor de alimentos o, subsidiariamente, en el *forum necessitatis* del artículo 7.

5. El padre se opone a estas razones argumentando: a) que ninguno de los cónyuges es diplomático según el Estado miembro de su nacionalidad; b) que el estatuto diplomático otorgado por la UE, sólo otorga inmunidad de jurisdicción para los actos de carácter oficial realizados en el país de destino, y no cubre las demandas de divorcio porque sólo es aplicable para el ejercicio de sus funciones; c) y, por lo tanto, sería posible interponer la demanda de divorcio con todas sus medidas inherentes en Togo sin que se pueda invocar el *forum necessitatis*.

II. Cuestiones prejudiciales

6. A la vista de los hechos y los argumentos de las partes, la Audiencia Provincial de Barcelona, competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la esposa, ante lo infrecuente del caso a enjuiciar, y a las dudas que se le planteaban a la hora de determinar la competencia judicial internacio-

nal de los tribunales españoles sobre la base de la residencia de las partes implicadas o de su nacionalidad, acordó suspender el procedimiento, y elevar al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales que versaban sobre: 1) La interpretación que debe darse al concepto de residencia habitual contenido en el artículo 3 de los Reglamentos 2201/03 y 4/2009, con respecto a la demanda de divorcio de agentes contractuales de la UE que residen en un tercer país en razón de su destino; 2) La interpretación del lugar de residencia habitual de los hijos de ese matrimonio según el artículo 8 de Reglamento 2201/2003; 3) La influencia que tiene la nacionalidad española de los hijos y de la madre a la hora de determinar la residencia en España de los mismos; y 4) La posibilidad que, en este caso, para el divorcio y para la adopción de las medidas sobre los menores, se pueden utilizar los foros de competencia residual de los artículos 7 y 14 del Reglamento.

III. Determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en todos los *petitum* de la demanda y respuesta del TJUE

1. Competencia judicial internacional en materia de divorcio

7. Los criterios de competencia judicial internacional en separación, nulidad y divorcio, se encuentran en España en los artículos 3 a 7 del Reglamento UE 2201/2003 y, subsidiariamente, en el artículo 22 quater c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los foros de competencia del artículo 3 se basan, fundamentalmente, en criterios de residencia de uno o ambos cónyuges, permitiendo únicamente, alejarse de ese criterio en el caso de esposos nacionales de un mismo Estado miembro, a quien se les permite demandar en el Estado miembro de su nacionalidad común. En este supuesto, cuando la esposa interpone la demanda de divorcio en España, la familia al completo reside en Togo, sin fecha prevista de vuelta a la UE. Pero, ¿esa residencia habitual en África con intención de volver a España implica que la esposa, nacional española, pueda invocarla como criterio de competencia judicial internacional ante los tribunales españoles?

8. Como se indica en la STJUE comentada (43), el Reglamento UE 2201/2003 no contiene ninguna definición del concepto de “residencia habitual”, pero este concepto debe interpretarse de forma “autónoma y uniforme teniendo en cuenta el contexto de las disposiciones que lo mencionan y los objetivos del antedicho Reglamento (2201/2003)”¹. En Abogado General en sus conclusiones (52) indica que la residencia de los cónyuges en Togo ha revestido un carácter continuo, estable e indefinido, considerando que, cuando se interpone la demanda, el centro de intereses de la vida de los cónyuges se encuentra en aquel país (58)². El TJUE basándose en la opinión del Abogado General afirma en la sentencia: que la demandante “*no reside de forma habitual en el territorio del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda de disolución del matrimonio*” (56). Concretamente, el TJUE entiende que no puede considerarse que la residencia de la demandante se encuentre en España, aunque aquí sea el lugar en el que la familia ha pasado muchas vacaciones o han nacido los hijos (57), o por el hecho de que los cónyuges hayan manifestado su deseo de instalarse en un futuro a vivir en España (59).

9. Teniendo en cuenta esta situación, los tribunales españoles tendrían que aplicar el Reglamento UE 2201/2003 para determinar su competencia judicial internacional en este supuesto. De acuerdo con los foros de competencia de los artículos 3 a 5, no existiría ningún Estado miembro competente para conocer de la demanda y, además, según el artículo 6.2: “*un cónyuge que sea nacional de un Estado*

¹ A este respecto vid. STJUE de 25 de noviembre de 2021 C-289/20 (EU:C:2021:955 apartados 38 y 39), citada en la STJUE ahora comentada. En esta sentencia se indica que un cónyuge que comparta su entre dos o más Estados miembros, sólo pueden tener una residencia habitual, en el sentido del artículo 3.1 a) del Reglamento 2201/2003. Es el juzgado que conoce del asunto el que debe en cada caso determinar con qué Estado miembro tiene el sujeto su vinculación esencial a la hora de considerarse competente por residencia habitual a los efectos del artículo 3.1 a) de Bruselas II bis.

² Conclusiones del Abogado General Sr. MACIEJ SZPUNAR, presentadas el 24 de febrero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:138).

miembro (...) sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3 a 5". Como en este caso el demandado es portugués, la demandante no puede interponer la demanda de divorcio contra él ante los tribunales españoles.

10. Con respecto a la posibilidad de solicitar el divorcio en algún Estado miembro, suponemos que para añadir alguna solución alternativa en el caso de que finalmente no se pudiese obtener una sentencia de divorcio ante los tribunales de Togo, el TJUE ofrece una solución sorprendente, e indica que la demandante puede demandar a su marido portugués ante los tribunales portugueses, siempre que la norma de competencia residual portuguesa otorgue competencia para conocer por motivo de nacionalidad portuguesa del demandado (criterio que, por ejemplo, no existe en la norma residual española) (87). Quizás se trate de un intento del TJUE de ofrecer en estas circunstancias una salida a la demandante para que pueda interponer la demanda de divorcio en algún sitio, basándose en un criterio de competencia que no se recoge en el Reglamento.

2. Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental

11. En este caso y habida cuenta de lo antedicho, no cabe duda de que los menores residen con sus padres en Togo desde hace tres años y medio y, presumiblemente, están escolarizados en este país. El TJUE indicó en sus Sentencias de 2 de abril de 2009³ y 22 de diciembre de 2010⁴ que el lugar de la residencia habitual de un menor era aquel lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar, debiéndose considerar, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia o la escolarización⁵. Otras sentencias más recientes afirman lo mismo: STJUE de 8 de junio de 2017⁶, 28 de junio de 2018⁷ y de 16 de julio de 2020⁸. Por lo tanto, el criterio de competencia general del artículo 8 del Reglamento que designa como tribunales competentes los del Estado de la residencia habitual del menor no otorgan competencia a ningún Estado miembro.

12. Tampoco serían competentes los tribunales de ningún Estado Miembro en virtud de los criterios de competencia de los artículos 9, 12 o 13 del Reglamento. En esta situación, y no residiendo los menores en un Estado miembro del Convenio de la Haya de 1996⁹, el artículo 14 prevé que la competencia se determinará en cada Estado miembro con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro. En España la competencia judicial internacional en materia de filiación y relaciones paternofiliales vienen determinada por el artículo 22 quater d) de la Ley 6/1985 del Poder judicial reformado por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio¹⁰. En este artículo, entre otros criterios, se indica que la competencia judicial internacional la tendrán los tribunales españoles para estas cuestiones: "*cuando el demandante sea español*", por lo que aquí serían competentes los tribunales españoles para las medidas paterno-filiales¹¹.

³ Asunto C-497/10, *Mercredi* (ECLI:EU:C:2010:829)

⁴ Asunto C-523/07 (ECLI:EU:C:2009:225)

⁵ Vid. F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento UE 2019/1111*, Madrid, 2020, pp. 100 y ss. F. J. FORCADA MIRANDA, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Las Rozas, Sepin, pp. 55 a 59. F. CALVO BABÍO, "La sustracción internacional de menores. Cuestiones generales y la determinación del concepto de residencia habitual del menor sustraído", en E. ORTEGA BURGOS Y M. T. ECHEVARRÍA RADA, *Derecho de familia 2021*, Valencia, Tirant, pp. 93-98. B. CAMPUZANO DÍAZ, "El nuevo reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en relación con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental en CDT, 2020, p. 110.

⁶ Asunto C-111/17 (ECLI:EU:2017:436)

⁷ Asunto C-512/17, *HR*, (ECLI:EU:C:2018:513)

⁸ Asunto C-80/19 (ECLI:EU:C:2020:569) en este caso el TJUE excluye cualquier posibilidad de duplicidad de residencias habituales.

⁹ SSTJUE de 17 de octubre de 2018, As. C-393/18 (ECLI: EU:C:2018:835) y 5 de septiembre de 2019, As. C-468/2018 (ECLI:EU:C:2019:666)

¹⁰ BOE A-2015-8167.

¹¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial", en A. CEBRIAN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ, *protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, p. 314.

El TJUE razona que en materia de responsabilidad parental se puede utilizar el foro de competencia residual aunque se base en la nacionalidad del demandante, porque ello no va en detrimento del interés superior del menor, al permitir al progenitor presentar el procedimiento en su lengua materna asumiendo unos costes menores en el procedimiento (94).

3. Competencia judicial internacional en materia de alimentos

13. En materia de alimentos en este supuesto, los tribunales españoles sólo podrían ser competentes por el foro de necesidad contenido en el artículo 7 del Reglamento 4/2009, aplicable excepcionalmente cuando ningún Estado miembro sea competente por los artículos 3 a 6¹².

14. No cabe duda que el acreedor y el demandado residen en Togo, a efectos de la interpretación del artículo 3 a) y b) del Reglamento 4/2009, por lo que los tribunales españoles no serían competentes. Tampoco lo serían para conocer de la demanda de alimentos accesoria a la de filiación, para la que sí son competentes los tribunales españoles, porque el artículo 3 d) del Reglamento vincula la competencia accesoria a que la competencia para las medidas paterno-filiales no se base en el criterio de la mera nacionalidad del demandante (art. 3 d). No existe, además, en este Reglamento la posibilidad -como en el de Bruselas I bis- de aplicar residualmente las normas de competencia internas. Si existiese, sí serían competentes los tribunales españoles, porque entre otros criterios de competencia el artículo 22 quáter f) indica que serán competentes los tribunales españoles: “*en materia de alimentos, si la pretensión se formula como accesoria a una cuestión sobre el estado civil o de una acción de responsabilidad parental, cuando los tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta última acción*”, sin someter esta competencia a ninguna otra condición.

15. Por lo tanto, sólo podrían ser competentes los tribunales españoles (art. 7): “*si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene una estrecha relación*”. En este caso el TJUE no impone la solución al juez español, si no que le conmina, antes de declararse competente por el artículo 7, a analizar profundamente el caso y a decidir si, de sus elementos, se puede deducir que la demandante no va a obtener tutela judicial efectiva en Togo que es donde se encuentran los jueces naturales para enjuiciar el caso (113).

4. Resultado del examen de la competencia en cada uno de los supuestos sin tener en cuenta “el componente diplomático”

16. En este caso, los tribunales españoles no serían competentes para conocer de la demanda de divorcio, sí lo serían para conocer la demanda de medidas paterno-filiales y, en materia de alimentos, dependerá de si el juez español en este caso, con los elementos que tiene de la situación de la familia en Togo y de la calidad de justicia en este país, considera justificado conocer de la demanda de alimentos como subsidiaria a la de medidas paterno-filiales para la que sí es competente.

5. El componente diplomático

17. En cuanto al componente diplomático, el TJUE no lo tiene en cuenta porque entiende que, según afirma el padre, ninguno de ambos cónyuges ejerce funciones diplomáticas para su respectivo Estado miembro, por lo que no tienen estatuto diplomático ni en España ni en Portugal. Indica que lo que se les ha facilitado desde las instituciones comunitarias es un *laisser-passer*, un salvoconducto o documento de viaje válido sólo en terceros países y no en la Unión Europea, en la que no gozan de inmu-

¹² Entre otras vid. STJUE de 12 de mayo de 2022, As. C-644/20, *W. J.* (ECLI:C:2022:371).

nidad de jurisdicción, y que esa inmunidad del salvoconducto sólo afecta al ejercicio de sus funciones y no a los demás aspectos de sus vidas, lo que no impide que puedan presentar la demanda de divorcio o ser demandados en una interpuesta por la otra parte ante los Tribunales de Togo.

6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona tras la resolución de la cuestión prejudicial.

18. El día 21 de octubre de 2022 se dictó por la Audiencia Provincial de Barcelona Sentencia número 335/2022 decidiendo sobre la demanda objeto de la presente cuestión prejudicial, en el fallo, la Audiencia considera competentes a los tribunales españoles únicamente para la responsabilidad parental en virtud del foro de competencia residual del artículo 14. Entiende que el *forum necessitatis* del artículo 7 del Reglamento 4/2009 no se puede aplicar porque de los informes aportados por el demandado acreditan que los tribunales de Togo garantizan suficientemente la tutela judicial efectiva de ambas partes y en especial la de la esposa porque, a diferencia de lo que ocurría anteriormente: “*Se han aprobado leyes que formalmente garantizan el principio de igualdad entre hombre y mujer*”. Sorprendente afirmación. Tras esta sentencia la opción que le queda a la demandante es bien interponer la demanda de divorcio con todas las medias inherentes en Togo (con la inseguridad jurídica que ello supone), o bien dividir el pleito: medidas paterno-filiales en España; divorcio en Portugal; e, inevitablemente, reclamación de alimentos en Togo, ¿de verdad esta es una solución adecuada?

V. El caso de los diplomáticos

19. No podemos menos que apuntar en el presente comentario la situación que se plantea con los verdaderos diplomáticos, los de carrera, que son nacionales de un Estado miembro y que están destinados en otro Estado miembro o en un tercer Estado. ¿Qué ocurre cuándo estando en el destino en el que gozan de inmunidad de jurisdicción su cónyuge quiere interponer una demanda de divorcio contenciosa? Es muy posible que este cónyuge no tenga capacidad de demandar en ese Estado extranjero, porque el diplomático podría rehusar a someterse a los tribunales de ese Estado invocando la inmunidad de jurisdicción y ejecución de la que goza y, en materia de divorcio, no se encuentra dentro de en ninguna de las excepciones del artículo 31 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares.

20. Parece que, en este caso, los Reglamentos comunitarios apuntan una tímida solución al problema, así en el considerando (14) del Reglamento de Bruselas II bis se indica que: “*si el órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento no puede ejercer su competencia debido a la existencia de una inmunidad diplomática con arreglo al derecho internacional, la competencia debe determinarse en el Estado miembro en el que la persona de que se trate no goce de inmunidad de jurisdicción*”. En el nuevo reglamento 2019/1111¹³ este mismo contenido se encuentra plasmado en el considerando (34). Ciertamente estos considerandos no se refieren a diplomáticos cuyos destinos sean terceros Estados, pero, la interpretación debe ser extensiva, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable.

21. Por lo tanto, si un diplomático español tiene un destino en Alemania y está residiendo en ese país con su mujer, nacional belga, y sus hijos, con doble nacionalidad española y belga, si su mujer quiere presentar una demanda de divorcio contra él, tendrá que verificar dónde puede interponer la demanda en aplicación de las normas de competencia internas, en España la contenida en el artículo 40.2 CC.

¹³ Reglamento UE 2019/1111 del consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial, de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DO núm. L 178, de 2 de julio de 2019).

22. En derecho español domicilio es el lugar donde cada persona constituye el centro de su vida y adquiere una gran relevancia para el mundo del derecho al determinar los múltiples efectos legales. Dependiendo de si se trata de una persona física o jurídica, el CC regula el concepto de domicilio en dos artículos, 40 y 41. En estos dos artículos se establece que el domicilio es el lugar de residencia habitual de la persona física para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones: y, por otro lado, la eficacia jurídica que se atribuya al domicilio. La interpretación de que el domicilio (equivalente a residencia habitual) del diplomático español, y tal y como lo define el artículo 40.2 CC, es el del lugar de la última residencia del diplomático en España, se recoge en materia de procedimientos de familia.

23. Nuestros tribunales se han tenido que enfrentar en ocasiones a demandas en materia de familia contra diplomáticos españoles destinados en el extranjero y, en todos los casos, se ha utilizado el artículo 40.2 para determinar que el domicilio/residencia habitual del diplomático se localizaba en el último lugar que éste lo tuvo en España. por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22) número 62/2011, de fecha 15 de febrero de 2011 en la que, con respecto a una reclamación de alimentos contra un diplomático español, se indica: *“el domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gozan del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español.”* Conviene precisar que dicho domicilio se centra en Madrid, lugar donde ha sido emplazado, a la sazón, a través del domicilio de su madre, articulando dicho demandado las alegaciones que tuvo por oportuno, sobre competencia, fondo del asunto, pago de la deuda, prescripción, etc.

24. En el mismo sentido las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona número 804/2020 (sección 18), de fecha 9 de diciembre de 2020. Y el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona de fecha 7 de septiembre de 2022 (inédito). Es preciso destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª), número 51/2010 de 22 de febrero de 2010, con respecto a un divorcio de una nacional española que, si bien no era diplomática de carrera, como el caso que nos ocupa, trabajaba en un organismo internacional y, cuando interpuso la demanda en España, se encontraba residiendo en la India y anteriormente lo había hecho en Uganda. La Audiencia Provincial considera que en este caso son competentes los tribunales españoles para el divorcio por dos razones: en primer lugar porque su centro de intereses, y por lo tanto su residencia habitual se encuentra en España, país al que va a volver cuando se acaben sus destinos y en el que tiene una vivienda de su propiedad (razón poco menos que discutible y contraria a lo que dice el TJUE) y también por el artículo 40.2 al entender que su situación es asimilable a la de los diplomáticos y, por lo tanto, la demandante puede demandar en España en virtud de ese criterio.

25. Esta es la interpretación extensiva que nuestras autoridades dan al artículo 40. 2 CC y fue la que llevó al Gobierno español a alegar en la cuestión prejudicial objeto de este comentario que, con respecto a la contratada española por la UE, al que se daba por los organismos comunitarios protección diplomática, esta situación se podía asimilar a la de los diplomáticos españoles. La respuesta del TJUE a estas alegaciones casa poco con el contenido de los considerandos (14) y (34) de los Reglamentos de Bruselas II bis y ter, porque se indica que la invocación por parte del gobierno español no tiene incidencia en la interpretación del concepto “residencia habitual” en el sentido de los reglamentos de Bruselas II bis y 4/2009. Si esto es así se dejaría vacío de contenido el artículo 40.2 CC. Es una lástima que esta cuestión prejudicial se centrara en contratados por la UE expatriados a terceros países que no tuviesen el Estatuto diplomático de ningún Estado miembro de la UE, y que gozasen de protección diplomática limitada y no con respecto a diplomáticos de carrera. La condición de diplomático en este tipo de procedimientos puede suponer un problema jurídico y sería necesario que el TJUE abordase de una forma clara como debe tratarse en los procedimientos familiares que se interpongan en la UE.

VI. Conclusiones: El problema de los expatriados y la inmunidad de jurisdicción

26. El TJUE en esta sentencia de 1 de agosto de 2022 se enfrenta al problema de los expatriados nacionales de Estados miembros que residen en Estados extranjeros, en los que el acceso a la justicia en términos de tutela judicial efectiva y equidad no están garantizados. Resulta llamativo que en las normas comunitarias en procedimientos de divorcio se prevea, bien por la vía directa o bien por la vía de la aplicación residual de las normas de competencia internas de los Estados miembros, la posibilidad de que se demande en un Estado miembro (en el de la nacionalidad común en el caso del divorcio y los alimentos y en el de la nacionalidad del demandante en el caso de la responsabilidad parental), mientras que no existe esa posibilidad clara en el caso de que el matrimonio esté compuesto por nacionales de dos Estados miembros.

27. La solución que ofrece el TJUE en este caso para garantizar la tutela judicial efectiva de la demandante, para el supuesto de que no pudiese demandar en Togo si la situación judicial del país no se lo permitiese, o no existiese la seguridad de que se iba a celebrar un juicio con todas las garantías, es una solución ciertamente sesgada e insatisfactoria. Se ha perdido una ocasión de oro con el nuevo reglamento 2019/1111 para tratar de ajustar los reglamentos a la realidad creciente de estos matrimonios.

28. En este caso, la solución que se le ofrece a la demandante es que demande en Togo, puesto que el estatuto diplomático de su marido aparentemente no le cubre con inmunidad de jurisdicción en estos procedimientos. Si realmente el marido pudiese invocar la inmunidad de jurisdicción, o el sistema judicial de Togo no ofreciese las garantías requeridas, el TJUE le “permite” (más o menos) demandar en la UE, pero no por todos los “petitum” de la demanda de divorcio, es decir: responsabilidad parental sí porque por el foro residual del artículo 14 de Bruselas II bis son competentes los tribunales españoles por la nacionalidad española de la demandante; alimentos tal vez por el artículo 7 del Reglamento 4/2009 si el tribunal español en este caso considera que la situación judicial en Togo es mala y aconseja que se declare competente; por último en lo que se refiere al divorcio es un misterio. La solución que se adopta por el TJUE de permitir interponer la demanda de divorcio en el EM de la nacionalidad del demandado es, cuanto menos, sorprendente, y no se contempla en el Reglamento de Bruselas II (ni bis ni ter).

29. Es con respecto al divorcio donde las normas comunitarias son susceptibles de vulnerar los derechos fundamentales de los justiciables, por ejemplo, en este supuesto. La demandante debería tener derecho a que se le garantizara tanto la tutela judicial efectiva en un tribunal de un Estado miembro para poderse divorciar e, igualmente, debería tener derecho a divorciarse. La solución ofrecida por el TJUE en este caso puede no garantizarle esos derechos. Si en Togo no se puede divorciar y las normas de competencia portuguesas no le permiten demandar a su marido en Portugal y, desde luego, el Reglamento comunitario en cualquiera de sus versiones no le permite que se divorcie en España, estaríamos ante una situación injusta propiciada por una falta de previsión en este aspecto de las normas comunitarias, que podrían haber añadido en la última versión, la ter del Reglamento de Bruselas II, tanto la autonomía de la voluntad¹⁴ en materia de crisis matrimoniales, como el *forum necessitatis*, tanto en materia matrimonial como en materia de responsabilidad parental.

30. Por último, la competencia para el divorcio y medidas inherentes cuando una o ambas partes están cubiertas por el estatuto diplomático de un Estado miembro es una cuestión que no está resuelta en las normas comunitarias. Se apunta tímidamente la solución en el caso de los diplomáticos de un Estado miembro que realicen sus funciones en otro Estado miembro, pero no se aborda la solución en el caso

¹⁴ B. CAMPUZANO DIAZ, “*Algunas propuestas en materia de competencia judicial internacional para una mejor coordinación de los instrumentos de la UE en sector del Derecho de familia*”, en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ/M. D. ADAM MUÑOZ/N. CORNAGO PRIETYO, *el arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, 2013, pp. 621 y ss. M.A SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Acción de responsabilidad parental vinculada a un proceso de divorcio en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111, en REDI, 2020, p. 156.

de que esos diplomáticos estén destinados en terceros Estados como ocurre en la mayoría de los casos. Aparte de todo y como parece que se apuntaba en la STJUE comentaba artículos como el 40.2 CC que llevan a cabo la ficción de que el domicilio del diplomático se encuentra en el último lugar que éste tuvo su domicilio en territorio comunitario casa mal con el concepto autónomo comunitario de residencia habitual y pueden plantearse problemas con el encaje de este artículo 40.2 cuando el criterio de competencia de la norma comunitaria sea la residencia habitual.