



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 14.3.2005
COM(2005) 82 final

LIBRO VERDE

sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio

(presentado por la Comisión)

{SEC(2005) 331}

LIBRO VERDE

sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio

El propósito de este Libro Verde es realizar una amplia consulta a las partes interesadas sobre las cuestiones relativas a la legislación aplicable y la competencia en asuntos matrimoniales. El Libro Verde describe los problemas que pueden surgir en la situación actual y propone varias soluciones posibles. El documento de trabajo adjunto de la Comisión facilita información sobre las normas sustantivas, procesales y de conflicto de leyes en asuntos de divorcio de los Estados miembros.

La Comisión invita a las partes interesadas a hacer llegar sus observaciones antes del 30 de septiembre de 2005 a la siguiente dirección:

Comisión Europea
Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad
Unidad C1– Justicia civil
B - 1049 Bruselas
Fax: + 32-2/ 299.64.57
Correo electrónico: jls-coop-jud-civil@cec.eu.int

Las partes interesadas deberán mencionar explícitamente si se oponen a que sus observaciones se publiquen en el sitio Internet de la Comisión.

La Comisión tiene la intención de organizar una audiencia pública sobre este tema. Se invitará a todos aquéllos que respondan.

1. ANTECEDENTES

Actualmente no hay disposiciones comunitarias sobre la legislación aplicable al divorcio. El Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo¹ ("Reglamento de Bruselas II") contiene normas sobre competencia y reconocimiento en asuntos matrimoniales, pero no sobre legislación aplicable. La entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo² ("nuevo Reglamento de Bruselas II"), que sustituye al Reglamento de Bruselas II a partir del 1 de marzo de 2005, no implicará cambio alguno a este respecto, puesto que retoma las normas sobre asuntos matrimoniales del Reglamento de Bruselas II prácticamente sin cambios.

El Consejo Europeo de Viena destacó en 1998 que el objetivo de un espacio judicial común es simplificar la vida a los ciudadanos, en especial, en los aspectos que afectan a la vida diaria de los ciudadanos, como el divorcio.³ En noviembre de 2004 el Consejo Europeo invitó a la

¹ Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, DO L 160, de 30.06.2000, p. 19.

² Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, DO L 338, de 23.12.2003, p. 1.

³ DO C 19, de 23.01, 1999, p. 1.

Comisión a presentar un Libro Verde sobre normas de conflicto de leyes en asuntos relativos al divorcio ("Roma III") en 2005.⁴

La creciente movilidad de los ciudadanos en la Unión Europea ha dado lugar a un aumento del número de matrimonios "internacionales" cuyos cónyuges son de nacionalidades distintas, o viven en Estados miembros diferentes, o viven en un Estado miembro del que no son nacionales. Cuando una pareja "internacional" decide divorciarse, pueden invocarse varias legislaciones. El objetivo de las normas sobre la legislación aplicable, a menudo denominadas "normas de conflicto de leyes", es determinar cuál de las diversas legislaciones es la aplicable. Teniendo en cuenta el elevado número de divorcios en la Unión Europea, la legislación aplicable y la competencia internacional en asuntos de divorcio afectan a un considerable número de ciudadanos. Como ejemplo, aproximadamente el 15 por ciento de los divorcios pronunciados en Alemania al año (aproximadamente 30.000 parejas) afecta a parejas de distinta nacionalidad⁵.

2. DEFICIENCIAS DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Una pareja "internacional" que quiera divorciarse está sujeta a las normas de competencia del nuevo Reglamento de Bruselas II, que permiten a los cónyuges elegir entre varios criterios de competencia alternativos (véase el punto 3.6 del documento de trabajo adjunto). Una vez incoado un proceso de divorcio ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, la legislación aplicable se determina de conformidad con las normas nacionales de conflicto de leyes de ese Estado. Entre las normas nacionales de conflicto de leyes hay acusadas diferencias (véase el punto 3.4 del documento de trabajo adjunto).

La conjunción de la diversidad de normas de conflicto de leyes con las actuales normas de competencia puede suscitar una serie de problemas en el contexto de los divorcios "internacionales". Aparte de la falta de seguridad jurídica y de flexibilidad, la situación actual puede también abocar a resultados que no correspondan a las legítimas expectativas de los ciudadanos. Por otra parte, los ciudadanos de la Comunidad que son residentes en un tercer Estado pueden enfrentarse a dificultades a la hora de encontrar el órgano jurisdiccional competente en materia de divorcio y lograr que una sentencia de divorcio dictada por un órgano jurisdiccional de un tercer Estado sea reconocida en sus respectivos Estados miembros de origen. En la situación actual, se da, por último, un riesgo de "carrera al tribunal".

2.1. Falta de seguridad jurídica y de predictibilidad para los cónyuges

Considerando la complejidad y divergencias entre las normas nacionales de conflicto de leyes en asuntos de divorcio, a menudo es difícil predecir qué legislación nacional se aplicará en un caso dado. Éste es concretamente el caso de situaciones familiares en que los cónyuges no tienen una residencia habitual o nacionalidad común, pero el problema puede también plantearse cuando parejas de la misma nacionalidad se separan y se trasladan a diversos Estados miembros.

⁴ Programa de La Haya: consolidar la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, adoptado por el Consejo Europeo los días 4 y 5 de noviembre de 2004.

⁵ Fuente: Statistisches Bundesamt. Deutschland.

Ejemplo 1: Pareja ítalo-portuguesa cuyos cónyuges viven en Estados miembros distintos

Un portugués y una italiana se casan en Italia. Tras la boda, el marido vuelve inmediatamente a Portugal por razones profesionales y la esposa permanece en Italia. Al cabo de dos años, deciden divorciarse. La pareja puede solicitar el divorcio en Italia o Portugal de conformidad con el nuevo Reglamento de Bruselas II. Los órganos jurisdiccionales de estos Estados aplican, en primer lugar, la legislación de la nacionalidad común de los cónyuges. En este caso, como los cónyuges son de distinta nacionalidad, los tribunales italianos aplicarían la ley del Estado "donde el matrimonio se haya instalado con carácter principal". En cambio, los tribunales portugueses aplicarían la ley de la residencia habitual común de los cónyuges y, a falta de ésta, la ley con la que los cónyuges tienen la "vinculación más estrecha". Los cónyuges encuentran difícil predecir qué legislación será la aplicable en su situación.

2.2. Insuficiente autonomía de las partes

Las normas nacionales de conflicto de leyes prevén, en principio, solamente una solución en una situación dada, por ejemplo, la aplicación de la ley de la nacionalidad de los cónyuges o la ley del foro ("lex fori"). Esto, en ciertas situaciones, puede no ser suficientemente flexible. Por ejemplo, ignora el hecho de que los ciudadanos puedan sentirse estrechamente vinculados a un Estado miembro aunque no sean ciudadanos del mismo. La introducción de cierto grado de autonomía de las partes para permitirles elegir la legislación aplicable podría flexibilizar las normas y aumentar la seguridad jurídica y la predictibilidad para los cónyuges.

Ejemplo 2: Pareja italiana que vive en Alemania

Una pareja de nacionalidad italiana vive en Munich desde hace veinte años y se siente perfectamente integrada en la sociedad alemana. Cuando sus hijos se van de casa, la pareja decide divorciarse de mutuo acuerdo. Quisieran divorciarse según la legislación alemana, que es con la que se sienten más vinculados y que solamente requiere un año de separación en casos de divorcio de mutuo acuerdo, en lugar de los tres exigidos por la legislación italiana. El nuevo Reglamento de Bruselas II permite a los cónyuges solicitar el divorcio tanto en Alemania como en Italia. Sin embargo, como las normas de conflicto de leyes alemanas e italianas se basan, en primer lugar, en la nacionalidad común de los cónyuges, los órganos jurisdiccionales de ambos países aplicarían la legislación italiana sobre divorcio.

2.3. Riesgo de obtener un resultado que no corresponde a las legítimas expectativas de los ciudadanos

Los ciudadanos aprovechan cada vez más los beneficios del mercado interior trasladándose a otro Estado miembro por razones profesionales. Probablemente no son conscientes de que las condiciones de divorcio pueden cambiar drásticamente a raíz del traslado. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando dos cónyuges de distinta nacionalidad se trasladan a un Estado miembro del cual ninguno de ellos es nacional. Puesto que el nuevo Reglamento de Bruselas II no permite a los cónyuges solicitar el divorcio en un Estado miembro del cual solamente uno de ellos es nacional a falta de otro factor de vinculación, los cónyuges pueden encontrarse en una situación en que la única posibilidad sea acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su residencia habitual. Esto podría, en ciertas circunstancias, llevar a resultados que no correspondan a sus legítimas expectativas.

Ejemplo 3: Pareja sueco-finlandesa que se traslada a Irlanda

Una pareja sueco-finlandesa se traslada de Estocolmo a Dublín donde les ofrecen puestos de trabajo interesantes. Su matrimonio se deteriora y finalmente deciden divorciarse. La pareja espera que el proceso de divorcio sea bastante simple y rápido, como es en Derecho finlandés y sueco, puesto que ambos quieren divorciarse y no tienen hijos. Sin embargo, solamente los órganos jurisdiccionales irlandeses son competentes según el nuevo Reglamento de Bruselas II y los órganos jurisdiccionales irlandeses aplican la legislación irlandesa ("lex fori") a los procesos de divorcio, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges. La única manera de asegurar la aplicación de la legislación sueca o finlandesa sobre divorcio sería que un cónyuge volviera a su Estado miembro de origen durante al menos seis meses y solicitara entonces el divorcio en ese país. Ninguno de los cónyuges está dispuesto a abandonar su trabajo o en situación de hacerlo y dejar Irlanda durante seis meses por este motivo. Por otra parte, quieren evitar la aplicación de la legislación irlandesa sobre divorcio, que requiere un período de separación de cuatro años para determinar la ruptura del matrimonio. Les sorprende que las condiciones de divorcio sean tan radicalmente distintas por haber decidido mudarse a otro Estado miembro.

2.4. Riesgo de dificultades para los ciudadanos de la Comunidad que viven en un tercer Estado

Mientras que las normas de reconocimiento del nuevo Reglamento de Bruselas II se aplican a todas las resoluciones de divorcio dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, las normas sobre competencia no abarcan todas las situaciones. Esto podría dar lugar a dificultades para los ciudadanos comunitarios que vivan en un tercer Estado. Puede haber casos en que no sea aplicable ninguno de los criterios de competencia del Reglamento. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden, en tales circunstancias, invocar las normas nacionales sobre competencia internacional. Sin embargo, el hecho de que estas normas no estén armonizadas puede llevar a situaciones en que ningún órgano jurisdiccional de la Unión Europea o de otro lugar sea competente para divorciar a una pareja de ciudadanos comunitarios de distinta nacionalidad que viva en un tercer Estado. Por otra parte, si se pronuncia un divorcio en un tercer Estado, la pareja puede enfrentarse a serias dificultades para lograr que el divorcio se reconozca en sus respectivos Estados miembros de origen.

Ejemplo 4: Pareja germano-neerlandesa que vive en un tercer Estado

Una pareja germano-neerlandesa vive en un tercer Estado desde hace muchos años. Su relación se deteriora y la esposa alemana quisiera divorciarse, preferiblemente ante un órgano jurisdiccional alemán. Sin embargo, no puede solicitar el divorcio en Alemania ni en ningún otro Estado miembro. Ninguno de los criterios de competencia del nuevo Reglamento de Bruselas II es aplicable, puesto que la pareja no es residente habitual en ningún Estado miembro y no tienen nacionalidad común. En tales circunstancias, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden invocar sus normas nacionales de competencia. Sin embargo, la esposa alemana no puede solicitar el divorcio en Alemania con arreglo a las normas alemanas de competencia, puesto que el marido neerlandés solamente puede ser demandado en Alemania según las normas de competencia del Reglamento, cuyo artículo 6 ofrece cierta protección a los demandados. Tampoco puede solicitar el divorcio en los Países Bajos, puesto que la legislación neerlandesa no establece normas internas de competencia en estas circunstancias. Por tanto, la esposa alemana no puede solicitar el divorcio en ningún Estado miembro. Su única esperanza es que los tribunales del tercer

Estado sean competentes para conocer del asunto. Aun siendo ése el caso, puede ser difícil lograr que un divorcio pronunciado en el tercer Estado sea reconocido en Alemania.

2.5. Riesgo de "carrera al tribunal"

La regla sobre litispendencia (véase el punto 3.6.3 del documento de trabajo adjunto) puede inducir a un cónyuge a solicitar el divorcio antes de que lo haga el otro cónyuge para impedir que los tribunales de otro Estado miembro adquieran la competencia ("carrera al tribunal"). Esto puede llevar a situaciones en que un demandante pida el divorcio en un Estado miembro particular para obtener cierto resultado, por ejemplo, eludir la aplicación de una determinada legislación de divorcio. La "carrera al tribunal" puede tener consecuencias negativas para el demandado si da lugar a la aplicación de una legislación con la que no se siente estrechamente vinculado y que no tiene en cuenta sus intereses. Este riesgo queda ilustrado con el siguiente ejemplo:

Ejemplo 5: Marido polaco que va a trabajar a Finlandia

Una pareja polaca, casada desde hace veinte años, vive en Polonia con sus hijos. El marido recibe una oferta interesante para trabajar en Finlandia dos años. La pareja acuerda que el marido acepte la oferta y que la esposa permanezca en Polonia. Al cabo de un año, el marido dice a su esposa que quiere divorciarse. Sabe que el proceso de divorcio según la legislación polaca es largo y que el tribunal debe establecer que el matrimonio ha fracasado total e irremediamente. Sin embargo, los tribunales finlandeses serían competentes según el nuevo Reglamento de Bruselas II, puesto que el marido ha vivido en Finlandia más de un año. Los tribunales finlandeses aplican la legislación finlandesa a los procedimientos de divorcio según el principio de la "lex fori". Como consecuencia, el marido polaco puede obtener el divorcio tras un período de consideración de seis meses, a pesar de las objeciones de su esposa. Como el marido quiere obtener un divorcio lo antes posible, acude al órgano jurisdiccional finlandés inmediatamente, que pronuncia el divorcio a los seis meses, a pesar de la fuerte oposición de la esposa.

Pregunta 1: ¿Tiene noticia de otros problemas, además de los señalados, que puedan surgir en el contexto de los divorcios "internacionales"?

3. POSIBLES VÍAS

3.1. Statu quo

Una posibilidad sería no alterar la situación y no introducir ningún cambio legislativo. Podría alegarse que los problemas detectados no son suficientemente graves o no ocurren con la suficiente frecuencia para justificar la acción comunitaria.

3.2. Armonizar las normas de conflicto de leyes

Otra manera de abordar el problema sería introducir normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en un grupo de factores de vinculación uniformes. Esta solución tendría la ventaja de garantizar la seguridad jurídica (ejemplo 1). Dependiendo del contenido de las normas armonizadas, podría también aumentar la autonomía de las partes (ejemplo 2) y contribuir a encontrar soluciones satisfactorias para los ciudadanos (ejemplo 3). Puede reducir, al menos

en parte, la necesidad de la "carrera al tribunal" (ejemplo 5), puesto que cualquier tribunal al que se acuda aplicaría la legislación sobre divorcio designada con arreglo a normas comunes.

Habría que considerar cuidadosamente los factores de vinculación para garantizar la seguridad jurídica y la predictibilidad y permitir al mismo tiempo una cierta flexibilidad. El objetivo sería asegurar que el divorcio se rijan por el ordenamiento jurídico con el que se tiene el vínculo más estrecho. Podían preverse varios factores de vinculación que se utilizan comúnmente en los instrumentos internacionales y las leyes nacionales de conflicto, por ejemplo, la última residencia habitual común de los cónyuges, la nacionalidad común de los cónyuges, la última nacionalidad común si un cónyuge aún la mantiene o la "lex fori".

Pregunta 2: ¿Está usted a favor de armonizar las normas de conflicto de leyes?
¿Cuáles son los argumentos a favor y en contra de tal solución?

Pregunta 3: ¿Cuáles serían los factores de vinculación más apropiados?

Pregunta 4: ¿Deberían confinarse al divorcio las normas armonizadas o también aplicarse a la separación legal y a la anulación matrimonial?

Pregunta 5: ¿Deberían las normas armonizadas incluir una cláusula de orden público que permita a los tribunales negarse a aplicar una legislación extranjera en determinadas circunstancias?

3.3. Ofrecer a los cónyuges la posibilidad de elegir la legislación aplicable

Otra alternativa sería introducir una posibilidad limitada de que los cónyuges elijan la legislación aplicable en procedimientos de divorcio. La posibilidad de elegir la legislación aplicable podría aumentar la seguridad jurídica y la predictibilidad para los cónyuges, en particular, en los divorcios de mutuo acuerdo. Cierta autonomía de las partes también flexibilizaría más las normas en relación con las actuales, que en principio prevén solamente una posible solución. Por último, podría facilitar el acceso a los tribunales en ciertos casos. Esta solución sería particularmente útil cuando los cónyuges se divorcian de mutuo acuerdo, como en el ejemplo de la pareja ítalo-portuguesa (ejemplo 1) y la pareja italiana que vive en Alemania (ejemplo 2).

El principio de libertad de elección se ha utilizado cada vez más en convenios internacionales relativos a la elección de la legislación en el campo del Derecho contractual, pero en menor grado en Derecho de familia. Sin embargo, hay excepciones, como la reciente legislación belga sobre Derecho internacional privado, que permite a los cónyuges elegir entre la legislación de la nacionalidad de uno de los cónyuges o la legislación belga (es decir, la "lex fori")⁶.

Dejar a las partes una opción ilimitada podría dar cabida a la aplicación de una legislación "exótica" con la que las partes tengan escasa o nula vinculación. Por tanto, parecería preferible restringir la elección a determinadas legislaciones con las que los cónyuges estén estrechamente vinculados (por ejemplo, la nacionalidad de uno o ambos cónyuges, la última residencia habitual común o la "lex fori"). Una posibilidad sería restringir la elección a la

⁶ Artículo 55, apartado 2 de la "Loi portant le Code de droit international privé", de 16 de julio de 2004, publicada el 27.07.2004.

legislación del Estado del foro ("lex fori"), para asegurar que no se obligue a los órganos jurisdiccionales a aplicar una legislación extranjera.

Obviamente, habría que seguir explorando las modalidades de la elección. Podría requerirse que ésta se consignara explícitamente y por escrito en el momento de presentación de la demanda de divorcio. También habría que considerar si se necesitarían salvaguardias especiales para proteger a un cónyuge contra la presión indebida del otro cónyuge para optar por una particular legislación. Igualmente podrían requerirse consideraciones especiales si los cónyuges tienen hijos.

La elección de una legislación por las partes implicaría obviamente la elección de las normas sustantivas del foro del divorcio, y no sus normas sobre Derecho internacional privado (exclusión de la llamada "remisión"). Lo contrario comprometería el objetivo de crear seguridad jurídica.

Pregunta 6: ¿Debería permitirse a las partes elegir la legislación aplicable? ¿Cuáles son los argumentos a favor y en contra de tal solución?

Pregunta 7: ¿Debería limitarse la elección a determinadas legislaciones? En caso afirmativo, ¿cuáles serían los factores de vinculación apropiados? ¿Debería limitarse a las legislaciones de los Estados miembros? ¿Debería limitarse la opción a la "lex fori"?

Pregunta 8: ¿Debe confinarse la posibilidad de elegir la legislación aplicable al divorcio o debe aplicarse también a la separación legal y a la anulación matrimonial?

Pregunta 9: ¿Cuáles deberían ser los requisitos formales apropiados para el acuerdo de las partes sobre la elección de la legislación?

3.4. Revisar los criterios de competencia enumerados en el artículo 3 del Reglamento n° 2201/2003

Los criterios de competencia enumerados en el artículo 3 del Reglamento del Consejo n° 2201/2003 se diseñaron originalmente para cumplir requisitos objetivos, corresponder a los intereses de las partes, implicar normas flexibles de tratar la movilidad y cubrir las necesidades de los individuos sin sacrificar la seguridad jurídica.⁷

Podría alegarse que las normas sobre competencia no cumplen enteramente estos objetivos. A falta de normas uniformes de conflicto de leyes, la existencia de varios criterios alternativos de competencia puede llevar a la aplicación de una legislación que no sea necesariamente la más cercana a los cónyuges (ejemplo 5). Por otra parte, los criterios de competencia pueden en ciertos casos no ser suficientemente flexibles para cubrir las necesidades de los individuos (ejemplo 3).

Una posibilidad podría ser revisar las normas de competencia. Sin embargo, habría que sopesar cuidadosamente las consecuencias de cualquier revisión. Por tanto, una restricción de los criterios de competencia puede tener consecuencias adversas en términos de flexibilidad y

⁷ Punto 27 del Informe explicativo del Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (en el que se basa el Reglamento de Bruselas II), DO C 221 de 16.07.1998, p. 27.

acceso a los tribunales, a menos que se dé a las partes la oportunidad de elegir el tribunal competente (véase el punto 3.6 *infra*). Por otra parte, añadir nuevos criterios de competencia puede exacerbar aún más la falta de seguridad jurídica.

Pregunta 10: Según su experiencia, ¿la existencia de varios criterios de competencia da lugar a una "carrera al tribunal"?

Pregunta 11: ¿Cree que deberían revisarse los criterios de competencia? En ese caso, ¿cuál sería la mejor solución?

3.5. Revisar la norma de competencia residual del artículo 7 del Reglamento nº 2201/2003

Otra cuestión es si debe revisarse la norma de competencia residual del nuevo Reglamento de Bruselas II. Las normas actuales pueden llevar a situaciones donde ningún órgano jurisdiccional de la Unión Europea o de ningún otro lugar sea competente para conocer de una demanda de divorcio (ejemplo 4). En caso de que un órgano jurisdiccional de un tercer Estado sea competente, la resolución de divorcio subsiguiente no se reconoce en la Unión Europea de conformidad con el nuevo Reglamento de Bruselas II, sino solamente de conformidad con el Derecho nacional o los tratados internacionales aplicables. Esto puede causar dificultades si posteriormente la pareja solicita el reconocimiento y desea que el divorcio se reconozca en sus respectivos países de origen.

Pregunta 12: ¿Considera que la armonización de las normas de competencia debe aumentarse y que el artículo 7 del Reglamento nº 2201/2003 debe derogarse o, al menos limitarse a los casos en que no haya ningún ciudadano de la UE envuelto? En caso afirmativo, ¿cómo deberían ser estas normas?

3.6. Ofrecer a los cónyuges la posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional competente

Otra vía podría ser permitir a los cónyuges decidir conjuntamente el órgano jurisdiccional competente en casos de divorcio ("prórroga de la competencia"). Permitir a las partes decidir conjuntamente que un órgano jurisdiccional o que los tribunales de determinado Estado miembro sean competentes en un proceso de divorcio entre ellos podría aumentar la seguridad jurídica y la flexibilidad y ser particularmente útil en casos de divorcio de mutuo acuerdo.

La prórroga de la competencia también podría resultar útil en situaciones en que los cónyuges no puedan acudir a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro bajo las actuales normas de competencia por no tener una nacionalidad o domicilio en común. Por ejemplo, permitiría a la pareja sueco-finlandesa que vive en Irlanda decidir conjuntamente que un órgano jurisdiccional finlandés o sueco fuera competente en su proceso de divorcio (ejemplo 3). Del mismo modo, permitiría a la pareja germano-neerlandesa que vive en un tercer Estado decidir de mutuo acuerdo el órgano jurisdiccional competente (ejemplo 4). El órgano jurisdiccional designado por las partes aplicaría la legislación designada con arreglo a sus normas nacionales sobre conflicto de leyes.

La posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional competente existe en varios instrumentos comunitarios. La prórroga es posible de conformidad con el artículo 23 del Reglamento (CE)

nº 44/2001 del Consejo. Del mismo modo, el artículo 12 del nuevo Reglamento de Bruselas II prevé una posibilidad limitada de elegir el órgano jurisdiccional competente en asuntos de responsabilidad parental.

La prórroga en los divorcios podría limitarse a los tribunales de los Estados miembros con los cuales los cónyuges tienen una vinculación estrecha, por ejemplo, en virtud de la nacionalidad o del domicilio de alguno de los cónyuges o su última residencia habitual común. Si los cónyuges tienen hijos, debería prestarse una atención especial para asegurar la coherencia de tales normas con la regla de la prórroga del artículo 12 del nuevo Reglamento de Bruselas II. Obviamente, habría que seguir examinando las modalidades y momento de la elección.

Pregunta 13: ¿Cuáles son los argumentos a favor y en contra de introducir la posibilidad de prórroga en casos de divorcio?

Pregunta 14: ¿Debería la prórroga limitarse a determinadas competencias?

Pregunta 15: ¿Cuáles deberían ser los requisitos formales para el acuerdo de prórroga de las partes?

3.7. Introducción de la posibilidad de remitir un asunto

Como se ha mencionado *supra* (punto 2 5.), un cónyuge puede en determinadas circunstancias tener un motivo para “correr al tribunal” antes de que lo haga el otro cónyuge. Esto puede explicarse en parte por la norma sobre litispendencia del nuevo Reglamento de Bruselas II, que se ha criticado por su excesiva rigidez y por incitar a los cónyuges a “dar el primer golpe”. Una solución podría ser prever la posibilidad de remitir un asunto de divorcio, en circunstancias excepcionales, a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. El artículo 15 del nuevo Reglamento de Bruselas II establece tal posibilidad en los asuntos de responsabilidad parental.

Podría preverse la remisión en circunstancias excepcionales y bajo estrictos requisitos si un cónyuge solicita el divorcio en un Estado miembro, pero el demandado pide que el asunto se remita a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro basándose en que el matrimonio estaba establecido principalmente en ese Estado. Para salvaguardar la seguridad jurídica, el “centro de gravedad” de un matrimonio podría determinarse en función de una lista exhaustiva de factores de vinculación, que incluya, por ejemplo, la última residencia habitual común de los cónyuges si uno de ellos aún vive allí y la nacionalidad común de los cónyuges.

Está claro que deberían seguir detallándose las modalidades de un posible mecanismo de remisión para asegurar, en particular, que no fuera causa de retrasos excesivos. Las salvaguardias adicionales pueden ser necesarias si los procesos de divorcio están ligados a procesos sobre responsabilidad parental para garantizar la coherencia con el artículo 15 del nuevo Reglamento de Bruselas II.

La posibilidad de remitir un asunto podría solucionar los problemas que puedan suscitarse cuando un cónyuge solicite unilateralmente el divorcio contra la voluntad del otro cónyuge. Por ejemplo, permitiría a la esposa polaca mencionada en el ejemplo 5 solicitar al órgano jurisdiccional finlandés la remisión del asunto a un tribunal polaco alegando que dada la nacionalidad común polaca de los cónyuges y su última residencia habitual común, el “centro de gravedad” del matrimonio se sitúa en Polonia.

Pregunta 16: ¿Debería ser posible solicitar la remisión de un asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro? ¿Cuáles son los argumentos a favor y en contra de tal solución?

Pregunta 17: ¿Cuáles deberían ser los factores de vinculación para determinar si un caso puede remitirse a otro Estado miembro?

Pregunta 18: ¿Qué salvaguardias serían necesarias para garantizar la seguridad jurídica y evitar retrasos excesivos?

3.8. Combinar diversas soluciones

Las ideas descritas *supra* son ejemplos de posibles vías. Sin embargo, ninguna de las ideas podría por sí sola resolver satisfactoriamente todos los problemas descritos en el capítulo 2. Por tanto, cabe prever una combinación de diversas soluciones.

Por ejemplo, podría permitirse a los cónyuges elegir el órgano jurisdiccional competente en función de la nacionalidad de cada cónyuge o de su última residencia habitual común. Además, podría permitirse a los cónyuges elegir la legislación aplicable, al menos, la aplicación de la "lex fori". Esta combinación podría resolver los problemas descritos en los ejemplos 1 a 4 y ser particularmente útil en los divorcios de mutuo acuerdo. Para solucionar los problemas que pueden surgir cuando solamente un cónyuge quiere divorciarse (ejemplo 5), cabría prever la introducción de la posibilidad de remitir un asunto a otro Estado miembro.

Pregunta 19: ¿Qué combinación de soluciones cree que resolvería más satisfactoriamente los problemas descritos?

Pregunta 20: ¿Sugeriría alguna otra solución para resolver los problemas descritos en el capítulo 2?