

**LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO
EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
ESPAÑOL: CUESTIONES DE COMPETENCIA
JUDICIAL INTERNACIONAL
Y LEY APLICABLE**

**MARRIAGE ANNULMENT, SEPARATION
AND DIVORCE IN SPANISH PRIVATE
INTERNATIONAL LAW:
JURISDICTION AND APPLICABLE LAW**

por **CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS**
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona

RESUMEN

Este trabajo analiza el impacto de las normas de Derecho internacional privado sobre los procesos de separación judicial, divorcio y nulidad que se sustancien ante los tribunales españoles. Se estudian tanto las normas de competencia judicial internacional como las disposiciones sobre la ley aplicable contenidas en los distintos Reglamentos y Convenios aplicables así como en las normas de Derecho internacional privado autónomo aplicables en su defecto. Las cuestiones que se abordan son tanto la disolución o suspensión del vínculo como las cuestiones accesorias a la causa principal, esto es la responsabilidad parental, los alimentos y el régimen económico matrimonial.

ABSTRACT

This paper analyzes the impact of Private international law rules on judicial separation, divorce and annulment proceedings initiated in Spain. It deals with both jurisdiction and applicable law rules contained in the Conventions and Regulations that apply to the matter as well as in the Spanish internal rules that govern in their absence. The matters covered are the dissolution or loosening of the marriage bond as well as accessory issues such as parental responsibility, maintenance and matrimonial property.

Palabras clave: Proceso matrimonial con elemento de extranjería —disolución del vínculo, responsabilidad parental, alimentos y régimen económico matrimonial—, competencia judicial internacional —ley aplicable—.

Key words: Matrimonial procedure with foreign elements —dissolution of the marriage bond, parental responsibility, maintenance and matrimonial property—, jurisdiction —applicable law—.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL
 - 1. **Introducción**
 - 2. **La competencia judicial internacional en materia de disolución del vínculo conyugal**
 - A) *El instrumento aplicable*
 - B) *Las normas de competencia judicial internacional*
 - a) Foros basados en el criterio de residencia habitual
 - b) Foros basados en el criterio de nacionalidad
 - c) Demandas reconventionales y conversión de la separación en divorcio
 - d) Competencia residual
 - C) *Las normas de aplicación de las reglas de competencia judicial internacional*
 - 3. **La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental**
 - A) *El instrumento aplicable*
 - B) *Las normas de competencia judicial internacional*
 - C) *Las normas de aplicación de las reglas de competencia judicial internacional*
 - 4. **La competencia judicial internacional en materia de alimentos**
 - A) *El instrumento aplicable*
 - B) *Las normas de competencia judicial internacional*
 - C) *Las normas de aplicación de las reglas de competencia judicial internacional*
 - 5. **La competencia judicial internacional en materia de régimen económico matrimonial**
 - A) *Las normas de la LOPJ*
 - B) *La Propuesta de Reglamento en materia de régimen económico matrimonial*
- III. LA LEY APLICABLE
 - 1. **Introducción**
 - 2. **La ley aplicable en materia de separación y divorcio**
 - A) *El instrumento aplicable*
 - B) *Las normas sobre la ley aplicable*
 - a) La autonomía de la voluntad conflictual
 - b) La conexión objetiva
 - C) *Las normas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento*
 - 3. **La ley aplicable a la nulidad**

4. **La ley aplicable a la responsabilidad parental (guarda y custodia y derechos de visita)**
 - A) *El Convenio de La Haya de 1996*
 - B) *El Convenio de La Haya de 1961*
5. **La ley aplicable a la obligación de alimentos**
 - A) *El Protocolo de La Haya de 2007*
 - B) *El Convenio de La Haya de 1973*
6. **La ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges**
 - A) *Las normas de conflicto contenidas en los artículos 9.2 y 9.3 del CC*
 - B) *La Propuesta de Reglamento comunitario en materia de régimen económico matrimonial*

I. INTRODUCCIÓN

Los litigios en materia matrimonial en los que concurre un elemento de extranjería son hoy en día relativamente frecuentes. Un creciente índice de rupturas matrimoniales se conjuga con un incremento notable de las parejas mixtas, formadas por cónyuges de distinta nacionalidad, así como con un importante aumento de parejas de nacionalidad distinta a la del foro en el que está establecido el domicilio conyugal. De ahí que el Derecho internacional privado tenga una mayor relevancia que antaño en los procesos de divorcio, separación y nulidad que se sustancian ante los tribunales españoles.

Este curso pretende analizar la incidencia de las normas de Derecho internacional privado en un supuesto tipo en el que los cónyuges, además de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, pretenden una resolución acerca de la guarda y custodia de los hijos comunes, una decisión sobre las obligaciones alimenticias y un fallo respecto al reparto de los bienes que integran el régimen económico matrimonial. En el momento actual este proceso tipo se ve dificultado por la incidencia de distintos instrumentos normativos tanto por lo que respecta a la competencia judicial internacional como en relación a la ley aplicable respecto a los cuatro bloques materiales a los que se ha hecho referencia, a saber, la disolución del vínculo, la responsabilidad parental, las obligaciones de alimentos y el régimen económico matrimonial. El aplicador del Derecho se enfrenta, en efecto, a una fragmentación de fuentes que supone un plus añadido de dificultad, pues ha de determinar en cada caso la normativa aplicable. Dicha normativa es además relativamente reciente y de origen esencialmente comunitario, lo que implica la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dichos factores, además de la complejidad intrínseca del Derecho internacional privado, explican una práctica deficiente¹.

En el curso no se abordarán, por razones de tiempo y espacio, las cuestiones relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Aunque se trate de uno de los sectores tradicionales del Derecho internacional privado y sea innegable su relevancia, el reconocimiento y ejecución de decisiones se plantea en un marco procesal distinto al que aquí pretendemos analizar. Por tanto, la referencia a cuestiones relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras se limitará a lo estrictamente necesario para el estudio de la incidencia

¹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «La aplicación del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y sobre la responsabilidad parental en España: señales de alarma», *Revista jurídica de Catalunya*, 2011-3, pp. 731-741.

de la normativa de Derecho internacional privado en el proceso de divorcio, separación o nulidad que se sustancie frente a jueces y tribunales españoles.

II. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1. Introducción

Tanto si se trata de interponer una demanda de nulidad, separación o divorcio como si, una vez interpuesta ésta, ha de iniciarse el análisis de la misma en sede judicial, la primera cuestión que se plantea es la determinación del juez internacionalmente competente. La incidencia de un elemento de extranjería significa, en efecto, que no necesariamente esté justificada la intervención de jueces y tribunales españoles y que la misma se haga depender de la existencia de un vínculo entre la jurisdicción española y el asunto respecto al cual se reclama su intervención. En caso de no darse dicho vínculo no sería, en principio, razonable un pronunciamiento de nuestros tribunales, puesto que los costes del servicio público de la justicia se sufragan a cargo del contribuyente español². Adicionalmente un fallo de nuestros órganos judiciales tendría escasas posibilidades de producir efectos en aquellos Estados con los que la relación jurídica tuviera vínculos relevantes, pues el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras suele hacerse depender de que las mismas hayan sido dictadas en un Estado con vínculos con el asunto. A fin de evitar una intervención injustificada e inútil, se impone en estos casos una limitación en el ejercicio de la jurisdicción.

Corresponde a las normas de competencia judicial internacional determinar si un juez o tribunal español puede entrar a resolver un asunto en el que concurre un elemento de extranjería. En la materia que nos ocupa existen normas de Derecho comunitario. Respecto a la disolución del vínculo y a la responsabilidad parental dichas normas están contenidas en el Reglamento 2201/2003³, referido a ambas materias, si bien, como veremos, con normas distintas respecto a una y otra. La competencia judicial internacional en materia de alimentos se rige por las normas del Reglamento 4/2009⁴. Únicamente

² El derecho a la tutela judicial efectiva obligaría, no obstante, a la introducción de un foro de necesidad en supuestos que no presentan vínculos con la jurisdicción española si fuera imposible obtener la tutela de jueces y tribunales extranjeros o no fuera razonable dicho acceso. Tal foro de necesidad podría fundamentarse directamente en el artículo 24 CE.

³ Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (DO L 338, de 23 de diciembre de 2003).

⁴ Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, 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 (DO L 7, de 10 de enero de 2010).

respecto al régimen económico matrimonial no está en estos momentos en vigor ningún instrumento comunitario. Por tanto, la competencia judicial internacional sigue estableciéndose a partir de las disposiciones del artículo 22 de la LOPJ, si bien existe en la materia un proyecto de Reglamento comunitario⁵, al que haremos referencia.

Antes de iniciar el análisis de los citados instrumentos normativos son importantes cuatro advertencias. Conviene, en primer lugar, recordar el principio de primacía del Derecho comunitario, que tiene como consecuencia el desplazamiento de las normas de competencia judicial internacional contenidas en la LOPJ. Estas disposiciones únicamente pueden seguir aplicándose en la medida en que las normas comunitarias remitan a las mismas. No es, por consiguiente, ajustada a Derecho la práctica frecuente de fundamentar la competencia judicial internacional cumulativamente en el Derecho comunitario y el Derecho interno. Existe en este sentido un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión⁶, que, precisamente refiriéndose a una decisión española, pone de relieve que dicha práctica hace surgir la duda respecto a si se está efectivamente respetando el principio de primacía. Ha de señalarse, adicionalmente, que existen importantes diferencias entre las normas comunitarias de competencia judicial internacional y las de origen interno. Una referencia indistinta a unas y otras fácilmente induce a error.

En segundo lugar ha de clarificarse ya de entrada que no tiene base legal alguna la afirmación, que puede hallarse en la jurisprudencia española⁷, de que la normativa comunitaria únicamente se aplica en relación a los procesos matrimoniales que afectan a ciudadanos comunitarios. Las normas de competencia judicial comunitarias se aplican, como veremos, a todos los procesos matrimoniales que se sustancien en el territorio de uno de los Estados miembros, siempre y cuando, claro está, se trate de procesos con elemento de extranjería. En otras palabras, las normas de competencia judicial internacional comunitarias se aplican tanto al divorcio de dos ciudadanos ecuatorianos como al de dos ciudadanos franceses si dicho divorcio se solicita frente a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. Cosa distinta es que aplicadas dichas normas al caso concreto los tribunales españoles resulten o no competentes, cuestión que, como veremos, no depende esencialmente de la nacionalidad de los cónyuges. Con carácter general, puede asimismo afirmarse que no cabe recurrir a las normas internas cuando la competencia judicial internacional de nuestras

⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales [COM(2011) 126/2].

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, *Purrucker*, FJ 66.

⁷ *Vid.*, por ejemplo, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 1 de junio de 2011. Ponente. Ilma. Sra. Dña. Rosario Hernández Hernández, JUR\2011\247156.

autoridades no se deduzca de las normas comunitarias, esto es, que las normas internas no actúan como normativa subsidiaria⁸.

Las normas de competencia judicial internacional no deben, por otra parte, confundirse con las normas de competencia territorial interna, pues estas últimas sólo son de aplicación si con carácter previo es internacionalmente competente la jurisdicción española en su conjunto. No es, por tanto correcto fundamentar la competencia judicial internacional directamente en las normas de competencia territorial. Ha de señalarse, no obstante, que en ocasiones el legislador europeo regula tanto la competencia judicial internacional como la competencia interna, en cuyo caso las normas europeas sobre la competencia territorial desplazan, en virtud del principio de primacía, a las contenidas en la LEC. En algunos supuestos puede además producirse una falta de correlación entre las normas referidas a una y otra cuestión; en dichos casos ha de primar el cumplimiento al mandato contenido en las normas de competencia internacional, lo que significa que la laguna que presentan las normas de competencia territorial debe colmarse permitiendo al actor interponer la acción frente al órgano jurisdiccional de su elección⁹.

Por último, ha de señalarse la existencia de un cierto desajuste entre el Derecho material español y el Derecho internacional privado comunitario, que ha de resolverse a favor del segundo. Mientras que, conforme al artículo 91 del Código civil, las sentencias de separación, nulidad o divorcio han de contener un pronunciamiento tanto respecto al vínculo conyugal como en relación a los hijos comunes, los alimentos y el régimen económico matrimonial, el planteamiento del legislador comunitario es diametralmente opuesto, pues cada una de las cuestiones se analiza por separado. Puede perfectamente ocurrir que un juez con competencia judicial internacional para disolver el vínculo conyugal no pueda pronunciarse, por ejemplo, respecto a la guarda y custodia de los hijos comunes. En tal supuesto ha de estarse a las disposiciones del Derecho comunitario, pues la competencia judicial internacional es un *prius* lógico a las cuestiones de Derecho aplicable y a las disposiciones que establezca el Derecho material que rija la controversia. Esto es, si el juez no es competente respecto a la guarda y custodia, no puede pronunciarse respecto a la misma, correspondiendo tal decisión a la autoridad extranjera competente. Por consiguiente, de ser aplicable el Derecho español no puede darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 91.

En la doctrina española es mayoritaria la crítica respecto a tal estado de la cuestión, pues se entiende que la regulación comunitaria es contraria al princi-

⁸ Cuando se aplica el Reglamento 2201/2003 cabe aplicar las normas de la LOPJ únicamente si los criterios de competencia del Reglamento no atribuyen el conocimiento del asunto a los tribunales de ningún Estado miembro. *Vid. infra*.

⁹ En relación a esta cuestión *vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «La adaptación de normas de competencia territorial: artículos 50, 52 y 54 de la nueva LEC», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2001, pp. 339-363.

pio de economía procesal¹⁰. Sin embargo, habida cuenta de la concurrencia del elemento de extranjería, ha de ponderarse la importancia del principio de economía procesal, que, en definitiva, es un principio de buena Administración de Justicia, frente a otros principios, como el de proximidad, mucho más relevantes desde un punto de vista de Justicia material. Haremos hincapié en dicha cuestión más adelante. Adicionalmente, ha de señalarse que el principio de economía procesal es tenido en cuenta por los instrumentos comunitarios, pues éstos favorecen que un mismo tribunal pueda pronunciarse tanto respecto a la disolución del vínculo conyugal como respecto a todas las cuestiones derivadas de la misma, si bien en última instancia que así sea depende de la voluntad de las partes. Son éstas y sus representantes legales quienes han de valorar si les conviene más un único proceso o si por el contrario asumen los costes de una pluralidad de litigios. Por otra parte hay que señalar que no en todos los Estados miembros se entiende conveniente que la disolución del vínculo y todas sus consecuencias se diluciden en un mismo proceso¹¹.

2. La competencia judicial internacional en materia de disolución del vínculo conyugal

Conforme a lo anteriormente expuesto ha de procederse a un análisis individualizado de cada una de las cuestiones. En primer lugar, corresponde estudiar la competencia judicial internacional respecto a la cuestión principal, la disolución, suspensión o anulación del vínculo conyugal. Tras determinar el instrumento aplicable a tal materia, se realizará un análisis de las normas de competencia judicial así como de las normas de aplicación de las mismas contenidas en dicho instrumento. Como veremos se han de tener en cuenta varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A) El instrumento aplicable

Las normas de competencia judicial internacional relativas a la nulidad, separación y divorcio se hallan contenidas en el Reglamento 2201/2003, frecuentemente denominado Reglamento Bruselas II bis. Dicho Reglamento, que es aplicable desde el 1 de marzo de 2005, sucede al anterior Reglamento 1347/2000

¹⁰ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, «Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, y otros, *Estudios de derecho de familia y de sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 39-64.

¹¹ Sobre la importancia de la concentración del proceso desde diferentes perspectivas *vid.* E. PATAUT, «Artículo 12», en MAGNUS-MANKOWSKI, *Brussels II bis Regulation. European Commentaries on Private international law*, Sellier, Múnich, pp. 146-148.

que quedó derogado a partir de la citada fecha de aplicación¹². A su vez el Reglamento 1347/2000 sustituyó al anterior Convenio de 28 de mayo de 2000, que nunca llegó a entrar en vigor.

La sucesión de Reglamentos comunitarios se explica por la modificación de las normas relativas a la responsabilidad parental¹³. En la materia que nos ocupa ahora no se han producido cambios, esto es, las reglas de competencia judicial internacional relativas a la separación, nulidad y divorcio actualmente vigentes son las mismas que contenía el anterior Reglamento del año 2000, que a su vez las adoptó del Convenio. De ahí que en su interpretación siga siendo relevante el Informe explicativo elaborado por la profesora española *Alegría Borrás*, que se publicó en el Diario Oficial¹⁴.

Conforme a su artículo 1 el Reglamento se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial. En el apartado 1.º del artículo 2 se señala que el concepto de órgano jurisdiccional incluye a todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en dichas materias. Rige, por tanto, el Reglamento, también para determinar la competencia de autoridades administrativas en aquellos Estados que conocen el divorcio administrativo. Tratándose de autoridades judiciales es indiferente el orden jurisdiccional en el que se encuadren. En el caso español han de mencionarse especialmente que dichas normas son también aplicables si la ruptura conyugal se plantea frente a los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer.

El apartado 8.º del Preámbulo del Reglamento puntualiza que el ámbito de aplicación material del mismo se refiere exclusivamente a la disolución del vínculo. No se incluyen, por tanto, las cuestiones accesorias, a excepción de las relacionadas con la responsabilidad parental, si bien respecto a las mismas se establecen normas de competencia distintas, por lo que conviene analizarlas por separado.

El Reglamento rige para todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca. Como es sabido de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en ninguna de las medidas adoptadas en el ámbito de la cooperación civil. Respecto a algunas materias se han negociado Tratados paralelos entre el Reino de Dinamarca y la Comunidad Europea. No es éste el caso de la materia que nos ocupa.

¹² Artículo 71.1 Reglamento 2201/2003.

¹³ Las normas contenidas en el Reglamento 1347/2000 y en el Convenio sólo se referían a la responsabilidad parental respecto a los hijos comunes en el marco del proceso de divorcio, separación y nulidad, mientras que las contenidas en el nuevo Reglamento se refieren a la responsabilidad parental en general.

¹⁴ *DO C 221*, de 16 de julio de 1998, p. 27.

En el caso del Reino Unido e Irlanda el Protocolo sobre la posición de estos países en relación al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea les permite decidir caso por caso si desean o no participar en los instrumentos adoptados en el ámbito de la cooperación civil (mecanismo del *opting-in*). Su decisión respecto al Reglamento 2201/2003 fue favorable y, por tanto, las normas contenidas en dicho instrumento son de aplicación en ambos Estados. La aplicación del Reglamento al Reino Unido e Irlanda impone algunas reglas especiales sobre todo en relación al criterio de la nacionalidad que se sustituye por el concepto de *domicile*¹⁵.

La aplicación de un instrumento relativo a la disolución del vínculo conyugal presupone la existencia de un matrimonio. Sin embargo, el Reglamento no contiene ninguna definición de matrimonio por lo que surge, en particular, la duda respecto a su aplicabilidad a los matrimonios de personas del mismo sexo. En la doctrina mayoritaria se ha defendido que la disolución de tales uniones no ha de incluirse en el ámbito material de aplicación del Reglamento, lo que tendría como consecuencia la vigencia en relación a las mismas de las normas de competencia judicial internacional internas de cada Estado¹⁶. Existen, sin embargo, argumentos sólidos para defender que el concepto de matrimonio ha de definirse en cada Estado conforme a las categorías internas, pues el Reglamento Roma III sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial conduce, como veremos, a dicha conclusión¹⁷ y existe una evidente relación entre ambos instrumentos, que se refieren a la misma materia¹⁸. De seguirse esta última interpretación, desde la perspectiva española, la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles en materia de separación, nulidad y divorcio se determinaría conforme a las disposiciones del Reglamento 2201/2003 pues para el Derecho español tal matrimonio es el matrimonio de personas de distinto como de diferente sexo. No obstante, los matrimonios homosexuales y sus asesores legales habrán de tener siempre presente que las decisiones adoptadas no necesariamente serán reconocidas y ejecutadas en los demás Estados conforme a las disposiciones reglamentarias, pues si el concepto de matrimonio se define conforme a las categorías del Derecho interno cabe que la unión no se equipare a matrimonio en el Estado miembro en el que se solicite dicho reconocimiento. Aunque en la doctrina tiene sus defensores, no parece hoy por hoy factible que el legislador comunitario o el Tribunal de Justicia acuñe un concepto comunitario de matrimonio que in-

¹⁵ Puesto que en este trabajo se analiza el Reglamento desde la perspectiva del aplicador del Derecho español no entraremos en esta cuestión.

¹⁶ W. PINTENS, «Artículo 1», en MAGNUS-MANKOWSKI, *Brussels II bis Regulation. European Commentaries on Private international law*, Sellier, Múnich, pp. 57-59.

¹⁷ *Infra*.

¹⁸ *Vid.* apartado 10 del Preámbulo del Reglamento Roma III.

cluya a las uniones homosexuales, pues se trata de una cuestión políticamente muy sensible.

Finalmente ha de reseñarse que el Reglamento no tiene incidencia alguna sobre el Derecho material de los Estados miembros. Así, mientras que hay algunos Estados que, como España, conocen las instituciones de la nulidad, la separación judicial y la nulidad¹⁹, otros sólo establecen el divorcio y la nulidad²⁰, y algunos únicamente el divorcio²¹. Que se pueda o no solicitar la separación judicial en un Estado cuyo Derecho material no conoce dicha institución depende de cuál sea la ley aplicable a la demanda. Como veremos en el siguiente Capítulo en virtud de las normas de Derecho internacional privado un juez alemán puede tener que aplicar Derecho italiano. En ese caso podría perfectamente pronunciar una sentencia de separación judicial, pese a que dicha institución es desconocida en el Derecho alemán. Si en cambio fuera aplicable el Derecho alemán o el de algún otro Estado que no conozca la institución de la separación de cuerpos, no cabría tal pronunciamiento, por mucho que el Reglamento otorgue competencia a los tribunales de dicho Estado.

B) *Las normas de competencia judicial internacional*

Las normas de competencia judicial internacional se establecen en los artículos 3 y siguientes del Reglamento. Dichas normas establecen qué jurisdicción comunitaria es la competente; la determinación del concreto órgano jurisdiccional que dentro de dicho Estado ha de hacerse cargo del asunto ha de efectuarse a partir de las normas procesales internas de dicho Estado.

En el artículo 3.º se disponen siete foros de competencia judicial internacional basados bien en el criterio de residencia habitual bien en el criterio de nacionalidad, que pasaremos a analizar de manera individualizada. Estudiaremos asimismo las reglas de competencia en los supuestos de demandas reconventionales, de conversión de separaciones judiciales en divorcios así como las denominadas competencias residuales. Hemos de plantearnos, sin embargo, con carácter previo qué ha de entenderse por residencia habitual y cómo han de tratarse los supuestos, cada vez más frecuentes, de plurinacionalidad.

¹⁹ Se trata de una institución característica de los Estados en los que el Catolicismo tiene o ha tenido una fuerte implantación. Se prevé en el Derecho de Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Portugal, España, Malta, Irlanda y Polonia. También existe en Dinamarca, Lituania y el Reino Unido.

²⁰ La separación judicial es una institución desconocida en la mayoría de los ordenamientos europeos. No existe en Alemania, Austria, la República checa, Chipre, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Letonia, los Países Bajos, la República eslovaca, Eslovenia y Suecia.

²¹ La nulidad matrimonial no se conoce en Finlandia y Suecia.

El concepto de residencia habitual es de uso frecuente en los instrumentos de Derecho internacional privado. No se suele definir en los textos normativos²², básicamente, según se dice, para preservar su carácter flexible, esto es, para que el aplicador del Derecho disponga de un margen de maniobra que le permita tener en cuenta y valorar las circunstancias del caso concreto. En el caso del Derecho comunitario tenemos varios pronunciamientos en relación a la residencia habitual en el contexto del artículo 8 del Reglamento 2201/2003²³, esto es, en materia de responsabilidad parental. Dichos pronunciamientos no se apartan de la ortodoxia pues, en definitiva, disponen que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si un sujeto tiene su residencia habitual en un determinado Estado, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares de cada caso.

En las sentencias citadas el Tribunal de Justicia dispone, que el concepto de residencia habitual debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia ha de corresponderse con un lugar en el que la persona tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos, se enumeran una serie de factores que deben ser objeto de consideración. Aunque los elementos citados por el Tribunal se refieren al objeto de los litigios, la determinación de la residencia habitual de un menor, pueden fácilmente adaptarse a las circunstancias de un litigio matrimonial. Se dice que ha de examinarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, así como la nacionalidad, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales que mantiene en el referido Estado la persona cuya residencia habitual se quiere determinar. La sentencia dictada en el asunto *A* considera asimismo factor relevante el lugar y las condiciones de escolarización del menor; en el contexto de un litigio matrimonial tal referencia puede fácilmente sustituirse por el lugar y condiciones laborales del sujeto en cuestión, pues el desempeño de una actividad laboral en un determinado Estado parece un elemento relevante análogo, de cara a determinar la residencia habitual de un adulto.

Por lo que respecta al concepto de nacionalidad no plantea dificultades en sí mismo, pues no existe duda de que equivale al vínculo jurídico entre un individuo y un Estado, correspondiendo a cada Estado determinar los criterios de atribución de su nacionalidad. Son, sin embargo, frecuentes en el momento ac-

²² Vid. A. RICHEZ-PONS, «Habitual residence considered as a European Harmonization factor in family law (regarding the Brussels II bis Regulation)», en K. BOELE-WOELKI (ed.), *Common Core and Better Law in European Family law*, Intersentia, Antwerp, 2005, pp. 355-360.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, «*A*» y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*.

tual los supuestos en los que un individuo tiene una pluralidad de nacionalidades. Se plantea en estos casos la duda de si cabe exigir que concurra algún elemento adicional para que la nacionalidad fundamente la competencia judicial internacional (criterio de la nacionalidad efectiva) o si el mero vínculo de la nacionalidad es criterio suficiente. La aplicación del artículo 9.9 CC debe en cualquier caso descartarse por referirse al ámbito del conflicto de leyes.

En este supuesto resulta relevante un pronunciamiento del Tribunal de Justicia²⁴. En un supuesto en el que ambos cónyuges tenían dos nacionalidades comunitarias, la húngara y la francesa, el Tribunal de Justicia concluyó que el Reglamento 2201/2003 se opone a que se excluya la competencia de los tribunales de uno de dichos Estados miembros por el mero hecho de que el demandante carezca de otros puntos de conexión con dicho Estado. Por tanto, todo parece indicar que a los efectos de aplicación de las normas de competencia judicial internacionales no cabe exigir que la nacionalidad que se hace valer sea la nacionalidad efectiva.

a) Foros basados en el criterio de residencia habitual

La mayor parte de los foros establecidos por el Reglamento en materia de separación, nulidad o divorcio utilizan como criterio de conexión la residencia habitual. Así se dispone, en primer lugar, que son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro correspondiente a la residencia habitual de los cónyuges. Como ya se señalaba anteriormente la nacionalidad de los cónyuges es irrelevante en este primer supuesto. Si dos ciudadanos ecuatorianos o marroquíes con residencia habitual en España desean disolver su vínculo matrimonial, acudiendo a la jurisdicción española, la competencia de jueces y tribunales deriva del artículo 3.a), primer inciso del Reglamento. Que se trate o no de ciudadanos comunitarios es indiferente.

La intervención de los jueces y tribunales españoles en este primer supuesto resulta, a todas luces, justificada. Es más, de no preverse, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, pues se impediría o dificultaría en exceso el acceso a los tribunales. De ahí que la introducción de dicho criterio no resultara controvertida cuando se negociaron las normas de competencia con ocasión de la elaboración del Convenio Bruselas II.

Sin embargo, dicho criterio resulta insuficiente y ha de complementarse pues, con frecuencia, la crisis matrimonial provoca o tiene como consecuencia el desplazamiento de uno o ambos cónyuges fuera del Estado de residencia habitual común. No es, en efecto, infrecuente que el cónyuge de nacionalidad extranjera decida regresar a su país de origen tras la ruptura, o que los proyec-

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 16 de julio de 2009, asunto C-168/08, *Hadadi*.

tos de vida individuales de los cónyuges impliquen traslados al extranjero, por razones laborales o afectivas. También en estos supuestos hay que establecer normas de competencia judicial internacional que posibiliten el acceso a los tribunales a fin de disolver el vínculo matrimonial.

De ahí la necesidad de incluir criterios adicionales, que en el caso del Reglamento se configuran como foros alternativos. Cualquiera de los mismos puede fundamentar la intervención de los tribunales españoles, no existiendo ninguna relación de jerarquía entre ellos. Corresponde, por tanto, al demandante, o, en el caso de demanda conjunta, a los demandantes, elegir cualquiera de las jurisdicciones competentes. Desde la perspectiva del juzgador basta con que concurra uno de los criterios de competencia judicial internacional establecidos en el Reglamento.

Se dispone en el artículo 3.a), 2.º inciso del Reglamento que cabe interponer la demanda frente a los tribunales correspondientes a la última residencia habitual común, siempre y cuando uno de los cónyuges continúe residiendo en dicho Estado. Tal posibilidad no depende de que la demanda sea de mutuo acuerdo, ni de que en el caso de demandas unilaterales sea el demandante quien ha permanecido en el lugar de residencia habitual. El mero hecho de que los tribunales frente a los cuales se insta la separación judicial, la nulidad o el divorcio se correspondan con la última residencia habitual común y adicionalmente uno de los cónyuges haya permanecido en dicho lugar es vínculo suficiente a los efectos de la competencia judicial internacional.

Cabe también interponer la demanda frente a los tribunales correspondientes a la residencia habitual del demandado o en el caso de demanda conjunta frente a los tribunales correspondientes a la residencia habitual de cualquiera de ellos [art. 3.a), tercer y cuarto incisos]. Ninguno de dichos criterios es controvertido. El primero no es más que una variación del tradicional foro del domicilio del demandado, un criterio universalmente admitido en el Derecho procesal civil internacional, y en el caso del segundo la concesión de una limitada autonomía de la voluntad se justifica por el acuerdo entre las partes, que se presupone en el caso de las demandas conjuntas o de mutuo acuerdo.

Más polémicos son los foros basados en la residencia habitual del demandante previstos en el quinto y sexto inciso del artículo 3.a) del Reglamento. Con carácter general, el *forum actoris* se considera un foro excesivo, exorbitante, pues su admisión implica una carga excesiva para el demandado, obligándole a desplazarse, lo que en la práctica puede dificultar en exceso el ejercicio del derecho de defensa. Un ejemplo puede ayudar a ilustrar dicha dificultad. Un matrimonio cuyo domicilio conyugal se ubicaba en España se rompe. Tras la ruptura la esposa establece su residencia en Finlandia. Desde el punto de vista del cónyuge que ha permanecido en España es indudable que la interposición de la demanda por parte de la esposa en España, en virtud de las reglas del segundo o tercer inciso del artículo 3.a) del Reglamento (último domicilio conyugal o domicilio del demandado) resulta una solución favorable. También resulta ad-

misible, que la demanda se interponga en Finlandia, en caso de tratarse de una demanda conjunta, pues en dicho supuesto se habrá recabado el consentimiento del cónyuge que ha permanecido en España. En cambio, plantea muchas mayores dificultades la admisión de la posibilidad de que la demanda pueda interponerse unilateralmente por la esposa en Finlandia, en su nuevo lugar de residencia habitual, pues ello obliga al otro cónyuge a asumir la carga de litigar en el extranjero, en un idioma y en un contexto jurídico y social que le resultan desconocidos. Ha de tenerse en cuenta, además que la admisión del *forum actoris* abre las puertas al *forum shopping*, consistente en que el demandante acuda a una jurisdicción favorable a sus pretensiones.

Cuando se negociaron las normas de competencia con ocasión de la elaboración del Convenio del año 2000 fueron, sin embargo, muchos los Estados miembros que preconizaron la introducción de un foro basado en la residencia habitual del demandante. Argumentaron que la ausencia de dicho foro dificultaría la obtención del divorcio por el demandante, cuyos derechos de acceso a los tribunales también hay que salvaguardar. Se puso asimismo de relieve que son muy frecuentes los supuestos en los que tras la ruptura de una pareja mixta, el cónyuge extranjero vuelve a su lugar de origen. Asimismo se hizo hincapié en que el género incide sobre esta cuestión, pues son en muchos supuestos las mujeres las que trasladan su residencia habitual con ocasión del matrimonio, por lo que en caso de ruptura serían también mayoritariamente ellas las que volverían a sus lugares de origen. En atención a dichos argumentos se optó por la introducción del *forum actoris*, pero se decidió exigir la concurrencia de un período de residencia habitual a fin de evitar un excesivo *forum shopping*.

Finalmente se introdujeron dos foros basados en la residencia habitual del demandante, exigiendo períodos de residencia distintos en función de la presencia de vínculos adicionales. Se puede interponer la demanda frente a los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual del demandante siempre que el mismo haya residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda [art. 3.a), quinto inciso]. En caso de que el demandante sea además nacional del Estado en el que ha establecido su residencia habitual el período se acorta, bastando que el demandante haya residido allí los seis meses anteriores a la presentación de la demanda [art. 3.a), sexto inciso]. Con ello se busca garantizar que el cambio de residencia habitual por parte del demandante obedezca a motivos distintos que la mera búsqueda de un foro más favorable a sus intereses.

b) Foros basados en el criterio de nacionalidad

En el apartado b) del artículo 3 se incluye asimismo un foro basado en la nacionalidad. Conforme al mismo la competencia puede también recaer en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cón-

yuges. No se exige, por tanto, que los cónyuges tengan o hayan tenido su residencia habitual en dicho Estado, sino meramente que se trate de nacionales del mismo. Como hemos visto anteriormente en caso de que ambos cónyuges ostenten la nacionalidad de dos Estados miembros cualquiera de dichas nacionalidades fundamentaría la intervención de los tribunales sin que quepa exigir la concurrencia de ningún requisito adicional.

c) Demandas reconventionales y conversión de la separación en divorcio

Los artículos 4 y 5 del Reglamento se ocupan de las demandas reconventionales y de la conversión de la separación en divorcio. Se establece que el juez competente en virtud de las reglas del artículo 3 respecto a la separación, la nulidad y el divorcio es asimismo competente respecto a las demandas reconventionales, siempre que las mismas, claro está, se refieran a materias contenidas en el Reglamento.

En el caso de la conversión de la separación judicial en divorcio, el artículo 5 garantiza que el juez que hubiere dictado la sentencia de separación pueda asimismo pronunciar el divorcio. Dicha regla se configura no obstante como un foro alternativo adicional a los establecidos en el artículo 3, lo que significa que cabe asimismo recurrir a cualquiera de las jurisdicciones designadas en dicho precepto, correspondiendo al demandante, o en el caso de demandas conjuntas de divorcio a los demandantes, elegir la jurisdicción a la que desean acudir.

d) Competencia residual

El significado del artículo 7 del Reglamento relativo a la denominada competencia residual, así como su relación con el artículo 6, que establece el carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5 fue durante largo tiempo objeto de debate doctrinal²⁵. Un pronunciamiento del Tribunal de Justicia en relación al asunto *Sundelind López*²⁶ clarificó con carácter definitivo la interpretación de esta disposición.

El artículo 7 del Reglamento establece, en su primer apartado, que si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determina, en cada Estado miembro,

²⁵ Cfr. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation “Brussels II bis”», en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, París, 2005, pp. 53-67.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, *Sundelind López*.

con arreglo a las leyes de dicho Estado. Esta norma obliga por tanto a la autoridad judicial de un Estado miembro que no sea competente en virtud de las disposiciones del Reglamento a verificar que no exista ningún otro jurisdiccional competente en virtud de las reglas comunitarias. Sólo si así no fuere cabe recurrir a la aplicación de las normas de competencia judicial internas a fin de fundamentar la competencia judicial internacional. Por tanto, las reglas internas de competencia, en el caso español las reglas contenidas en el artículo 22 de la LOPJ, tienen un contenido muy residual, pues sólo resultan de aplicación si concurre una doble circunstancia. En primer lugar es necesario que el Reglamento no atribuya competencia a los tribunales españoles, y en segundo término tampoco han de ser designados los tribunales de ningún Estado miembro.

C) *Las normas de aplicación de las reglas de competencia judicial internacional*

Los artículos 16 a 20 del Reglamento contienen normas de aplicación de las reglas de competencia judicial internacional que rigen respecto a las dos materias incluidas en el instrumento comunitario, la separación, nulidad y divorcio y la responsabilidad parental. Tienen quizás más relevancia en relación al primer sector material y por este motivo, las analizaremos aquí.

La primera regla importante se refiere al control de la competencia judicial internacional. Éste ha de ser efectuado por la autoridad judicial frente a la que se interponga la demanda de nulidad, separación o divorcio de oficio. Conforme al artículo 17 del Reglamento, el órgano jurisdiccional ante el que se inicie un procedimiento que no sea competente en virtud de las disposiciones reglamentarias habrá de declararse de oficio incompetente siempre que dichas disposiciones establezcan la competencia de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro. En caso de que así no fuera pueden examinarse las reglas internas de competencia judicial internacional. Si tampoco otorgaran competencia a los tribunales españoles ha de estarse a lo establecido en el artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el artículo 18 se regula la actuación del órgano jurisdiccional competente en el supuesto de incomparecencia de un demandado con residencia habitual en el extranjero. En este supuesto se han de extremar las cautelas y verificar que la demanda haya sido correctamente notificada a fin de que esa parte no pueda alegar indefensión cuando se inste el reconocimiento de la sentencia en el extranjero²⁷. Por consiguiente, y a fin de evitar que pueda producirse dicha situa-

²⁷ Ha de tenerse en cuenta que el propio Reglamento permite denegar el reconocimiento de las decisiones dictadas en otros Estados miembros, si, habiéndose dictado en rebeldía del demandado, no se hubiere notificado o trasladado al mismo el escrito de demanda o un docu-

ción se establece que si el demandado con residencia habitual en el extranjero no comparece ha de suspenderse el procedimiento hasta que se verifique que se ha producido la notificación de la demanda o que se han practicado todas las diligencias a este fin. Si la notificación ha de transmitirse de un Estado miembro a otro habrá de aplicarse el artículo 19 del Reglamento 1393/2007²⁸ en lugar del artículo 18; si la demanda ha de trasladarse a un Estado no miembro parte del *Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales*²⁹ se aplicará el artículo 15 del citado Tratado.

De particular importancia, habida cuenta de la pluralidad de foros admitidos en materia matrimonial y de su carácter alternativo, es la regulación de la litispendencia. En los casos de procesos matrimoniales contenciosos no puede, en efecto, excluirse que uno de los cónyuges interponga la demanda en una de las jurisdicciones competentes en virtud de las reglas del instrumento comunitario, mientras que el otro acude a los tribunales de otro Estado, también competentes conforme al Reglamento. Tampoco puede excluirse que las acciones ejercitadas, pese a referirse al mismo matrimonio, sean distintas, que uno de los cónyuges, por ejemplo, solicite el divorcio y el otro inste la separación legal o la nulidad.

En el artículo 19 se establece que estas situaciones han de resolverse mediante la regla del *prior tempore*, esto es, que el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda debe suspender de oficio el procedimiento hasta que el tribunal al que se ha acudido en primer lugar resuelva si es o no competente³⁰. En caso afirmativo, el segundo órgano jurisdiccional se inhibirá a favor del primero, mientras que, de declararse éste incompetente, el segundo órgano jurisdiccional levantará la suspensión y proseguirá con el procedimiento. En caso de que las acciones ejercitadas frente a los distintos órganos jurisdiccionales fueran distintas habrá de permitirse a la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional presentar la acción ejercitada ante el primero.

En la doctrina es unánime la crítica a esta solución, que incentiva lo que se ha venido a denominar una carrera hacia los tribunales, contraria a las modernas

mento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa. Cfr. artículos 22.b) y 23.b).

²⁸ Reglamento (CE) n.º 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo (DO L 324, de 10 diciembre de 2007).

²⁹ BOE n.º 203, de 25 de agosto de 1987, corrección de errores en BOE n.º 88, de 13 de abril de 1989.

³⁰ En el artículo 16 se clarifica cuando ha de considerarse iniciado el procedimiento.

tendencias del Derecho de familia de favorecer que los cónyuges resuelvan los contenciosos matrimoniales a través del acuerdo. Las reglas del Reglamento promueven, en efecto, la celeridad en la interposición de la demanda, puesto que, en definitiva, es el primer órgano jurisdiccional el que acaba resolviendo la controversia, siempre y cuando, claro está, se trate de un órgano jurisdiccional competente según las disposiciones del Reglamento. No está, además, garantizado que la ley rectora del divorcio o la separación judicial sea la misma en cada uno de los procedimientos, pues, como veremos, el Reglamento Roma III se adoptó mediante el mecanismo de la cooperación reforzada y no rige en todos los Estados miembros. Este estado de la cuestión aumenta la ventaja que obtiene quien interpone la demanda en primer lugar, puesto que en algunos casos ello le permitirá incidir sobre el derecho rector del procedimiento matrimonial.

Un ejemplo puede ayudar a ilustrar esta situación. Si uno de los cónyuges interpone una demanda de separación frente a los órganos jurisdiccionales españoles y el otro acude a los tribunales ingleses con una demanda de divorcio, qué tribunal conocerá finalmente del asunto dependerá exclusivamente de dónde se haya interpuesto la demanda en primer lugar. Si se tratare de los tribunales españoles regiría el ordenamiento designado por el Reglamento Roma III. Aunque dicho instrumento permite, como veremos, hasta cierto punto a las partes elegir la ley aplicable, a falta de acuerdo se aplicaría la norma contenida en su artículo 8, esto es, la ley correspondiente a la residencia habitual de los cónyuges o, en su defecto, a la última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda y que uno de ellos siga residiendo allí. En su defecto rige la ley correspondiente a la nacionalidad común de los cónyuges y únicamente en defecto de dicha ley se impone la ley española en tanto ley del foro. En cambio, de haberse interpuesto la demanda en Inglaterra en primer lugar, el procedimiento se regiría por el Derecho del foro, pues el Reino Unido no está vinculado al Reglamento Roma III y en materia de Derecho de familia su sistema de Derecho internacional privado se opone, con carácter general, a la aplicación de Derecho extranjero.

3. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental

En los apartados precedentes hemos examinado la competencia judicial internacional en materia de separación, nulidad y divorcio, establecidas por el Reglamento Bruselas II bis. Como ya señalábamos, las reglas de competencia estudiadas se refieren exclusivamente a la disolución del vínculo, por lo que si se ha solicitado además de dicha disolución, un pronunciamiento acerca de los efectos derivados de la misma, habrá de establecerse, en primer lugar, si el órgano jurisdiccional es o no internacionalmente competente.

Examinaremos en los apartados sucesivos la competencia en materia de guarda y custodia. Primero determinaremos el instrumento aplicable y seguidamente analizaremos las reglas de competencia así como las normas de aplicación de las mismas. Como ya señalábamos en el lugar oportuno estas últimas son en gran medida idénticas a las que rigen respecto a las reglas de competencia sobre la disolución del vínculo.

A) *El instrumento aplicable*

El Reglamento Bruselas II bis se aplica, además de al divorcio, la separación y la nulidad «a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental» [art. 1.1.b)]. Dicho concepto, que ha de definirse de manera autónoma, incluye al derecho de custodia y visita [art. 1.2.a)]. Por consiguiente, el instrumento aplicable para determinar la competencia judicial internacional respecto a las decisiones derivadas de la disolución del vínculo, relativas a los hijos del matrimonio es el Reglamento Bruselas II bis, aunque las reglas de competencia judicial internacional respecto a esta materia sean distintas de las ya examinadas.

B) *Las normas de competencia judicial internacional*

En materia de responsabilidad parental son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional (art. 8). Como ha señalado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia y hemos visto con anterioridad³¹ la residencia habitual ha de corresponderse con un lugar en el que el menor tenga cierta integración en un entorno social y familiar y son los órganos jurisdiccionales nacionales quienes determinarán tal extremo, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares de cada caso. A este efecto serán objeto de consideración una serie de factores como la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, así como la nacionalidad, el lugar y las condiciones de escolarización del menor, sus conocimientos lingüísticos y relaciones familiares y sociales.

Habitualmente la determinación del lugar de residencia habitual de un menor en el caso concreto no planteará especiales dificultades. Existen sin embargo supuestos controvertidos. En el asunto *Mercredi* se trataba de determinar la residencia habitual de una lactante, que dos meses después de haber nacido ha-

³¹ *Supra*.

bía sido trasladada lícitamente desde su lugar de nacimiento en Inglaterra a la isla de Reunión (Francia). La determinación del lugar de residencia habitual de la niña, y como consecuencia del órgano jurisdiccional competente para dictar decisiones respecto a su guarda y custodia y los derechos de visita, planteaba dudas que motivaron el planteamiento de un recurso prejudicial.

El Tribunal de Justicia tras reiterar los criterios establecidos en su jurisprudencia anterior, dispuso que los factores, que deben considerarse en el caso de un menor en edad escolar difieren de los que hay que valorar, si se trata de un menor que haya terminado sus estudios o de los pertinentes en relación con un lactante. Cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre, deben considerarse, en especial, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Esto significa, en definitiva, cierto reconocimiento de una relación de dependencia entre la residencia del niño respecto a la residencia de su cuidador principal. Esta relación de dependencia no es, no obstante, un principio absoluto sino únicamente un factor adicional que habrá de ser tenido en cuenta por el órgano jurisdiccional.

Puede ocurrir, que el órgano jurisdiccional nacional concluya que no puede identificarse la residencia habitual del menor. En dichos supuestos la determinación del órgano jurisdiccional competente debe realizarse conforme al criterio de la «presencia del menor» establecido en el artículo 13.1 del Reglamento. Dicho precepto es asimismo de aplicación respecto de menores refugiados o desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país (art. 13.2). En caso de que el menor haya sido víctima de un traslado ilícito en los términos establecidos en el apartado 11 del artículo 2, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 10, esto es, que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que el menor residía habitualmente con anterioridad a dicho traslado conservan su competencia para dictar resoluciones sobre la guarda y custodia del menor. Dicha competencia se mantiene hasta que se produzca alguna de las circunstancias señaladas en el propio precepto, esto es, tiene un carácter limitado en el tiempo.

Si comparamos las normas de competencia judicial internacional en materia de separación, nulidad y divorcio con las que rigen respecto a la guarda y custodia (responsabilidad parental) se advierte fácilmente que los tribunales competentes respecto a la controversia matrimonial no siempre serán competentes para adoptar las decisiones en relación a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio. Frente a los argumentos de economía procesal que justificarían la conveniencia de la intervención del juez del divorcio se imponen argumentos de Justicia material. El apartado 12.º del Preámbulo explica que las normas de competencia del Reglamento están concebidas en función del

interés superior del niño y, en particular, en función del principio de proximidad. No se estima, en efecto, adecuado que una autoridad que no pueda tener un conocimiento directo de lo que le conviene al niño pueda tomar decisiones, respecto a las cuales el interés superior del niño ha de ser la consideración principal.

Ello no significa, no obstante, que las razones de economía procesal se dejen totalmente de lado. En primer lugar, existe la posibilidad de que los cónyuges alcancen un acuerdo atributivo de competencia de forma que el juez que ejerza la competencia respecto a la separación, nulidad o divorcio pueda asimismo pronunciarse respecto a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas. Ese acuerdo debe respetar las condiciones establecidas en el artículo 12.1. La prórroga debe haber sido aceptada de manera expresa o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y al menos uno de los cónyuges ha de ejercer la responsabilidad parental sobre el menor. Adicionalmente el órgano jurisdiccional debe estimar que la prórroga responde al interés superior del niño. Esta última condición significa que el juez del divorcio no está obligado a aceptar la prórroga; por el contrario, dispone de un margen de discrecionalidad para valorar si la misma es o no adecuada habida cuenta de las circunstancias particulares del caso. Probablemente será más adecuada la admisión del acuerdo de competencia en aquellos casos en los que no existe disputa respecto a la custodia que en los supuestos contenciosos en los que el juez precisa tener un conocimiento directo de las circunstancias que rodean al menor.

Ha de tenerse en cuenta, además, que la amplitud de foros establecidos por el Reglamento en materia de separación, nulidad y divorcio en muchos casos permitirá la interposición de la demanda frente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor. Por consiguiente está en manos del demandante, o en los casos de demanda conjunta, de los demandantes conseguir la concentración del litigio. Ello siempre permitirá reducir los costes de la controversia.

Posiblemente las situaciones más difíciles se producen cuando el menor no tiene su residencia habitual en un Estado miembro. En la práctica española estos supuestos no son infrecuentes, pues muchos de los inmigrantes originarios de Estados terceros que se han trasladado a nuestro país, han dejado a sus hijos en sus lugares de origen, a cargo de familiares.

En estos casos ha de distinguirse entre menores que tengan su residencia habitual en un Estado tercero, parte del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores³², y menores residentes en Estados no vinculados a dicho Tratado. En el primer supuesto ha de tenerse en cuenta que la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental ha de

³² BOE n.º 291, de 2 de diciembre de 2010.

determinarse de conformidad con el Convenio de La Haya³³. El artículo 10 de este instrumento establece una posibilidad de prórroga de la competencia a favor del juez del divorcio. Existen ligeras variaciones respecto a la regulación reglamentaria; se exige que uno de los padres resida habitualmente en el Estado en el que se va a sustanciar el procedimiento matrimonial. Pero, al igual que ocurre cuando se aplica el Reglamento, el órgano prorrogado puede no aceptar la prórroga si la estima inadecuada al interés superior del niño. La discrecionalidad del órgano jurisdiccional respecto a la prórroga de competencia es, en cambio, menor si el niño tiene su residencia habitual en un Estado tercero no parte del Convenio de La Haya, puesto que en el apartado 4.º del artículo 12 del Reglamento se establece que se presume que la competencia basada en dicho precepto es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el Estado tercero de que se trate. Tratándose de una presunción que admite prueba en contrario el órgano jurisdiccional prorrogado no está obligado a admitir la prórroga. Tiene, sin embargo, una carga de la argumentación mayor que en los supuestos en los que el niño reside habitualmente en un Estado miembro o en un Estado tercero parte del Convenio de La Haya.

Finalmente hay que hacer referencia a la posible incidencia en esta materia de la posibilidad de transmisión del asunto al juez más adecuado, prevista en el artículo 15 del Reglamento y en el artículo 8 del Convenio de La Haya de 1996³⁴. Este mecanismo permite al juez competente en materia de responsabilidad parental delegar el ejercicio de sus funciones a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro o parte del Convenio de 1996, siempre y cuando, considere que este órgano está en mejores condiciones para resolver el asunto y exista un vínculo estrecho entre dicho órgano y el niño. Aunque no es éste el lugar para profundizar en dicho mecanismo, sí que conviene resaltar que este mecanismo puede operar a instancias de una autoridad judicial de otro Estado que considere ser más adecuada para intervenir. Cabe, por tanto, que el juez competente en relación al divorcio, la separación o la nulidad del matrimonio de los padres del niño reivindique para sí la competencia para adoptar decisiones respecto a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio. En tal caso ha

³³ El artículo 61 del Reglamento, relativo a las relaciones con el Convenio del 96, dispone, en efecto, que el Reglamento se aplica a menores con residencia habitual en un Estado miembro. *Ergo, a sensu contrario*, el Convenio rige respecto a niños habitualmente residentes en Estados terceros parte del Convenio. Sobre la aplicación del Reglamento en supuestos conectados con Estados terceros *vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «EC legislation in matters of parental responsibility and Third States», en N. WATTE, y A. NUYTS, *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 493-507.

³⁴ Sobre este mecanismo *vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «*Forum non conveniens* a la europea: el mecanismo de transmisión del asunto al juez mejor situado», en A. BORRAS, y G. GARRIGA, (eds.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 125-140.

de recabar el consentimiento de la autoridad competente del Estado en el que el niño tiene su residencia habitual.

C) *Las normas de aplicación de las reglas de competencia judicial internacional*

Como ya se señalaba anteriormente las normas de aplicación de las reglas de competencia judicial internacional rigen indistintamente para las normas de competencia en materia de nulidad, separación y divorcio y para las reglas en materia de responsabilidad parental. Por consiguiente no es necesario reiterar aquí lo expuesto en el apartado I.C).

Existen únicamente dos cuestiones que es preciso señalar. Por lo que respecta a la regla relativa a la litispendencia en materia de responsabilidad parental es necesario que las demandas planteadas tengan el mismo objeto y causa. Mientras que en materia matrimonial la regla opera aunque frente a unos tribunales se haya solicitado la separación y frente a otros el divorcio o la nulidad, en relación a la responsabilidad parental es preciso que exista identidad de acción.

Finalmente parece oportuno hacer referencia a la regla relativa a las medidas provisionales y cautelares establecida en el artículo 20 del Reglamento. Aunque dicha regla es también aplicable en materia de separación, nulidad y divorcio, habida cuenta de la limitación a lo referido estrictamente a la disolución, suspensión y anulación del vínculo conyugal, difícilmente resultará relevante en ese contexto, mientras que en lo que atañe a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio fácilmente puede resultar de interés. De ahí que se haya optado por incluir el análisis de la regla en este apartado.

Para una adecuada comprensión del precepto es preciso señalar que los órganos jurisdiccionales competentes en materia de responsabilidad parental pueden obviamente adoptar medidas de carácter provisional y cautelar. Adicionalmente el artículo 20 del Reglamento autoriza a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor esté presente o tenga bienes a adoptar en casos de urgencia las medidas previstas en su propia legislación respecto a dichas personas o bienes. Dichas medidas dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional competente respecto al fondo adopte medidas que las sustituyan.

4. La competencia judicial internacional en materia de alimentos

Es habitual que la disolución, suspensión o anulación del vínculo conyugal desencadene una serie de reclamaciones económicas entre los cónyuges. Si existen hijos comunes la ruptura suele además implicar la atribución de la cus-

todia de los mismos a uno de los progenitores. Aunque ambos siguen estando obligados al pago de alimentos a dichos hijos, el progenitor no custodio suele tener una obligación consistente en el pago periódico de una cantidad dineraria. No son infrecuentes las disputas relativas a esa obligación.

En este apartado se estudiará la competencia judicial internacional tanto respecto a las obligaciones económicas entre los cónyuges como en relación a los hijos del matrimonio. Como ya hemos hecho en los apartados anteriores primero se procederá a la determinación del instrumento aplicable y con posterioridad se acometerá el estudio de las normas en él contenidas.

A) *El instrumento aplicable*

La competencia judicial en materia de obligaciones alimenticias se rige en el momento actual por el *Reglamento 4/2009, del Consejo, 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*. Dicho instrumento es aplicable desde el 18 de junio de 2011 (art. 76) y contiene normas de competencia que sustituyen a las disposiciones en materia de alimentos contenidas en el Reglamento 44/2001³⁵ (art. 68.1). Conforme al principio de primacía el Reglamento prevalece sobre las normas de competencia judicial de origen interno. Ha de tenerse en cuenta que al contrario de lo que ocurre en materia de separación, nulidad o divorcio o en materia de responsabilidad parental las reglas del Reglamento 4/2009 no remiten en ningún caso a las normas de competencia judicial internacional internas³⁶. Ello implica el completo desplazamiento de las disposiciones en materia de alimentos contenidas en la LOPJ.

De acuerdo con el artículo 69, el Reglamento 4/2009 no afecta a la aplicación de Convenios internacionales de los que sean parte uno o más Estados miembros y Estados terceros. En materia de competencia judicial internacional ello significa que en las relaciones con Noruega, Suiza e Islandia sigue siendo de aplicación el Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 30 de octubre de 2007. En el artículo 64 de dicho Tratado se dispone que por lo que respecta a las reglas de competencia judicial internacional el Convenio rige si el demandado estuviere domiciliado en uno de los Estados parte en los que no se apliquen los instrumentos comunitarios, esto es en Noruega, Suiza e Islandia,

³⁵ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO L*, n.º 12, de 16 de enero de 2002).

³⁶ *Infra*.

así como si se produjere una sumisión expresa o tácita a favor de los tribunales de dichos países.

En materia de competencia judicial internacional no se producen conflictos entre el Reglamento y el *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia*, pues este último instrumento, que no ha entrado todavía en vigor, no contiene reglas de competencia directas³⁷.

El Reglamento es aplicable en todos los Estados miembros. Irlanda declaró ya con anterioridad a su adopción su voluntad de participar. En el caso del Reino Unido tal declaración fue posterior, formulándose el 15 de enero de 2009. Fue aceptada mediante una decisión de la Comisión de 8 de junio de 2009 de forma que, pese al tenor literal del apartado 47 del Preámbulo, el instrumento también es aplicable en el Reino Unido. También Dinamarca está vinculada al Reglamento. A pesar de que de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en principio en los instrumentos adoptados en materia de cooperación civil, celebró un Acuerdo con la Comunidad Europea el 19 de octubre de 2005³⁸ en virtud del cual las disposiciones del Reglamento 44/2001 (Bruselas I) se aplican en Dinamarca. En el artículo 3.º, apartado 2.º de dicho Acuerdo se dispuso que cuando se adoptaran modificaciones de dicho Reglamento, Dinamarca notificaría a la Comisión su voluntad de aplicar o no tales modificaciones. Dicha situación se produjo al promulgarse el Reglamento 4/2009, pues como hemos visto este instrumento sustituye a las reglas de competencia del Reglamento Bruselas I. Dinamarca decidió acogerse a las modificaciones que en materia de competencia judicial internacional supone el nuevo Reglamento 4/2009 respecto al Reglamento 44/2001³⁹.

Desde un punto de vista material el Reglamento se aplica a las obligaciones alimenticias derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad (art. 1.1). Aunque el concepto de alimentos no se define en el texto legal, el apartado 11 del Preámbulo especifica que a los fines del Reglamento el concepto de «obligación de alimentos» debe interpretarse de forma autónoma. No son, por tanto, relevantes las categorizaciones del Derecho interno de los Estados miembros pues la definición ha de ser una definición común.

Existen varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia en relación a las normas en materia de alimentos del Reglamento 44/2001 y de su antecesor el Convenio de Bruselas de 1968 que siguen siendo relevantes. Según el Tribunal comunitario lo importante es la función de la obligación, de forma que todas

³⁷ El texto del Convenio y una traducción al español del mismo puede consultarse en www.hcch.net.

³⁸ DO L 299, de 16 de noviembre de 2005.

³⁹ DO L 149, de 12 de junio de 2008.

las obligaciones que se establezcan teniendo principalmente en cuenta las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor han de calificarse a los efectos del Derecho comunitario como obligaciones de alimentos⁴⁰. La *prestation compensatoire* del artículo 270 del Código civil francés se incluiría dentro de tales obligaciones a pesar de que como la institución homónima del Derecho español se establezca para corregir los desequilibrios que en el nivel de vida de los cónyuges produce la ruptura. Es, por otro lado, irrelevante de cara a la calificación de la obligación que el pago de la misma se produzca con carácter periódico o de una sola vez ni que el pago de la misma sea en dinero o en especie. Por ese motivo la atribución del uso del domicilio conyugal podría también incluirse dentro del concepto de obligación de alimentos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 del Reglamento la obligación de alimentos ha de tener su causa en una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad. El Reglamento no es, por tanto, aplicable a las obligaciones de alimentos que tienen su causa en la comisión de un ilícito o las que tienen causa contractual, salvo que el contrato se limite a concretar los detalles de una obligación legal establecida en virtud de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad⁴¹.

Las obligaciones de alimentos derivan de una relación matrimonial tanto si se sustancian con anterioridad a la disolución del vínculo matrimonial como si surgen con posterioridad entre cónyuges divorciados. Se discute si las obligaciones de alimentos entre cónyuges o ex cónyuges del mismo sexo derivan del matrimonio. Como ya veíamos con anterioridad⁴² probablemente la interpretación más ajustada al actual estado de evolución del Derecho comunitario es la que en esta materia permite a cada Estado miembro mantener su propio concepto de matrimonio. Por tanto, para el aplicador del Derecho español no sería relevante si el matrimonio es entre personas de diferente o del mismo sexo; en ambos casos la obligación de alimentos derivaría del vínculo matrimonial.

Entre las obligaciones de alimentos derivadas del parentesco hay que incluir especialmente las que surgen como consecuencia de un vínculo de filiación tanto respecto a ascendentes como en relación a descendientes. Es indiferente que la filiación sea biológica o adoptiva. También se han de considerar

⁴⁰ STJCE de 27 de febrero de 1997, asunto C-220/95, *Van den Boogaard* y STJCE de 6 de marzo de 1980, asunto 120/79, *De Cavel*.

⁴¹ En la doctrina se ha defendido asimismo la aplicabilidad del Reglamento a los contratos en los que se establecen obligaciones de alimentos en virtud de una relación familiar, de parentesco matrimonio o afinidad, aunque la ley no establezca dicha obligación, pues dicha interpretación no es contraria al tenor literal de la norma y se evita así la necesidad de determinar la ley aplicable a dicha obligación a los efectos de comprobar si se trata o no de una obligación establecida por ministerio de la ley, cuando se trata simplemente de determinar si es o no aplicable el Reglamento.

⁴² *Supra*.

derivadas del parentesco las obligaciones de alimentos entre hermanos; en cambio cuando se refieren a los hermanos del cónyuge las obligaciones de alimentos derivan de una relación de afinidad.

En el artículo 1.1 del Reglamento se añade que el instrumento es además también aplicable a las obligaciones basadas en una relación familiar. En principio dicho concepto no incluye a las relaciones matrimoniales, a las relaciones de parentesco y a las relaciones de afinidad, pues para las mismas ya se utilizan estos conceptos. Ni el texto del Reglamento ni el Preámbulo del mismo contienen ninguna especificación adicional. Parece, no obstante, posible incluir en la categoría de obligaciones de alimentos derivadas de relaciones familiares a las existentes entre miembros de parejas de hecho, miembros de parejas registradas así como las obligaciones en relación a menores que hayan convivido con el deudor de alimentos en el seno de una familia reconstituida. Este último es el aspecto que podría ser de interés en el contexto que nos ocupa.

B) *Las normas de competencia judicial internacional*

Entre las normas de competencia judicial internacional en materia de alimentos especialmente relevantes en el marco de una ruptura matrimonial ha de destacarse la posibilidad de que los cónyuges o ex cónyuges convengan que sea competente para resolver sus litigios en materia de alimentos el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial [art. 4.1.c.i)]. Esta posibilidad de prorrogación de foro favorece la concentración de los litigios frente a un mismo órgano jurisdiccional y contribuye, por tanto, a una reducción de costes. El convenio habrá de celebrarse por escrito, considerándose hecho por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcionen un registro duradero del acuerdo (art. 4.2). Cabe asimismo que el acuerdo atributivo de competencia atribuya el conocimiento del asunto al órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual común siempre que la misma haya durado al menos un año [art. 4.1.c.ii)].

Los acuerdos atributivos de competencia no son, sin embargo, posibles respecto a los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de personas menores de dieciocho años (art. 4.3), en el apartado 19 del Preámbulo se justifica tal exclusión a fin de garantizar la protección de la parte débil. Por consiguiente son aplicables respecto a menores y en caso de falta de acuerdo entre los cónyuges las reglas generales del Reglamento establecidas en los artículos 3 y 5. De conformidad con esta última disposición se establecen varios foros alternativos, entre los cuales puede elegir el demandante. La acción en materia de alimentos puede, en efecto, interponerse ante *a)* el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o *b)* ante el órgano ju-

jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o ante c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

Nuevamente puede advertirse que el demandante tiene en su mano conseguir la concentración del litigio pues puede decidir acudir a los tribunales competentes en materia de separación, nulidad o divorcio o ante los tribunales que han de decidir respecto a la guarda y custodia de los hijos menores. Pero como ya hemos visto con anterioridad la concentración del litigio no se erige en un valor absoluto, sino que es simplemente una opción que coexiste con la posibilidad de interposición de la demanda bien ante el foro de la residencia habitual del demandado bien ante el foro de la residencia habitual del demandante. En el caso tipo en el que el actor es el acreedor de alimentos, el foro de la residencia habitual del demandante tiene la gran ventaja de coincidir en la mayoría de los supuestos con el *locus executionis*, pues el demandado deudor es más probable que tenga bienes embargables en dicho lugar que en cualquier otro. A su vez el foro de la residencia habitual del demandante tiene ventajas de acceso para el acreedor de alimentos y por tanto se configura como un foro particularmente protector de la parte débil. Corresponde en definitiva al demandante elegir si el interés de concentración del litigio prevalece sobre las facilidades de acceso o las ventajas de interponer la demanda allí donde el deudor de alimentos tiene bienes.

Existe, además, la posibilidad de la sumisión expresa. El artículo 5 del Reglamento dispone que, con independencia de los casos en los que su competencia resultare de otras disposiciones del presente Reglamento, es competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que compareciere el demandado. Esta regla no es de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia. Curiosamente la posibilidad de sumisión tácita se aplica respecto a todas las obligaciones de alimentos comprendidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento sin distinción. Por tanto, existe también aunque la obligación de alimentos se refiera a menores de dieciocho años lo que resulta incoherente pues en dichos supuestos no cabe la sumisión expresa que al vehicularse necesariamente a través de un acuerdo escrito parece ofrecer mayores garantías respecto a la protección de la parte débil. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la sumisión tácita se produce necesariamente respecto a controversias ya existentes y al depender de actuaciones procesales siempre se produce cuando las partes disponen de asistencia letrada, mientras que la sumisión expresa puede referirse a controversias futuras. Ello podría justificar una mayor liberalidad en la regulación de la sumisión tácita.

Finalmente ha de hacerse mención de la regla de competencia subsidiaria establecida en el artículo 6 así como del *forum necessitatis* del artículo 7. En el artículo 6 se dispone que si ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente conforme a las disposiciones de los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento 4/2009 y el Convenio de Lugano⁴³ no atribuye competencia a los tribunales de un Estado parte en dicho instrumento son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que las partes tengan la nacionalidad común. Aunque el Reglamento nada dice al respecto los supuestos de doble nacionalidad han de resolverse conforme a las reglas que derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Haddadi*⁴⁴. Si las partes son nacionales de dos o más Estados miembros no es conforme al Derecho comunitario que una nacionalidad prevalezca sobre las demás ni que se exijan vínculos adicionales para atribuir la competencia a los tribunales de un Estado miembro cuya nacionalidad ostentan las partes (criterio de la nacionalidad efectiva). Por tanto, la demanda puede interponerse frente a los tribunales de cualquiera de los Estados miembros cuya nacionalidad ostentan las partes.

Si ningún tribunal de un Estado miembro es competente según los criterios establecidos en los artículos 3, 4, 5 y 6 cabe la posibilidad de que a título excepcional puedan conocer los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro con el que el litigio guarde una conexión suficiente siempre que no pueda introducirse o llevarse a cabo o resulte imposible un procedimiento en un Estado tercero con el que el litigio guarde relación. Se introduce mediante esta disposición un foro de necesidad para evitar en el caso concreto situaciones de denegación de justicia.

Como ya se ha indicado con anterioridad⁴⁵ la regulación del Reglamento 4/2009 en materia de competencia judicial internacional es una regulación completa que excluye cualquier remisión a las normas internas de competencia judicial internacional. Ello significa que pese a que las mismas no se hayan formalmente derogado en la práctica cesan de ser aplicables en todos los supuestos cubiertos por el ámbito de aplicación material del Reglamento.

C) *Las normas de aplicación de las reglas de competencia judicial internacional*

Al igual que ocurría en el Reglamento 2201/2003 también el Reglamento 4/2009 contiene reglas de verificación de la competencia, reglas respecto a la incomparecencia del demandado con residencia en un Estado distinto de aquel

⁴³ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (*DO* L 339, de 21 de diciembre de 2007). Este Convenio rige en las relaciones con Islandia, Noruega y Suiza.

⁴⁴ *Supra*.

⁴⁵ *Supra*.

en el que se ha ejercitado la acción de reclamación de alimentos así como disposiciones en materia de litispendencia y conexidad.

Se dispone en primer lugar en el artículo 10 que el órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda ha de efectuar un control de oficio de su competencia judicial internacional, debiendo declararse incompetente si ninguna de las disposiciones comunitarias le atribuye el conocimiento del asunto.

La regla del artículo 11 del Reglamento 4/2009 es sustancialmente idéntica a la contenida en el artículo 18 del Reglamento 2201/2003. Cuando el demandado con residencia habitual en un Estado distinto de aquel que conoce del asunto no comparece debe suspenderse el procedimiento hasta que se demuestre que se le ha notificado la demanda o documento equivalente con antelación suficiente para que pudiera defenderse o que se han tomado todas las diligencias a fin de proceder a dicho acto de notificación. Cuando el demandado resida en un Estado miembro es aplicable el artículo 19 del Reglamento 1393/2007, si el escrito de demanda hubiere de haber sido notificado a un Estado no miembro parte del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, rige el artículo 15 de dicho Tratado. Con estas cautelas se busca evitar que el demandado pueda con posterioridad alegar indefensión y oponerse con dicha base al reconocimiento y ejecución de la sentencia que eventualmente pudiera resultar del procedimiento iniciado.

La regla de litispendencia establecida en el artículo 12 recoge el criterio del *prior tempore*. Si se interpone una demanda con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, su conocimiento corresponderá a los tribunales frente a los que se haya acudido en primer lugar. Adicionalmente el artículo 13 contiene una regla de conexidad. Se consideran demandas conexas las vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente. Cuando demandas conexas estuvieran pendientes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior tiene la potestad de suspender el proceso. Asimismo, cualquiera de los órganos jurisdiccionales a los que se hayan presentado las demandas posteriores puede inhibirse, a instancia de una de las partes, a condición de que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la primera demanda fuere competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación. Esta regla sólo rige en relación de demandas conexas pendientes en primera instancia.

5. La competencia judicial internacional en materia de régimen económico matrimonial

Como ya se señalaba en la Introducción en materia de régimen económico matrimonial no existe en el momento normativa comunitaria que establezca reglas de competencia judicial internacional. Ello implica que rijan en esta mate-

ria las normas de competencia judicial internacional internas de la LOPJ. Está, no obstante, en preparación un Reglamento en materia de régimen económico matrimonial. Examinaremos por tanto sucesivamente el Derecho vigente y la propuesta de la Comisión en materia de régimen económico matrimonial.

A) *Las normas de la LOPJ*

En ausencia de Tratado o Reglamento comunitario aplicable en la materia ha de estarse a las normas de competencia judicial internacional contenidas en el artículo 22 de la LOPJ. En el apartado 3.º de ese precepto se atribuye a los Juzgados y tribunales españoles el conocimiento de las controversias relativas a las relaciones patrimoniales entre cónyuges en dos supuestos, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o si el demandante es español y tiene su residencia habitual en nuestro país. El primer foro coincide con el establecido en el artículo 3.a) primer inciso del Reglamento 2201/2003 respecto a la separación, la nulidad y el divorcio, lo que permitirá a las partes resolver en un mismo proceso ambas cuestiones, siempre que, claro está, hayan optado por interponer la demanda de divorcio, separación y nulidad ante los tribunales españoles, pues caben otras posibilidades, que ya hemos examinado. También cabe, como hemos visto interponer la acción de separación, nulidad y divorcio en España, conforme al Reglamento Bruselas II bis, si el demandante es español, de acuerdo con la norma de competencia establecida en el último inciso del artículo 3.a) del Reglamento. Existe únicamente una pequeña diferencia entre ambas normas, pues el Reglamento exige un período de residencia habitual de seis meses y en la LOPJ no se establece período alguno, si bien se exige la residencia habitual en España del demandante.

B) *La Propuesta de Reglamento en materia de régimen económico matrimonial*

La Propuesta de Reglamento contiene normas de competencia judicial internacional en materia de régimen económico matrimonial. Este concepto se define de forma autónoma como el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros (art. 2). Adicionalmente en los Comentarios a los artículos contenidos en la Propuesta y en el apartado 11 del Preámbulo se especifica que el concepto de régimen económico matrimonial debe interpretarse de forma autónoma y abarcar tanto los aspectos de gestión cotidiana de los bienes de los cónyuges como los relativos a su liquidación como consecuencia de la separación de los cónyuges o del fallecimiento de un cónyuge.

La Propuesta de Reglamento contiene normas de competencia judicial internacional que posibilitan que las controversias en materia de régimen económico

matrimonial relacionadas con un procedimiento de separación, nulidad o divorcio sean dirimidas por los tribunales que conocen de estas controversias. Así, el artículo 4 dispone que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro ante los que se interponga una demanda de divorcio, separación o anulación del matrimonio en aplicación del Reglamento (CE) número 2201/2003 también son competentes, con el acuerdo de los cónyuges, para conocer de las cuestiones de régimen económico matrimonial relacionadas con dicha demanda. También cabe acordar que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley haya sido elegida como ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de conformidad con los artículos 16 y 18 del Reglamento⁴⁶, sean competentes para conocer de las cuestiones relativas a su régimen económico matrimonial.

Por consiguiente nuevamente está en manos de las partes conseguir la concentración de la controversia y la reducción de costes que ésta conlleva eligiendo que la misma sea dirimida por los tribunales del divorcio, separación o nulidad o evitar la aplicación de Derecho extranjero estipulando el paralelismo entre competencia judicial internacional o ley aplicable. Se permite a los cónyuges celebrar el acuerdo en cualquier momento, exigiéndose únicamente que el acuerdo se formule por escrito, se feche y firme por ambas partes. También cabe llegar al acuerdo de prorrogación de foro una vez iniciado el procedimiento, en cuyo caso ya no es preceptiva la forma escrita, pues se entiende que al intervenir las autoridades judiciales queda ya suficientemente garantizada la existencia de acuerdo.

En los supuestos de falta de acuerdo, la competencia judicial se determina conforme al artículo 5 de la Propuesta de Reglamento. Son competentes para conocer de los procedimientos relativos al régimen económico matrimonial de los cónyuges, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro *a)* de la residencia habitual común de los cónyuges, o en su defecto *b)* del último lugar de residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o en su defecto *c)* del lugar de residencia habitual del demandado, o en su defecto *d)* de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, de su domicilio común. Si comparamos estos criterios de competencia con los establecidos en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 se advierte fácilmente que existen semejanzas y que por tanto puede ocurrir que los jueces competentes respecto al divorcio sean también competentes para liquidar el régimen económico matrimonial, pese a la falta de acuerdo de los esposos. Si, por ejemplo, el divorcio se solicita frente a los tribunales correspondientes a la residencia habitual de los cónyuges éstos también serán competentes para proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial.

A semejanza del Reglamento 4/2009 la Propuesta de Reglamento en materia de régimen económico matrimonial contiene reglas de competencia subsidiaria

⁴⁶ *Infra*.

y establece un *forum necessitatis*, lo que excluye que se recurra a las normas de competencia judicial internas. Por consiguiente de adoptarse la Propuesta las normas de la LOPJ dejarán de ser aplicables en esta materia, aunque no se deroguen formalmente en el momento en el que el Reglamento sea aplicable.

Así, el artículo 6 de la Propuesta dispone que cuando ningún órgano jurisdiccional sea competente en virtud de los artículos 3, 4 y 5, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en la medida en que el bien o los bienes de uno o ambos cónyuges se encuentren en el territorio de dicho Estado miembro, en cuyo caso el órgano jurisdiccional al que se someta el asunto sólo deberá pronunciarse sobre este bien o estos bienes. Esto significa que si los cónyuges tuvieren bienes en otros Estados el procedimiento de liquidación se fraccionará, produciéndose una multiplicidad de procedimientos.

Finalmente, el artículo 7 contiene un foro de necesidad. Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos 3, 4, 5 o 6, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, con carácter excepcional y siempre que el asunto tenga un vínculo suficiente con este Estado miembro, podrán pronunciarse sobre el régimen económico matrimonial si el procedimiento resultara imposible o no pudiera iniciarse o proseguirse en un tercer Estado.

III. LA LEY APLICABLE

1. Introducción

Una vez se ha establecido la competencia judicial de los tribunales españoles en materia de separación, nulidad y divorcio o en relación a los efectos derivados de la ruptura de pareja en los ámbitos de la responsabilidad parental (guarda y custodia) respecto a los hijos comunes, las obligaciones de alimentos y el régimen económico matrimonial, la siguiente cuestión que se plantea es la determinación de la ley rectora de cada una de estas cuestiones. Nuestro sistema de Derecho internacional privado admite, en efecto, que el juez español competente aplique Derecho extranjero siempre que la norma de conflicto aplicable conduzca a dicho resultado.

Como ya hemos visto ocurre en relación a la competencia judicial internacional, la primera dificultad que se suscita es la determinación del instrumento rector. En materia de separación y divorcio rige en España el denominado Reglamento Roma III⁴⁷ que contiene normas de conflicto universales,

⁴⁷ Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343, de 29 de diciembre de 2010).

aplicables sin ninguna condición de reciprocidad aunque la ley designada sea la ley de un Estado no parte en dicho instrumento. Como consecuencia no es ya aplicable en la materia el artículo 107.2 CC. Sin embargo, la ley rectora de la nulidad sigue siendo determinada en virtud de la regla establecida en el artículo 107.1 CC, habida cuenta que el Reglamento Roma III no se refiere a la nulidad. En materia de responsabilidad parental no existe normativa comunitaria en el sector de la ley aplicable. Es aplicable el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores y en la medida en la que este instrumento no lo sustituya el Convenio de La Haya de 1961⁴⁸. Respecto a las obligaciones de alimentos el Reglamento 4/2009 remite al Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 23 de noviembre de 2007⁴⁹, que fue ratificado por la Unión Europea el 8 de abril de 2010. A pesar de que este instrumento no ha entrado todavía en vigor, con ocasión de su ratificación, la Unión Europea declaró su voluntad de aplicar dicho instrumento provisionalmente a partir del 18 de junio de 2011, fecha de la entrada en vigor del Reglamento. En las relaciones entre Estados contratantes sigue no obstante siendo de aplicación el Convenio de La Haya de 1973⁵⁰. Finalmente en el ámbito del régimen económico matrimonial no está en estos momentos en vigor ningún instrumento comunitario, por lo que el Derecho aplicable se determina a partir de las normas de conflicto contenidas en el artículo 9.2 y 3 CC. Existe sin embargo un Proyecto de Reglamento comunitario que también será objeto de comentario.

Antes de adentrarnos en el estudio de cada uno de estos instrumentos y de las normas contenidas en los mismos, es oportuno un comentario general acerca de las relaciones entre las normas comunitarias y las normas nacionales e internacionales. Las normas de conflicto contenidas en instrumentos comunitarios e internacionales son en el momento actual preponderantemente normas de conflicto universales o *erga omnes*. Esto significa que dichas normas se aplican siempre, aunque remitan al Derecho de un Estado no parte del Convenio en cuestión. Como consecuencia las normas de conflicto internas no tienen ocasión de ser aplicadas. A pesar de estar formalmente en vigor, materialmente han sido sustituidas por disposiciones contenidas en fuentes que se imponen en virtud de los principios de primacía o jerarquía normativa. Por consiguiente, no es conforme a Derecho la determinación de la ley aplicable en virtud de normas de Derecho internacional privado autónomo.

⁴⁸ Convenio sobre competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (*BOE* n.º 199, de 20 de agosto de 1987).

⁴⁹ Este Protocolo fue ratificado por la Unión Europea como consecuencia de la Decisión de 30 de noviembre de 2009 y por consiguiente no se ha publicado en el *BOE*.

⁵⁰ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 (*BOE* n.º 222, de 16 de octubre de 1986).

Las difíciles relaciones entre las normas europeas y las normas internacionales también se explican por la naturaleza de las normas de conflicto universales. Cuando está en vigor una norma de conflicto universal dicha norma por su propia naturaleza ocupa todo el espacio y sólo puede ser sustituida y quedar sin efecto si se promulga otra. Por consiguiente, salvo que se pretenda dicho efecto no queda otra opción que la abstención. Ello explica que el legislador comunitario haya optado por remitir al Protocolo de La Haya de 2007 al dictar el Reglamento 4/2009, pues de haber dictado normas de conflicto propias habría puesto en peligro la codificación internacional. Ello implica sin embargo que la norma comunitaria sea una norma compleja y de difícil lectura, caracterizada por un juego de remisiones que no resulta de fácil manejo⁵¹.

Conviene asimismo hacer mención en esta introducción al hecho de que ni la codificación europea ni la codificación internacional altera en el momento actual el sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero vigente en los distintos Estados. En el caso español la base de dicho sistema es el impulso de parte. Ello altera el juego de la norma de conflicto pues de resultar aplicable Derecho extranjero finalmente su efectiva aplicación acaba dependiendo de la voluntad de las partes. Conforme a la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo si las partes no alegan la aplicación de Derecho extranjero procede la aplicación del Derecho del foro, siendo indiferente que el mandato de aplicación de la ley extranjera provenga de una norma interna, internacional o europea. Este resultado, que es hoy por hoy uno de los más importantes déficits de la codificación europea⁵² e internacional, debe no obstante matizarse cuando el Derecho extranjero ha sido alegado por las partes pero resulta insuficiente la prueba aportada, pues en dicho supuesto el juez tiene conforme al artículo 281.2 de la LEC la posibilidad de valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Pese a que esta disposición está formulada en términos que implican un grado de discrecionalidad por parte del juzgador entendemos que si el mandato de aplicación del Derecho extranjero tiene un origen internacional o europeo resulta exigible un plus de actividad pues en definitiva el propósito de la codificación europea o internacional es garantizar que se aplique un mismo Derecho material, independientemente de cuál sea la autoridad competente. El objetivo de la armonía internacional de soluciones obliga así a jueces y tribunales a agotar las posibilidades de dar cumplimiento al mandato de aplicación de Derecho extranjero derivado de la norma de conflicto contenida en un instrumento europeo o internacional.

⁵¹ Cfr. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «The unification of Private international Law in Europe: a success story?», en K. BOELE- WOELKI, *The future of family property in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2011, pp. 329-340.

⁵² Cfr. C. ESPLUGUES MOTA, «Harmonization of Private international law in Europe and application of foreign law: the “Madrid Principles” of 2010», *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 273-297.

2. La ley aplicable en materia de separación y divorcio

Nuevamente distinguiremos, como hemos hecho en relación a la competencia judicial internacional, entre el instrumento aplicable, las normas sobre la ley aplicable contenidas en el mismo y las normas de aplicación de dichas normas.

A) *El instrumento aplicable*

El 29 de diciembre de 2010 se publicó en el Diario Oficial el *Reglamento (UE) número 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*, también denominado Reglamento Roma III. Concluye mediante su adopción un proyecto de gestación compleja, que ha tenido la particularidad de activar por primera vez el mecanismo de la cooperación reforzada previsto en los artículos 20 TUE y 326 a 334 TFUE. Se produce, por tanto, en esta materia una fragmentación adicional en el sistema de fuentes del Derecho internacional privado comunitario, puesto que el Reglamento además de no vincular a Dinamarca⁵³, al Reino Unido e Irlanda⁵⁴, sólo rige en los catorce Estados miembros participantes, esto es, en Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia. En estos Estados el Reglamento se aplica desde el 21 de junio de 2012. Al contener normas de conflicto universales (art. 4) cesan de aplicarse las disposiciones contenidas en el Derecho internacional privado autónomo, en el caso español, en el artículo 107.2 CC. En cambio dichas normas autónomas siguen siendo de aplicación en los Estados miembros no participantes.

La cooperación reforzada es un mecanismo previsto en los Tratados para cualquiera de los ámbitos del Derecho comunitario, con excepción de los de competencia exclusiva y de la política exterior y de seguridad común. Como indica el artículo 20 del TUE, su finalidad es impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar el proceso de integración (art. 20.2 TUE) en aquellos casos en que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto (art. 20.3

⁵³ En virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción de las normas en materia de cooperación civil ni queda vinculada por ellas.

⁵⁴ De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda y el Reino Unido tienen reconocido el derecho del denominado *opt-in*, que les permite en cada caso decidir si participan y quedan vinculados por las normas comunitarias en materia de cooperación civil.

TUE), permitiendo a un grupo de al menos nueve Estados miembros adoptar medidas legislativas que no vinculen a los demás Estados miembros. Se trata de un mecanismo ciertamente contradictorio puesto que permite avanzar en la senda de la integración al precio de generar una fragmentación entre los Estados miembros. Los instrumentos adoptados a través de dicho mecanismo no forman en puridad parte del acervo comunitario y, por consiguiente, no deben ser aceptados por los Estados candidatos a la adhesión que podrán, no obstante, como el resto de los Estados miembros, adoptarlos cumpliendo con determinadas condiciones.

La cooperación reforzada se desencadena como consecuencia de una situación de bloqueo. La Comisión había propuesto el 17 de junio de 2006, un Reglamento destinado a modificar el Reglamento 2201/2003, reformando los criterios de competencia judicial internacional contenidos en dicho instrumento para la separación judicial, la nulidad y el divorcio y añadiendo normas en materia de Derecho aplicable respecto a dos de estas materias, la separación y el divorcio⁵⁵. Tras dos años de negociaciones el Consejo celebrado en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio de 2008 concluyó que existían dificultades insuperables que hacían imposible la consecución de la unanimidad necesaria para la adopción del texto. A partir de esta constatación un grupo de Estados miembros entre los que se encontraba España⁵⁶ solicitó a finales de julio de 2008 la activación, por primera vez desde su introducción en el Derecho comunitario, de los mecanismos de cooperación reforzada. Tras un período inicial en el que dicha petición no obtuvo respuesta, el proyecto se desatascaría en el primer semestre de 2010, durante la presidencia española, cuando se autorizó una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación legal. Como consecuencia fue, sin embargo, necesario renunciar a la reforma de las normas de competencia judicial internacional, pues uno de los límites de la cooperación reforzada es que ésta no puede afectar al acervo.

Vale la pena detenerse en las razones de esta situación de bloqueo, que por otra parte no se produce por primera vez en el sector del Derecho de familia aunque anteriormente fuera superada⁵⁷, puesto que han influido, como veremos, en el texto final del Reglamento. Esencialmente los Estados miembros

⁵⁵ 2006/0135 (CNS).

⁵⁶ Los demás Estados miembros que solicitaron a la Comisión la preceptiva solicitud para instaurar una cooperación reforzada en materia de ley aplicable fueron Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia (aunque posteriormente retiró la solicitud), Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia.

⁵⁷ La unanimidad fue de muy difícil consecución por lo que respecta a la sustracción internacional de menores, materia que finalmente se pudo incluir en el Reglamento 2201/2003, gracias a un compromiso político que explica el difícil régimen de la sustracción internacional de niños en el Derecho comunitario. Cfr. *inter alia* P. McELEVAY, «The new Child Abduction Regime in the European Community: Symbiotic Relationship and Forced Partnership?», *Journal of Private International Law*, 2005, pp. 5-34.

opuestos a la adopción del Reglamento Roma III pueden dividirse en tres grupos. Un primer grupo, liderado por Suecia y Finlandia, mostraba una preferencia acusada por la aplicación de la *lex fori* en materia de separación y divorcio⁵⁸. Otro se oponía a la adopción de normas en el sector de la ley aplicable al divorcio y la separación en virtud de consideraciones políticas internas. Un tercer grupo de Estados se opuso a la utilización del mecanismo de la cooperación reforzada por entender que se creaba un peligroso precedente. Examinaremos sucesivamente las tres posiciones.

Los Estados partidarios de la aplicación de la *lex fori* esgrimieron dos consideraciones. De una parte, la aplicación de la *lex fori* permite eludir las dificultades inherentes a la aplicación del Derecho extranjero. En un contexto en el que los divorcios y separaciones judiciales son numerosos y existe un número creciente de matrimonios con elemento de extranjería no se trata de una cuestión baladí, máxime cuando resulta fundamental de cara al derecho a la tutela judicial efectiva que las controversias en estas materias se resuelvan con cierta celeridad y los recursos de la Administración de justicia son escasos.

La preferencia por la aplicación de la *lex fori* no se fundamenta, no obstante, exclusivamente en consideraciones relacionadas con la buena Administración de Justicia, sino que guarda asimismo relación con consideraciones de tipo sustantivo⁵⁹. La aplicación del Derecho del foro posibilita al Estado la defensa de su particular concepción del matrimonio y de la ruptura matrimonial en todos los supuestos que se plantean ante sus autoridades. Para un Estado miembro como Suecia en el que el acceso al divorcio se vincula directamente con el libre desarrollo de la personalidad y cabe, por tanto, predicar la existen-

⁵⁸ En este grupo se integraban también Chipre, el Reino Unido e Irlanda que como Estados de *common law* se oponen con carácter general a la aplicación de Derecho extranjero en materia de Derecho de familia [al respecto, *vid.* M. THORPE, «Financial consequences of divorce: England versus the rest of Europe», en K. BOELE-WOELKI, J. MILES y J. M. SCHERPE (eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Amberes, 2011, pp. 3-14]. No fueron sin embargo el Reino Unido e Irlanda quienes asumieron la defensa de la aplicación de la *lex fori* pues poco después de la publicación de la primera propuesta de la Comisión del año 2006 comunicaron que no participarían en un instrumento sobre la ley aplicable al divorcio (A. FIORINI, «Harmonizing the law applicable to divorce and legal separation-enhanced cooperation as the way forward?», *ICLQ*, vol. 59, octubre de 2010, pp. 1143-1153, p. 1144). Los partidarios de la *lex fori* más combativos fueron Suecia y Finlandia. A los países escandinavos se unió Holanda que pese a que formalmente aplicaba al divorcio el Derecho de la nacionalidad de las partes había comprobado a través de un estudio empírico la acusada aplicación de la *lex fori* en la práctica. Esto condujo a una reforma de las normas de Derecho internacional privado autónomo que en la actualidad establecen que como regla se aplica la *lex fori* salvo que los cónyuges opten por la aplicación del Derecho de la nacionalidad común. Cfr. K. BOELE-WOELKI, «For better or for worse: The Europeanization of international divorce law», *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, p. 27.

⁵⁹ A. FIORINI, «Rome III- Choice of law in Divorce: is the Europeanization of Family law going too far?», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2008, pp. 192 ss.

cia de un auténtico «derecho» al divorcio, es, por ese motivo, inadmisibles que el acceso al divorcio pueda verse condicionado o limitado por la aplicación de un Derecho extranjero menos liberal⁶⁰. A este respecto ha de tenerse en cuenta que el carácter universal de las normas de conflicto propuestas y finalmente adoptadas implica que pueda resultar aplicable no únicamente el Derecho de otro Estado de la Unión, sino también el Derecho de un Estado tercero. Preocupaba en especial la aplicación del Derecho islámico.

Ambos argumentos son en mi opinión argumentos de peso que han influido en la norma finalmente adoptada. Se ha favorecido, como veremos, el paralelismo entre el *ius* y el *forum* lo que implica que la ley rectora sea en muchas ocasiones la ley del foro. Por otro lado, el Reglamento permite en su artículo 10 aplicar la ley del foro cuando la ley extranjera determinada conforme a sus disposiciones no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. Por tanto puede decirse que el texto finalmente adoptado busca una solución de compromiso y tiene en cuenta las preocupaciones de los Estados partidarios de la aplicación de la *lex fori*, que no obstante, han preferido permanecer al margen del texto adoptado.

Como se ha señalado con anterioridad un segundo grupo de Estados se opuso al Reglamento Roma III por consideraciones de política interna. La República checa, por ejemplo, adoptó la decisión de no apoyar el Reglamento en virtud de posiciones anti-europeístas que asimismo motivaron la posición contraria de Lituania⁶¹. En el caso de Grecia, que inicialmente suscribió la petición de activación del mecanismo de la cooperación reforzada y posteriormente se retiró, fue la crisis económica y la supresión de la comisión encargada del seguimiento de las negociaciones lo que fue decisivo⁶². Finalmente en el caso de Polonia parece que fue relevante la cuestión de la aplicabilidad del Reglamento a los matrimonios de personas del mismo sexo. A pesar de que como veremos el texto finalmente adoptado no obliga a los Estados miembros que no han abierto el matrimonio a parejas del mismo sexo a reconocer a los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero, no se consiguieron vencer las resistencias polacas.

Algunos Estados miembros se mostraron especialmente críticos respecto a la oportunidad de activar por primera vez en la historia del Derecho comunitario el mecanismo de la cooperación reforzada. Arguyeron que la materia no era de hecho lo suficientemente significativa como para justificar el abandono de la regla de la unanimidad. La utilización de la cooperación reforzada para la adopción del Reglamento Roma III ha sentado, en efecto, un peligroso precedente. España y también Italia pronto lo sufrirían. Durante largo tiempo el proyecto de creación

⁶⁰ M. JÄNTERÄ-JAREBORG, «Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Divorce Cases in Europe», en J. BASEDOW, H. BAUM y Y. NISHITANI (eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, 2008, pp. 317-343, p. 340.

⁶¹ K. BOELE-WOELKI, «For better...», p. 27.

⁶² K. BOELE-WOELKI, «For better...», p. 28.

de la patente comunitaria estuvo encallado por divergencias relacionadas con el régimen lingüístico. Según la patronal española CEOE la marginación del español perjudica a las empresas españolas⁶³. Sin embargo, la situación de bloqueo podrá ahora encontrar una salida mediante el mecanismo de la cooperación reforzada⁶⁴ y no parece que el recurso presentado por España frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga visos de prosperar, máxime cuando el mecanismo de la cooperación reforzada ya fue aceptado en relación al Reglamento Roma III y recibió el apoyo de la presidencia española del Consejo.

B) *Las normas sobre la ley aplicable*

El Reglamento 1259/2010 contiene normas de conflicto que se aplicarán a las demandas interpuestas de separación y divorcio interpuestas después del 21 de junio de 2012. En el apartado 2.º del artículo 1 del Reglamento se excluye la aplicación del Reglamento a cuestiones como la capacidad jurídica de las personas físicas, la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio, la nulidad matrimonial, el nombre y apellido de los cónyuges, las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales, la responsabilidad parental, las obligaciones de alimentos o los *trusts* o sucesiones, aun cuando tales materias se susciten en el contexto de un procedimiento de separación o divorcio. Por consiguiente, la ley aplicable a cada una de estas cuestiones se ha de determinar mediante la aplicación de las normas de conflicto europeas, convencionales, o de Derecho internacional privado autónomo rectoras de las mismas.

Las principales dudas que suscita la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III se refieren a dos cuestiones. En primer lugar, resulta dudosa la aplicación del Reglamento al divorcio o separación de los «matrimonios» de personas del mismo sexo. Existen al respecto tres posturas. Cabe defender que tales uniones quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento o que se incluyen en el Reglamento o que tal decisión depende del Derecho internacional privado del foro. Esta última interpretación es contraria a la uniformidad en la aplicación del Reglamento. Sin embargo, como hemos visto, la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio como cuestión previa al divorcio o la separación se excluye expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1.2). Por consiguiente, la cuestión preliminar se somete a las

⁶³ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Hacia la patente única por el cauce de la cooperación reforzada», *Diario La Ley*, n.º 7.558, 2011.

⁶⁴ *Vid.* la *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria* [COM(2011) 215 final]. La cooperación reforzada fue solicitada por doce Estados miembros a los que con posterioridad se adhirieron trece más. Permanecen al margen únicamente España e Italia.

normas de conflicto de la *lex fori* a las que corresponde determinar si la unión es o no un matrimonio. En caso afirmativo cabe aplicar el Reglamento, mientras que si el Estado miembro en cuestión no considera matrimonial a la unión, no está obligado a pronunciar el divorcio o separación en virtud del Reglamento. Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 13 del Reglamento, que lleva por título «diferencias en las legislaciones nacionales»⁶⁵. Dicho precepto establece que «nada de lo dispuesto en el [...] Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones [...] no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio [...]». No existe, por tanto, un concepto comunitario de matrimonio, por lo que cada Estado sigue siendo libre de delimitar el concepto autónomamente conforme a su Derecho interno. Desde la perspectiva del aplicador del Derecho español ello significa que el Reglamento se aplica, por tanto, a todos los matrimonios, pues para nuestro ordenamiento es indiferente que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo.

No es tampoco pacífico si el ámbito material de aplicación del Reglamento alcanza a los efectos personales del matrimonio. Esta cuestión ha sido especialmente analizada por la doctrina alemana en relación al denominado *Versorgungsausgleich*⁶⁶. El Derecho alemán establece en la § 1587 y siguientes del BGB un régimen especial por lo que respecta a pensiones y seguros. A fin de compensar adecuadamente al cónyuge que ha abandonado o reducido su actividad laboral como consecuencia de la dedicación al hogar y a la familia, los derechos adquiridos como consecuencia de aportaciones realizadas durante el matrimonio se reparten si el matrimonio se disuelve mediante divorcio. Los derechos de participación en pensiones y seguros se califican en el Derecho internacional privado alemán como una consecuencia o efecto personal del divorcio, regida por el artículo 17 EGBGB. En idéntico sentido se podría pensar que la pensión compensatoria del Derecho español o francés podría ser un efecto personal del matrimonio, aunque como hemos visto existe un precedente en la jurisprudencia comunitaria que la califica como una obligación de alimentos.

No parece que la intención del legislador comunitario haya sido incluir a los efectos personales del matrimonio en el ámbito de aplicación material del Reglamento. A este respecto es relevante el apartado 10.º del Preámbulo que subraya que el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma III debe ser coherente con el del Reglamento Bruselas II bis. Se añade además que el Reglamento «sólo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial» aludiéndose más específicamente a «los motivos para el divorcio y la separación judicial». Por otro lado, la *Propuesta de Reglamento relativo a la competencia*,

⁶⁵ En idéntico sentido *vid.* apartado 26 del Preámbulo.

⁶⁶ Cfr. U. P. GRUBER, «Rom III Verordnung. Anhang zu Art. 17 EGBGB», *Nomoskommen-tar*, Bd.1, Nomos, Baden-Baden, 2.ª ed., 2012, margs. 6 y 7.

la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes matrimoniales, de marzo de 2011 recoge una noción amplia de «régimen económico matrimonial» que engloba al «conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros» [art. 2.a) de la Propuesta], que podría incluir al *Versorgungsausgleich*.

a) La autonomía de la voluntad conflictual

El Reglamento Roma III establece que los cónyuges pueden designar la ley aplicable al divorcio y la separación judicial, aunque restringe la autonomía de la voluntad conflictual a la ley del Estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio, la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio, la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en el que se celebre el convenio o la ley del foro. Se trata por consiguiente de una autonomía de la voluntad conflictual limitada que permite únicamente elegir una ley estrechamente vinculada con el supuesto.

La admisión de la autonomía de la voluntad en este ámbito material tiene a nuestro entender una difícil justificación⁶⁷. En el Preámbulo del Reglamento se señala que contribuye a aumentar la flexibilidad y la seguridad jurídica requeridas por el aumento de la movilidad de los ciudadanos en la Unión Europea (apartado 15). Supuestamente la elección de la ley aplicable por los cónyuges eliminaría las incertidumbres asociadas con la determinación de la ley aplicable por parte de la autoridad competente a partir de la conexión objetiva. Sin embargo, estos supuestos beneficios deben relativizarse pues no está garantizado que el acuerdo de elección de ley sea respetado en el Estado cuyos tribunales conozcan finalmente de la disolución del vínculo conyugal. Si finalmente la controversia se plantea en un Estado miembro no parte del Reglamento o en un Estado tercero probablemente la elección de ley será ineficaz⁶⁸. No puede además excluirse que sea la propia validez del acuerdo la que plantee controversias que hayan de ser dirimidas por la autoridad competente.

Adicionalmente se ha de tener en cuenta que el aspecto que probablemente sea más decisivo para los cónyuges a la hora de la elección de ley es el contenido del Derecho material elegido. Ha de señalarse en este contexto que exis-

⁶⁷ Vid. *a sensu contrario* P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) No. 1259/2010, of 20 December 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, octubre de 2011, pp. 108 ss.

⁶⁸ P. OJEUDE PRIETO DE LOS MOZOS, «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *Diario La Ley*, n.º 7.913, 31 de julio de 2012.

ten importantes diferencias entre los ordenamientos jurídicos. Algunos Estados miembros no conocen la institución de la separación de cuerpos⁶⁹ y aunque tras la introducción del divorcio en Malta todos conocen el divorcio existen ordenamientos sumamente liberales que admiten el divorcio consensual e incluso basado en la demanda unilateral de uno de los cónyuges mientras que otros mantienen un régimen restrictivo, que puede exigir la concurrencia de culpa o el transcurso de un período más o menos largo de cese de la vida en común. A ello se añade que la facultad de elección de ley no se limita al Derecho de los Estados miembros participantes, sino que alcanza a todos los ordenamientos siempre que presenten los vínculos con el supuesto exigidos. Por tanto, la elección de ley tiene en esta materia una enorme trascendencia.

En el apartado 18 del Preámbulo del Reglamento se señala que la elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del Reglamento. Literalmente se dice que «es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable» y que «la posibilidad de elegir de común acuerdo la ley aplicable no debe afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges». A este fin se conmina a los jueces de los Estados miembros participantes para que «sean conscientes de la importancia de que los cónyuges hagan una elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable».

Sin embargo, las salvaguardas que se introducen para garantizar que el consentimiento sea informado son a todas luces insuficientes. Aunque se exige que el convenio se realice por escrito no es preceptiva la intervención de ningún profesional del Derecho que asesore a los cónyuges. Se confía en exceso en la información disponible en el sistema de información al público a través de internet, que no siempre está actualizado, y que en todo caso únicamente ofrece una información básica, cuyas implicaciones difícilmente pueden ser comprendidas por personas carentes de conocimientos especializados. Por otra parte ha de señalarse que dicho sistema no contiene información acerca de los ordenamientos jurídicos de Estados terceros que pueden asimismo ser elegidos por las partes.

El aspecto desde nuestro punto de vista más problemático es que el acuerdo de elección de ley puede celebrarse en cualquier momento, incluso cuando el divorcio o separación conyugal son meramente hipotéticos. En ese momento no cabe esperar una conducta cautelosa por parte de los cónyuges. Si en ese momento se han decantado por elegir la ley nacional de uno de ellos y se trata por ejemplo de una ley muy restrictiva y con posterioridad, al cabo de años o incluso décadas desean liberarse de las ataduras que ello implica, será necesario un nuevo acuerdo sustitutivo del anterior. Ello implica que, de no mediar acuerdo, el cónyuge que desee el divorcio se verá atrapado en el matrimonio durante más tiempo que el que por ejemplo sería exigido si se aplicara la co-

⁶⁹ *Supra*.

nexión objetiva. Desde la óptica de un Derecho que en esta materia atribuye tanto peso al derecho de libre desarrollo de la personalidad y a la libertad individual como el español, esta consecuencia podría resultar inasumible.

El Reglamento regula en los artículos 6 y 7 las condiciones de validez material y formal del acuerdo de elección de ley. Por lo que respecta a la primera y al consentimiento se establece que rige la ley por la que se regiría el convenio si el acuerdo o cláusula del mismo fueran válidos. Por tanto es la ley elegida la que finalmente se aplicará para enjuiciar la validez material del acuerdo. Se dispone, no obstante, que el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento podrá acogerse a la ley del Estado en el que tenga su residencia habitual en el momento en el que se interponga la demanda, si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar los efectos de su conducta a partir de la ley elegida.

En relación a la validez formal el Reglamento establece directamente ciertas condiciones materiales. Así se exige que el convenio se formule por escrito y vaya fechado y firmado por ambos cónyuges, estipulándose que toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero equivale al escrito. Adicionalmente se establece la aplicabilidad de los requisitos formales que establezca la ley del Estado participante en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del acuerdo. Si en ese momento los cónyuges residen en Estados participantes distintos y las legislaciones de dichos Estados establecen requisitos formales diferentes, basta con cumplir los requisitos de una de las legislaciones. Si en la fecha de conclusión del acuerdo sólo uno de los cónyuges reside en un Estado participante, rigen las formalidades adicionales que en su caso establezca la ley de dicho Estado. *A fortiori* hay que concluir que si ninguno de los cónyuges reside en un Estado participante cuando se celebra el acuerdo de elección de ley no se imponen condiciones formales adicionales algunas.

Como ya hemos avanzado antes esta regulación no garantiza que el consentimiento sea informado. Formalmente no se exige la escritura pública que implicaría la intervención de notario o profesional del Derecho equivalente salvo que ello venga impuesto por la legislación del Estado participante de la residencia habitual. No es probable que así sea salvo que el acuerdo se incluya en capitulaciones matrimoniales por la simple razón de que el acuerdo de elección de ley no es una institución conocida en los ordenamientos nacionales, habida cuenta que la materia no es de libre disposición. Tampoco está garantizado que pueda invalidarse el acuerdo por haber sido concluido sin haber dispuesto de la información pertinente pues en definitiva ello va a depender de la regulación de los vicios del consentimiento contenida en la ley elegida⁷⁰. Finalmente hay que señalar que si se hace uso de la cláusula de escape del artículo

⁷⁰ Cfr. P. HAMMJE, «Le nouveau Règlement UE n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable du divorce et à la séparation de corps», *R. critique*, 2011-2, pp. 291 ss.

6.2 que permite aplicar la ley de la residencia habitual del cónyuge que quiere invalidar el acuerdo cuando de las circunstancias se desprende que no es razonable aplicar la ley elegida la supuesta seguridad jurídica que proporciona el acuerdo se va al traste. Nada garantiza, por otro lado, que el ordenamiento del Estado de la residencia habitual vaya a permitir invalidar el acuerdo.

b) La conexión objetiva

A falta de elección o si el acuerdo de elección de ley resulta inválido, la ley rectora de la separación o el divorcio se determina a partir de la norma de conflicto contenida en el artículo 8 del Reglamento. Rige la ley del Estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de interposición de la demanda de separación o divorcio. En su defecto se aplica la ley de la última residencia habitual común siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda y uno de los cónyuges siga residiendo allí en ese momento. Subsidiariamente se aplica la ley de la nacionalidad común en el momento de interposición de la demanda y, a falta de ésta, rige la *lex fori*.

C) *Las normas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento*

El Reglamento contiene varias normas de aplicación de las normas de conflicto en él contenidas. Junto a normas tradicionales en instrumentos europeos o internacionales como las que establecen la excepción de orden público (art. 12), excluyen el reenvío (art. 11), las denominadas cláusulas federales (arts. 14 y 15) y el precepto que establece la inaplicación del Reglamento a los conflictos internos de leyes (art. 16) existen dos disposiciones novedosas en los artículos 10 y 13.

El artículo 10 dispone que, cuando la ley aplicable, conforme a los artículos 5 u 8, no contemple el divorcio, o no conceda a alguno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicara la ley del foro. Fácilmente se advierte que se trata de una regla estipulada para hacer frente a los ordenamientos de Estados terceros, en particular a aquellos inspirados por el Islam. Se trata en puridad de una disposición del todo superflua pues en los dos supuestos contemplados se aplicaría la excepción de orden público que conduciría a idéntico resultado, esto es, a la aplicación de la ley del foro. Su introducción se debe, por tanto, esencialmente a motivos políticos relacionados con la búsqueda de adhesiones al texto pactado. Se busca hacer frente a las objeciones planteadas por los Estados miembros partidarios de la aplicación de la ley del foro.

También ha de interpretarse en clave política el artículo 13. Este precepto establece que el Reglamento no obliga a los Estados participantes cuyos ordenamientos no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en

cuestión a pronunciar sentencias de divorcio. La primera parte de la disposición fue el precio que se pagó para conseguir la participación de Malta. En el momento en el que se negoció el Reglamento la legislación maltesa no conocía el divorcio. Para conseguir el absurdo de que el único Estado miembro que no conocía el divorcio participara en un Reglamento sobre la ley aplicable al divorcio se hizo la concesión de permitirle no pronunciar sentencias de divorcio. En el momento actual, tras la introducción del divorcio en el Derecho de Malta, el precepto carece de virtualidad alguna.

La segunda puntualización contenida en el artículo 13 se refiere esencialmente al matrimonio de personas del mismo sexo y busca garantizar que aquellos Estados que no reconocen a dichas uniones como matrimonios no estén obligados a disolverlas. Nuevamente se trata de una disposición del todo superflua pues el artículo 1.2.b) ya establece que la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio no entra dentro del ámbito material de aplicación reglamentario. Por tanto, se trata de un precepto redundante cuya inclusión es testimonio del convulso proceso de gestación de esta norma comunitaria.

3. La ley aplicable a la nulidad

A pesar del aparente paralelismo entre el ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003 y el Reglamento 1259/2010 existe una importante diferencia por lo que respecta a la institución de la nulidad matrimonial, pues ésta se regula desde el punto de vista de la competencia judicial internacional y en cambio el Reglamento Roma III no contiene normas de conflicto de leyes respecto a la misma. No acaba de entenderse el porqué de esta divergencia máxime cuando existe en esta materia un amplio consenso respecto a cuál debe ser la ley rectora. Puesto que la nulidad matrimonial es una sanción a un vicio en la celebración del matrimonio se impone, en efecto, la ley rectora de la celebración del matrimonio.

Ante la ausencia de norma comunitaria y habida cuenta que la ley aplicable a la nulidad matrimonial tampoco es objeto de ningún Convenio internacional, es de aplicación el artículo 107.1 CC que, en efecto, dispone que la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinan de conformidad con la ley aplicable a su celebración. La norma remite, por consiguiente, a las leyes rectoras de capacidad, consentimiento y forma contenidas en los artículos 9.1, 49 y 50 CC. En materia de capacidad y consentimientos se aplica la ley personal de cada contrayente, esto es la ley correspondiente a su nacionalidad en el momento de celebración del matrimonio. La regulación respecto a la forma tiene una mayor complejidad. La regla de base es la regla *locus regit actum*, conforme a la cual han de respetarse las formalidades prescritas por el ordenamiento del lugar de celebración. Adicionalmente se admite la celebración en forma canónica si al menos uno de los cónyuges es español así como la celebración conforme a la

ley personal de cualquiera de los cónyuges si ambos contrayentes son extranjeros y el matrimonio se celebra en España o en el extranjero.

4. La ley aplicable a la responsabilidad parental (guarda y custodia y derechos de visita)

Con ocasión del divorcio, separación o nulidad es habitual el pronunciamiento respecto a la guarda y custodia y los derechos de visita respecto a los hijos comunes. La ley aplicable respecto a estas cuestiones no está contenida en ningún instrumento normativo comunitario, sino en el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (en adelante, CLH 96). Este Convenio fue ratificado por España el 6 de septiembre de 2010. Puesto que este Convenio contiene también reglas de competencia judicial internacional, cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución de decisiones con carácter previo a su ratificación el Consejo de la UE autorizó a los Estados miembros a firmar dicho Convenio en interés de la Comunidad⁷¹.

Conforme al artículo 51 del CLH 96 éste sustituye en las relaciones entre los Estados contratantes al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores (en adelante, CLH 61). *A sensu contrario* el Convenio de La Haya del 61 sigue siendo aplicable en las relaciones entre España y los Estados parte del Convenio del 61 que no han ratificado el Convenio del 61. En el momento actual se trata de China-Macao, Italia y Turquía.

Se podría pensar que los problemas que plantea la determinación de la guarda y custodia en el sector del Derecho aplicable son de escasa identidad, porque el criterio de decisión uniforme de los Derechos europeos es el interés del niño. Sería, sin embargo, excesivo concluir que la aplicación de una u otra ley es una cuestión irrelevante y que, en definitiva, bastan los criterios materiales del juez del foro para fundamentar la decisión. Aunque probablemente sean de menor entidad que en otros ámbitos, el Derecho material europeo no deja de presentar diferencias. Mientras que el Derecho francés establece que el régimen de ejercicio de la responsabilidad parental más adecuado al interés superior del niño es la custodia compartida⁷², en el Derecho danés se interpreta que la residencia al-

⁷¹ Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (*DO L* 48, de 21 de febrero de 2003).

⁷² Artículo 373-2-9 CC francés.

ternada del niño en los distintos domicilios de sus progenitores es contraria al interés superior del niño y se invalida todo acuerdo a tal efecto⁷³. Las diferencias son también notables por lo que respecta al derecho de otros miembros de la familia a relacionarse con el niño tras la ruptura. En los ordenamientos jurídicos nórdicos se niega la existencia de tal derecho puesto que se estima que el conflicto entre los miembros de la familia y el progenitor que detenta la custodia causa perjuicios al niño⁷⁴, mientras que ordenamientos como el español establecen que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados y facultan al juez para dictar medidas que faciliten dichas relaciones en caso de oposición⁷⁵. Puesto que se prevé que tal cuestión pueda ser decidida en el procedimiento de divorcio⁷⁶, la aplicación de una u otra ley adquiere relevancia.

A) *El Convenio de La Haya de 1996*

En este contexto nos interesan exclusivamente las disposiciones contenidas en el Convenio de La Haya de 1996 en materia de ley aplicable. La regla de base es el artículo 15 que prevé que en el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes apliquen su propia ley. La regla reproduce, por consiguiente, en lo esencial, la correlación *forum-ius* que caracteriza al Convenio del 61. Existen dos aspectos que, sin embargo, diferencian la regulación del CLH 96 de la regulación del CLH 61.

El nuevo instrumento no contiene ninguna regla análoga al artículo 13 CLH 61. No se hace depender, por tanto, su aplicabilidad de que el niño resida en un Estado contratante. La única condición de aplicabilidad del apartado 1.º del artículo 15 CLH 96 es que sea competente la autoridad de un Estado contratante en virtud de las normas de competencia judicial internacional del Convenio. Por tanto, hay que entender que la regla tiene un alcance universal⁷⁷ y que se aplica, independientemente de condiciones de nacionalidad o residencia, a todos los niños respecto a los cuales se vaya a pronunciar la autoridad competente.

⁷³ LUND-ANDERSEN/JEPPESEN DE BOER Danish Report concerning the CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities, Q 46. Estos cuestionarios pueden consultarse en la página web de CEFL.

⁷⁴ LUND-ANDERSEN/JEPPESEN DE BOER Danish Report concerning the CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities concerning the CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities, Q 44; KURKI-SUONIO, Finnish Report concerning the CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities, Q 44, JÄNTERÄ-JAREBORG/SINGER/SÖRGJERD, Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities, Q 44.

⁷⁵ Artículo 160 CC (en la redacción introducida por Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos) (BOE n.º 280, de 22 de noviembre de 2003).

⁷⁶ Artículo 94.2 CC.

⁷⁷ *Vid.* artículo 20 CLH 96.

Podría, sin embargo, pensarse que la regla no es aplicable si la competencia judicial deriva del Reglamento Bruselas II bis. Puesto que las disposiciones competenciales del RB II bis guardan un gran paralelismo con las del Convenio, no parece que la aplicación del artículo 15 en supuestos en los que la competencia deriva del Reglamento suponga ninguna ruptura de la lógica convencional. Ha de, sin embargo, tenerse en cuenta que la introducción de la posibilidad de prórroga en supuestos distintos al de la separación, la nulidad y el divorcio en el RB II bis introduce una divergencia entre el régimen del Reglamento y el del Convenio que como veremos podría hacer necesario accionar la cláusula de excepción a la que seguidamente se hará referencia.

El segundo elemento que diferencia el CLH 96 y el CLH 61 es, en efecto, que el nuevo Tratado contiene en el artículo 15.2 una cláusula de excepción conforme a la cual, en la medida en que lo requieran la protección de la persona o de los bienes del niño, puede excepcionalmente aplicarse o tomarse en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. La cláusula no opera en función de criterios de proximidad, sino que incorpora criterios materiales dirigidos a garantizar la mejor protección del niño.

La cláusula podría paliar las consecuencias que derivan del mantenimiento del *Gleichlauf* en los supuestos en los que el juez conoce en virtud de una prórroga de competencia. Pese a que durante la Conferencia diplomática en la que se adoptó el Convenio se presentó un documento de trabajo⁷⁸ a fin y efecto de que el juez del divorcio aplicara la ley de la residencia habitual del niño, dicha propuesta fue rechazada. La principal justificación que aporta el *Informe Lagarde* al respecto, es que la admisión de dicha enmienda hubiera introducido inútiles complicaciones, especialmente si el juez del divorcio hubiere de pronunciarse respecto a las consecuencias de la ruptura respecto a niños residentes en distintos Estados⁷⁹.

La explicación no es convincente, pues se refiere a un caso excepcional. Las dificultades que pueden derivar de la aplicación de la *lex fori* por parte del juez prorrogado son, en cambio, generales, pues estas medidas se habrán de aplicar en el Estado de la residencia habitual del niño. La aplicación de la ley de la residencia habitual favorecería, por tanto, la efectividad de la decisión. De ahí que sea recomendable que el juez prorrogado contemple la aplicación del Derecho de la residencia habitual del niño en virtud de la posibilidad que le ofrece la cláusula de excepción.

El Convenio de La Haya regula lo que ha de ocurrir en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, garantizando la continuidad de las medidas adoptadas en el Estado de la residencia habitual anterior hasta que no sean eventualmente sustituidas. Se dispone, no obstante, que

⁷⁸ Docto de trabajo 76 presentado por España y Suiza.

⁷⁹ Informe LAGARDE, marg. 87.

las condiciones de aplicación de dichas medidas se rigen por la ley del Estado de la nueva residencia habitual.

B) *El Convenio de La Haya de 1961*

Es condición de aplicabilidad del CLH del 61 que el niño resida en un Estado contratante (art. 13). Este instrumento determinará, por tanto, la ley aplicable a la custodia y los derechos de visita si el niño tiene su residencia habitual en China-Macao, Italia, y Turquía, habida cuenta que en las relaciones con los demás Estados contratantes el Convenio del 61 ha sido sustituido por el posterior de 1996.

La principal dificultad que plantea el CLH 61 en el momento actual deriva del hecho de que el Convenio pretende regular conjuntamente la competencia de autoridades y la ley aplicable, estableciendo una correlación *forum-ius*. La lógica convencional ha quedado, sin embargo, rota a partir de la entrada en vigor del RB II, cuyas normas de competencia de autoridades prevalecen sobre las del Convenio en las relaciones entre Estados miembros. En estas relaciones deja de aplicarse una parte del Convenio —la referida a la competencia— mientras que otra —la relativa al Derecho aplicable— sigue vigente. Puesto que en el sistema del Convenio existe una relación de interdependencia entre ambos sectores la supresión de una de las partes, acaba repercutiendo sobre el todo.

Ha de reconocerse que tal resultado no se produce en todos los casos. El principal criterio competencial del Convenio es la residencia habitual (art. 1). Coincide con el foro principal que se establece en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003 (art. 8.1 del RB II bis). Si finalmente conoce el juez de la residencia habitual del niño, aunque sea en virtud del Reglamento, sigue produciéndose el resultado querido por el legislador convencional en materia de ley aplicable. La autoridad de la residencia habitual aplicará su ley interna, esto es, la ley de la residencia habitual. En este caso, que será el mayoritario en la práctica, la entrada en vigor de las normas comunitarias no ha significado ningún cambio.

Si la competencia del juez deriva de una prórroga de competencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 RB II bis, la situación es más compleja. El artículo 2 del CLH 61 contiene la regla general en materia de ley aplicable. Establece que las autoridades competentes de acuerdo con el artículo 1 adoptarán las medidas previstas por su ley interna. Este precepto admite en el momento actual dos interpretaciones. Puede entenderse que la ley designada es la *lex auctoritas* o *lex fori*, prescindiendo de la dependencia del artículo 2 CLH 61 respecto a lo establecido en su artículo 1 o, por el contrario, interpretarse que, puesto que en el artículo 1 se establece que las autoridades competentes son las autoridades de la residencia habitual del menor, una interpretación sistemática ha de conducir a la aplicación de la ley de la residencia habitual. Para

mayor claridad: si un juez español ha admitido, en virtud del artículo 12 RB II bis, la prórroga en relación a un niño con residencia habitual en Turquía aplicará el Derecho español o el turco en función de cómo interprete el artículo 2.

La aplicación de la *lex auctoritas* tiene el evidente atractivo de la facilidad. De hecho, el legislador convencional pretendía facilitar mediante el establecimiento de un *Gleichlauf* la tarea del aplicador del Derecho⁸⁰. Pero simultáneamente la regla del artículo 2 CLH 61 atiende a la justicia conflictual, conduciendo a la aplicación del ordenamiento jurídico más relacionado con el caso⁸¹. En el nuevo contexto que se produce como consecuencia de la entrada en vigor de los Reglamentos comunitarios resulta necesario decidir cuál de estas dos finalidades debe prevalecer. En función de la prioridad que establezcamos una u otra interpretación será la más adecuada.

Conviene tener presente que el Convenio opta por un concepto muy amplio de medida de protección. A efectos del CLH 61 siempre que interviene una autoridad estamos frente a una medida de protección. Por consiguiente, la regulación del ejercicio de la responsabilidad parental como consecuencia de la ruptura de la relación de pareja de los progenitores del niño es una medida de protección a efectos del CLH 61 si interviene una autoridad. Ahora bien, es preciso reconocer que se trata de «medidas de protección» que no presuponen ninguna situación de desamparo. Obsérvese además que en el caso que nos ocupa el juez deriva su competencia de un acuerdo de voluntades por lo cual, en la mayoría de los casos, estaremos frente a una ruptura por consentimiento mutuo y la intervención judicial se limitará al mínimo imprescindible, puesto que, por lo general, se aprobará lo acordado en el Convenio regulador. Por tanto, parece que en la situación que nos ocupa no se justifica el mantenimiento de la correlación *forum-ius*.

La lógica conflictual impone que en materia de guarda y custodia y derechos de visita se intente aplicar el ordenamiento jurídico más relacionado con el caso. Puesto que la prorrogación de foro es un criterio competencial cuyo fundamento no es la proximidad sino la economía procesal, carece de sentido que la autoridad competente aplique su propia ley. De esta manera estaríamos admitiendo que a través de la prórroga de competencia se eligiera indirectamente la ley aplicable.

5. La ley aplicable a la obligación de alimentos

El Reglamento 4/2009 contiene un capítulo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Este Capítulo, el Capítulo III, contiene, sin embar-

⁸⁰ J. KROPHOLLER, «Vorbemerkung zu Art. 19», en *Staudinger Kommentar*, marg. 253-257.

⁸¹ J. KROPHOLLER, «Vorbemerkung zu Art. 19», en *Staudinger Kommentar*, marg. 258.

go, un único precepto que remite al *Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* para los Estados miembros que estén vinculados por dicho instrumento. Se trata de todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca y el Reino Unido tal y como aclaró la Unión Europea en la declaración formulada con ocasión de la declaración realizada con ocasión de la ratificación del Protocolo.

Como ya señalábamos con anterioridad la decisión de regular la ley aplicable mediante la técnica de la remisión se explica porque la Comunidad y los Estados miembros que la integran participaron activamente en las negociaciones del Protocolo de La Haya de 2007, cuyo futuro se hubiera podido ver comprometido si la Unión hubiera optado por dictar normas de conflicto propias. Por la propia naturaleza universal de dichas reglas se conjugan mal con otras reglas de carácter universal.

Se ha de tener en cuenta no obstante que si bien el Protocolo del 2007 sustituye en las relaciones entre Estados contratantes al Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁸² y al Convenio anterior de 1958 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, *a sensu contrario* estos instrumentos siguen siendo de aplicación en las relaciones entre los Estados parte en los mismos que no hayan ratificado el Protocolo y España. Este dato es particularmente importante en relación al Convenio del 73 pues nos vincula respecto a Albania, Andorra, Australia, Dinamarca, Reino Unido, Turquía y Ucrania.

A) *El Protocolo de La Haya de 2007*

El artículo 3 del Protocolo de La Haya establece la regla general conforme a la cual las obligaciones alimenticias se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. En caso de cambio de la residencia habitual (supuesto de conflicto móvil) se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.

Junto a esta norma general existen varias disposiciones que son relevantes en el contexto que nos ocupa, esto es, en el marco de un proceso de separación, nulidad o divorcio en el que se plantean reclamaciones de alimentos entre los cónyuges o de los hijos respecto a los padres. Para el primer supuesto se ha de tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 8 y 5. El artículo 8 contempla el acuerdo de elección de ley y permite que el acreedor y el deudor de alimentos designen en cualquier momento como leyes aplicables: a la ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación, a la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en

⁸² Artículo 18.

el momento de la designación, a la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones o a la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación. El acuerdo debe constar por escrito o ser registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta, y debe ser firmado por ambas partes.

Se admite por consiguiente en esta materia la autonomía de la voluntad debiendo destacarse que el acuerdo de elección de ley puede celebrarse en cualquier momento, incluso cuando el proceso de ruptura conyugal sea una mera hipótesis, lo cual puede generar situaciones injustas. Para paliarlas se introducen dos salvaguardas. De una parte, en el apartado 4.º del precepto se establece que no obstante la ley designada por las partes en virtud del apartado 1, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, determinará si el acreedor puede renunciar a su derecho a alimentos. Con esta norma se intenta proteger a quien actuó contra sus propios intereses y en un momento en el que la ruptura era una mera hipótesis renunció a su derecho de alimentos. Sin embargo, la protección depende de lo dispuesto en la ley de la residencia habitual en el momento de la designación y es, por tanto, incierta. Como segunda salvaguarda se dispone en el apartado 5.º del artículo 8 que la designación no se aplicará, si conlleva consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes, salvo que hubieran sido debidamente informadas y fueran conscientes de las consecuencias de la ley designada.

Cuando no medie acuerdo puede ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 5 del Protocolo. Este precepto dispone que con respecto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado, no se aplicará la regla general que establece la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en particular la del Estado de su última residencia habitual común, presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio. En tal caso, se aplicará la ley de este otro Estado. Por consiguiente, tanto el Deudor como el Acreedor de la obligación de alimentos pueden objetar a la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos arguyendo que existe otra ley que presenta un vínculo más estrecho que dicha ley. Si se consigue demostrar tal extremo, rige dicha ley. El Protocolo no determina cuál ha de ser dicha ley aunque destaca la posición de la ley correspondiente al Estado de la residencia habitual común como ley que puede presentar un vínculo más estrecho.

Respecto a la obligación de alimentos de los padres respecto a los hijos ha de destacarse que no cabe la elección de la ley aplicable si los hijos son menores de dieciocho años o son adultos que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentran en condiciones de proteger sus intereses (apartado 3.º del art. 8). Rige por tanto en principio la regla

general conforme a la cual ha de aplicarse la ley del Estado de residencia habitual del acreedor de alimentos. Dicha regla ha de complementarse con lo dispuesto en el artículo 4. Esta norma expresa un *favor filii* y busca facilitar y garantizar el establecimiento de la obligación. La regla más importante es la que establece que si el acreedor ha interpuesto la demanda de alimentos frente a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del deudor, rige la *lex fori*. Se evitan con ello las complicaciones y costes que derivarían de aplicarse la regla general que implicaría la aplicación de Derecho extranjero.

Adicionalmente se establecen conexiones alternativas que se aplican si no se puede establecer la obligación de alimentos en virtud de la ley rectora de la misma. En el contexto que nos ocupa el de la reclamación de un hijo frente a su progenitor en el marco de un proceso matrimonial es muy improbable que se produzca esta situación. Se aplicará la ley del foro si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley del Estado de su residencia habitual. Si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor y se aplica, por tanto, la ley de dicho Estado se aplicará la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor si éste no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley del foro. Si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de ninguna de las leyes anteriores, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe.

B) *El Convenio de La Haya de 1973*

El CLH 73 contiene una serie de normas de conflicto materialmente orientadas. El punto de conexión principal es la residencia habitual del acreedor (art. 4). No obstante, si el acreedor no puede obtener alimentos en virtud de la ley designada, los alimentos se regirán por la ley nacional común (art. 5). Si tampoco esta ley le otorgara alimentos, el acreedor podría finalmente solicitarlos conforme a la *lex fori* (art. 6). Junto a estas disposiciones resultan relevantes el artículo 9 que establece que el derecho de una institución pública a obtener el reembolso de las prestaciones avanzadas se rige por la ley a la que esté sujeta la institución y la reserva formulada por España conforme a lo previsto en los artículos 15 y 24, que permite aplicar el Derecho español si el acreedor y el deudor son españoles, y el deudor tiene su residencia habitual en España.

6. La ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges

Finalmente queda por determinar la ley aplicable a la liquidación del régimen de bienes del matrimonio. Como veíamos anteriormente no está en estos momentos en vigor ningún Reglamento ni Convenio internacional por lo que

esta cuestión se sujeta a las normas de Derecho internacional privado autónomo contenidas en el artículo 9.2 y 3 del CC. Existe, sin embargo, una Propuesta de Reglamento comunitario que será brevemente comentada a continuación.

A) *Las normas de conflicto contenidas en los artículos 9.2 y 9.3 del CC*

El régimen económico matrimonial puede venir establecido en capitulaciones matrimoniales. El sistema de Derecho internacional privado español favorece la validez de las mismas a través de un juego de conexiones alternativas. Son válidos los pactos o capitulaciones cuando sean conformes bien a la ley rectora de los efectos del matrimonio, a la que se hará referencia a continuación, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges o contrayentes en el momento de su otorgamiento. Ha de tenerse, no obstante, presente que si la ley rectora de dichos pactos o capitulaciones exige una *forma ad solemnitatem* ésta ha de observarse siempre aunque dichos pactos o capitulaciones se otorguen en el extranjero y la ley del lugar de otorgamiento no la exige (art. 11.2 CC). Por tanto de sujetarse, por ejemplo, dichos pactos o capitulaciones a alguno de los ordenamientos españoles es preceptivo que se otorguen en escritura pública.

A falta de capitulaciones o pactos que estipulen el régimen económico matrimonial es de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 CC. Los efectos del matrimonio se sujetan a la ley nacional común en el momento de celebración del matrimonio y en su defecto a la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes elegida en documento auténtico antes de la celebración del matrimonio y si no se hubiera elegido la ley rectora, por la ley de la primera residencia habitual. A falta de ésta se aplica la ley del lugar de celebración del matrimonio.

B) *La Propuesta de Reglamento comunitario en materia de régimen económico matrimonial*

La Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales contiene normas sobre la ley aplicable⁸³. La ley rectora se aplica al conjunto de bienes independientemente de su naturaleza y del lugar en que se ubiquen.

⁸³ Sobre esta Propuesta *vid.* D. MARTINY, «Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften», *IPRax*, 2011, p. 443.

Se permite a las partes elegir la ley aplicable que puede ser la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección, o la ley del Estado de nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección. Dicha ley puede ser la de un Estado miembro o la de un Estado tercero. La elección puede producirse en cualquier momento, antes o después de la celebración del matrimonio. Si se celebra con posterioridad y el acuerdo sustituye el régimen económico matrimonial vigente hasta entonces en principio y salvo declaración en contrario el cambio de ley aplicable sólo produce efectos de cara al futuro. Si los cónyuges optaran por atribuir efectos retroactivos al cambio de la ley aplicable, la retroactividad no afectará a la validez de los actos anteriores celebrados al amparo de la ley aplicable hasta entonces, ni a los derechos de terceros derivados de la ley anteriormente aplicable.

La elección de la ley aplicable se hará en la forma prescrita para el contrato de matrimonio, bien por la ley aplicable del Estado elegido, bien por la ley del Estado del lugar de redacción del acto. No obstante, la elección deberá ser al menos expresa y formularse mediante un acto escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges. Además, si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tienen su residencia habitual común en el momento de la elección estableciera condiciones formales suplementarias para el contrato de matrimonio, éstas deberán respetarse.

Si las partes no eligen la ley aplicable a su régimen económico matrimonial ésta se determina en virtud de las reglas contenidas en el artículo 17 de la Propuesta. Rige la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio, en su defecto, la ley del Estado de nacionalidad común de los cónyuges en el momento del matrimonio (salvo en el caso de que tengan más de una nacionalidad común en el que esta conexión deja de aplicarse) o, en su defecto, la ley del Estado con el que los cónyuges tengan conjuntamente vínculos más estrechos, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, el lugar de celebración del matrimonio.

En ejercicio de la autonomía de la voluntad material que les pueda conferir la ley rectora de sus relaciones patrimoniales cabe que las partes celebren un contrato matrimonial. Conforme al artículo 20 de la Propuesta la forma del contrato de matrimonio será la prescrita bien por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, bien por la ley del Estado del lugar de celebración del contrato. En cualquier caso, el contrato de matrimonio deberá ser al menos celebrado por escrito y firmado por ambos cónyuges. Además, si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tienen su residencia habitual común en el momento de la celebración del contrato de matrimonio previera condiciones formales suplementarias para este contrato, éstas deberán respetarse.