

**CRISIS DE FAMILIAS
TRANSNACIONALES Y DERECHO
CIVIL DE ARAGÓN:
IDEAS ESENCIALES**



Francisco de Paula Puig Blanes

Magistrado

Miembro Red Judicial Española (REJUE)

Miembro de la Red Judicial Europea Civil y Mercantil

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2016

Título: Crisis de familias trasnacionales y Derecho civil de Aragón: ideas esenciales

Autor: Francisco de Paula Puig Blanes

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z 901-2016

I.S.B.N.: 978-84-92606--35-1

Imprime: Cometa, S.A.

ÍNDICE

Prólogo.....	9
1. INTRODUCCIÓN	13
2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.....	23
2.1. Competencia judicial internacional en materia de nulidad, separación y divorcio	24
2.2. Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental	38
2.2.1. Noción de responsabilidad parental.....	38
2.2.2. Criterios de atribución de competencia.....	41
2.2.2.1. Criterio general.....	42
2.2.2.2. Excepciones al criterio general.....	43
2.2.2.3. Otros fueros.....	54
2.2.3. Medidas provisionales o cautelares	57
2.2.4. Criterios de aplicación de las normas.....	59
2.3. Competencia judicial internacional en materia de alimentos	62
2.3.1. Concepto de alimentos.....	64
2.3.2. Criterios competenciales.....	65
2.3.2.1. Sumisión expresa	65
2.3.2.2. Sumisión tácita	66
2.3.2.3. Fueros generales.....	66

ÍNDICE

2.3.2.4. Competencia subsidiaria y “forum necessitatis”	69
2.3.3. Litispendencia y conexidad.....	70
2.3.4. Medidas cautelares	71
2.4. Competencia judicial internacional en materia de Regímenes económico matrimoniales	71
2.4.1. Situación hasta el 29 de enero de 2019	73
2.4.2. Situación tras el 29 de enero de 2019	74
2.4.2.1. Competencia judicial internacional en los casos de regímenes económico matrimoniales	75
2.4.2.2. Competencia judicial internacional en los casos de efectos patrimoniales de uniones registradas	81
3. COOPERACIÓN JUDICIAL.....	87
3.1. Notificaciones.....	88
3.1.1. Normas internacionales (excluidas las de la Unión Europea)	88
3.1.2. La notificación y traslado de documentos en la Unión Europea	90
3.1.3. La regulación subsidiaria de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil	108
3.2. Práctica de pruebas.....	109
3.2.1. Normas internacionales (excluidas las de la Unión Europea)	109
3.2.2. Práctica de pruebas en la Unión Europea	112
3.2.3. La regulación subsidiaria de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil	116
3.2.4. Especialidades en la aportación de documentos públicos extranjeros.....	117

ÍNDICE

4. LEY APLICABLE.....	123
4.1. Ley aplicable a la nulidad del matrimonio.....	126
4.2. Ley aplicable a la separación y divorcio	127
4.2.1. Elección de la ley aplicable.....	132
4.2.2. Ley aplicable en caso de falta de elección.....	134
4.3. Ley aplicable a la responsabilidad parental	134
4.3.1. Medidas provisionales urgentes.....	135
4.3.2. Ley aplicable a la responsabilidad parental.....	136
4.4. Ley aplicable a los alimentos	143
4.5. Ley aplicable al régimen económico matrimonial.....	153
4.5.1. Régimen a aplicar hasta el 29 de enero de 2019....	154
4.5.1.1. Régimen económico matrimonial acordado	154
4.5.1.2. Defecto de acuerdo	155
4.5.2. Régimen a aplicar desde el 29 de enero de 2019..	156
4.5.2.1. Ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales	157
4.5.2.2. Ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.....	163
4.6. La prueba del Derecho Extranjero.....	169
5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN	177
5.1. Resoluciones sobre declaración de nulidad, separación, divorcio	178
5.2. Resoluciones sobre responsabilidad parental.....	181
5.3. Resoluciones sobre derecho de visitas.....	190
5.4. Acogimiento del menor en otro estado miembro	193
5.5. Alimentos	193
5.6. Regímenes económico matrimoniales y efectos patrimoniales de uniones de hecho	199

ÍNDICE

5.6.1. Régimen general y a aplicar también a los 17 Estados partícipes en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 hasta el 29 de enero de 2019.....	200
5.6.2. Régimen a aplicar a los 17 Estados partícipes en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 desde el 29 de enero de 2019	200
5.6.2.1. Resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales.....	200
5.6.2.2. Resoluciones en materia de efectos patrimoniales de uniones registradas.....	203
6. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	207

PRÓLOGO

El magistrado Francisco de Paula Puig Blanes tiene una dilatada experiencia en estos temas, pues ha sido titular de diversos Juzgados de Primera Instancia de Tortosa, Tarragona y Barcelona, y en la actualidad lo es del Juzgado de Familia nº 6 de Zaragoza. En el ámbito internacional es miembro de la Red Judicial Española y de la Red Judicial Europea Civil y Mercantil, ha sido Letrado del CGPJ del Servicio de Relaciones Externas e Institucionales; profesor de la Escuela Judicial y ha presentado diversas ponencias sobre cooperación judicial internacional tanto en Europa como en Hispanoamérica. Tiene el premio extraordinario de licenciatura y es autor de numerosas publicaciones.

El autor, desde una perspectiva teórico-práctica, hace un estudio muy detallado de la legislación europea aplicable a cada supuesto, que sirve de guía a cómo han de aplicarse la normas. Está escrito con la precisión y claridad que debe de tener un tema de oposiciones. No hay una sola cita a pie de página; se cita la jurisprudencia europea; ayuda a la interpretación de los textos legales europeos, muchos de ellos poco conocidos, bien por su novedad, complejidad o porque intercalan normas de derecho material con las procesales. Estudia la situación actual, lo que puede suceder si Gran Bretaña sale de la Unión Europea y lo que sucederá a partir del 29 de enero del 2019, cuando entre en vigor

el Reglamento 2016/1103. La legislación europea está constituida básicamente por el reglamento 2201/2003 y por los reglamentos 2016/1103 y 1104, que entrarán en vigor plenamente el 29 de enero de 2019 y que establecen una cooperación reforzada. Tiene en cuenta otros convenios internacionales como el de la Haya o Lugano, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Civil y el Código Foral Aragonés.

En el acerbo general de los juristas se ha venido entendiendo que el derecho comunitario solo era competente para regular las relaciones comerciales entre los socios de la Unión y con terceros, en el ámbito mercantil e industrial, y que sus destinatarios directos eran los Estados miembros, las empresas, los comerciantes, los industriales y los agricultores. Sin embargo, en la medida que la Unión Europea se va consolidando y por influencia de los Tribunales europeos, han comenzado a regularse los derechos de los ciudadanos, tanto en la esfera pública como en la privada. En un principio se prestó más atención a las relaciones entre Estados y ciudadanos, pero el derecho comunitario ha ido más allá y ha comenzado a regular las relaciones de estos entre sí, en ámbitos tan importantes como las relaciones personales y patrimoniales dentro del matrimonio, o en figuras equiparadas, en los supuestos de crisis por separación o divorcio, la patria potestad o el derecho de sucesiones. Como uno de los ejemplos citaremos que hoy la legislación comunitaria define el derecho de alimentos y quiénes lo pueden percibir. O quiénes son los llamados hijos de familia: también los habidos de otras uniones anteriores.

Ante el hecho de que cada vez haya más relaciones personales entre ciudadanos de diferentes nacionalidades, el legislador se inclina por dar más relevancia a la ley del lugar de residencia habitual, en el momento en el que se presenta la demanda o que surge la controversia. Con ello se trata de facilitar la labor del juez y aumentar la seguridad jurídica, ya que ni el juez ni los

ciudadanos del país en el que el extranjero tiene su residencia conocen bien el derecho extranjero. Pero el primer problema que nos encontramos, no solo es la prueba, sino que el concepto de residencia habitual es ambiguo y por eso el autor acude, como hace a menudo a la STJUE de 2.04.2009, como el lugar que revela una cierta integración del menor en su entorno social y familiar.

Como el derecho comunitario, por aplicación de los Tratados de la Unión Europea, tiene primacía respecto del derecho interno, como lo tienen los tratados internacionales, incluso efecto directo, sucede que, muchas veces sin saberlo, hay ciudadanos a los que no se les aplicará su derecho nacional o regional en caso de pleito en otro país de la Unión. Un español o aragonés ya no podemos decir que siempre se muere sujeto al derecho aragonés, sino que dependerá de dónde se muera y si allí ha fijado o no su residencia habitual. Ello tiene más trascendencia de lo que parece, porque las legítimas de los hijos o los derechos de viudo varían mucho entre unos países y otros. Es verdad que en muchos casos podrá seguir con la cobertura que le da su derecho originario si dispone para el futuro por vía de testamento o pacto. El principio de autonomía de la voluntad recobra su importancia, pero hasta dónde llega en los conflictos entre ciudadanos de distintos países presupongo que no siempre va a ser fácil de delimitar.

Pero cuando el pleito es inevitable, lo mejor es un acuerdo, también hay que dilucidar cuál es la competencia judicial internacional, concretando quién es el juez que debe de resolver el asunto. Hay fueros alternativos, pero cuando no los haya el juez deberá aplicar la norma de oficio. Una vez iniciado el procedimiento puede que sea necesaria la práctica de alguna actuación fuera del territorio que está tramitando la causa, y hay que conocer quién y cómo la tiene que hacer. Luego hay que determinar cuál es la ley aplicable al fondo del asunto y por último proceder a la ejecución de la sentencia. También hay que resolver qué

norma y qué tribunal es competente cuando hay conflictos en conexión o medidas cautelares, ya que en principio corresponde tomarlas al que tramita el proceso principal, aunque en casos de urgencia cabe la adopción por el tribunal del Estado en que reside o donde se encuentran las cosas.

Se estudia también el tema de la sustracción de menores, fijando la ley y siguiendo la doctrina jurisprudencial europea, la doctrina que indica que la sustracción ilícita de un menor no debe, en principio, tener la consecuencia de transferir la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que residía habitualmente el menor antes de su traslado, a los del Estado al que el menor ha sido trasladado.

De todo eso se ocupa con detalle este libro. El estudio que hoy presentamos abre puertas hacia el derecho europeo, facilita la labor de los que tienen que aplicarlo y es una referencia para resolver unos conflictos que cada vez van a ser más frecuentes, porque el mundo se ha hecho más pequeño y las relaciones entre los ciudadanos de distintos países han aumentado. El trabajo del magistrado Francisco de Paula Puig facilitará el de otros compañeros, jueces, fiscales, abogados, notarios, registradores de la propiedad, procuradores y estudiosos, y además les dará tranquilidad.

El derecho aragonés ya no nos acompañará forzosamente allí donde estemos, aunque haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad, mientras seamos aragoneses tendremos resortes legales para mantenerlo, sin embargo se aplicará en Aragón a muchos de los que desde fuera han venido a vivir con nosotros y que hoy son un 13% de la población.

Zaragoza, a treinta de septiembre de 2016.

FERNANDO GARCÍA VICENTE
JUSTICIA DE ARAGÓN

I. INTRODUCCIÓN

Una realidad que se plantea con mucha frecuencia en la sociedad actual es la que viene referida a las relaciones personales de familia que afectan a personas con vínculos con diversos estados, situación ésta que si bien ya puede generar problemas mientras se desarrolla la relación, los mismos se incrementan de forma exponencial en los supuestos en los que se produce una crisis familiar a la que el Derecho debe dar respuesta.

Es al análisis de estos casos que se consagra la presente exposición y para el caso en que se suscite controversia ante los tribunales de justicia, y sin perjuicio de que los elementos que se ponen de manifiesto sean tomados en consideración en los procesos de búsqueda de acuerdos o mediación ya que las diversas alternativas que en muchos casos se ofrecen pueden favorecer la búsqueda de acuerdos que si bien siempre constituyen la mejor forma de solución de un conflicto, ello es aún mas importante en materia de familia en la que el carácter personal de los vínculos existentes destaca la idoneidad de la búsqueda de soluciones acordadas entre las partes y no determinadas por un tercero como es un tribunal.

Los aspectos que se ven afectados por un proceso de familia (y que pueden tener vínculos transnacionales) afectan a los siguientes ámbitos:

1) Competencia judicial internacional: Ésta es la primera cuestión a dilucidar y afecta a la concreción de cual es órgano jurisdiccional que debe resultar competente para conocer de la problemática familiar.

2) Cooperación judicial: Una vez iniciado el procedimiento y ante la existencia de vínculos del caso con diferentes países, puede que sea necesario que en el curso del proceso sea necesaria la práctica de alguna actuación fuera del territorio del estado que está tramitando la causa. Ello afecta tanto a la práctica de notificaciones como a la obtención de pruebas.

3) Ley aplicable: Esta cuestión se suscita en el momento de resolver el caso concreto (o plantear inicialmente el caso) y afecta a la concreción de cual debe ser la ley que debe regular cada uno de los aspectos contemplados por el procedimiento planteado.

4) Reconocimiento y ejecución: Una vez dictada la resolución correspondiente, la misma se debe llevar a efecto (es misión judicial tanto juzgar como ejecutar lo juzgado tal y como se deriva del art 117 CE) y precisamente por los vínculos transnacionales que presenta la relación de familia es frecuente que sea necesario llevar a cabo actuaciones de ejecución en un país distinto de España.

5) Sustracción internacional de menores: Ésta es la última de las áreas en las que se suscitan problemas y a ella se debe dar una respuesta lo mas inmediata posible a fin de evitar que por vía de hecho se consoliden situaciones ilícitas.

Siendo éstos los ámbitos en los que se plantean las cuestiones, es necesario igualmente indicar que cada uno de ellos tiene un tratamiento específico según el aspecto de familia que se deba regular: nulidad, separación y divorcio, responsabilidad parental, alimentos (entendidos en sentido amplio) y regímenes económico matrimoniales.

Lo anterior comporta que para cada una de estas cuestiones sea necesario plantearse de forma separada la respuesta a dar. Ello supone que ante una demanda de divorcio que lleve aparejada la solicitud de medidas mediante el correspondiente plan de relaciones familiares (es la terminología que se emplea en el CDFFA), sea necesario detenerse en cada uno de los aspectos antes considerados, lo que implica que en un inicio se deberá analizar (separadamente y para cada aspecto) si se tiene competencia para el divorcio, las relaciones parentales, uso de la vivienda, alimentos, asignación compensatoria o disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Este mismo análisis separado es el que deberá llevarse a cabo en el momento de determinar la ley aplicable a cada uno de los aspectos considerados, pudiéndose dar casos en los que sean de aplicación leyes diversas (incluso cabe la posibilidad de optar entre varias con la importancia que ello puede tener pues las diferentes regulaciones existentes pueden llevar aparejadas consecuencias muy diversas con el beneficio y perjuicio correlativo para las partes). De igual modo el régimen de ejecución de cada aspecto tiene una vía distinta y que es necesario conocer, siendo la regla general la de la imposibilidad de llevar a cabo actuaciones de ejecución fuera del territorio nacional.

Para regular las cuestiones antes mencionadas, en primer término se debe analizar si existen normas dictadas por la Unión Europea que en muchas ocasiones son de aplicación no solo a casos en los que los elementos trasnacionales afectan a países de la Unión, sino que tienen carácter universal, con lo que tal norma se aplica aún cuando los vínculos se tengan con terceros estados (de hecho estas normas deben ser analizadas incluso en los casos en los que los vínculos del caso existan con terceros estados con los que puedan existir tratados aplicables pues en muchas de ellas se contienen disposiciones referentes a las relaciones con

tales tratados). Las normas de la Unión Europea están en constante proceso de revisión, siendo la que está prevista a medio plazo la referente al Reglamento 2201/2003, si bien la misma no es inminente tanto por la complejidad de la materia como por el hecho de haberse aprobado la propuesta de modificación a nivel de Comisión Europea el 30.06.2016 que es lo que da inicio al proceso de reforma —documento COM (2016) 411/2.

El fundamento de esta necesidad de recurrir primero a la existencia de una norma de la Unión Europea se encuentra en la primacía que es uno de los caracteres esenciales del Derecho Comunitario y significa que en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario, éste último debe prevalecer sobre aquel. Así, el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional (STJUE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*; de 8 de marzo de 1979, *Salumificio di Cornuda* y de 19 de junio de 1990, *Factortame* y otros). Este principio impone, no sólo a los órganos jurisdiccionales, sino a todos los órganos del Estado miembro, la obligación de dar eficacia plena a la normativa comunitaria (STJUE de 13 de julio de 1972, *Comisión/Italia* y de 19 de enero de 1993, *Comisión/Italia*).

Junto a ello, el Derecho de la Unión Europea se caracteriza por el efecto directo de muchas de sus disposiciones, lo que comporta la posibilidad que tienen los particulares de invocar ante los tribunales ordinarios las disposiciones del Derecho de la Unión Europea, siendo las normas que lo contienen, preceptos que les conceden de manera directa derechos y obligaciones. El efecto directo presenta dos vertientes, el «efecto directo vertical», que es el que surge ante la posibilidad del particular de invocar

disposiciones del Derecho comunitario ante los Estados miembros y el «efecto directo horizontal», es el que se da en los casos en los que el particular puede invocar el Derecho Comunitario frente a otros particulares.

Asimismo (y siempre previo análisis de la posibilidad de interacción con el Derecho de la Unión Europea), se deben tomar en consideración las normas del Derecho Internacional Convencional (y el efecto que ello tiene en España al amparo del art 93 CE) tanto bilaterales como multilaterales (muy abundantes éstas en la materia que aquí se considera ante la labor que se lleva a cabo por parte de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y que se puede consultar en la web de esta institución <https://www.hcch.net/en/home>).

Como normas de cierre, siempre se cuenta con las disposiciones que sobre cada materia se contienen en las disposiciones de derecho nacional que en el caso de España se contienen tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial como en el Código Civil, normas que deben ser analizadas con mucho cuidado pues en muchas ocasiones y pese a existir como tales, las mismas no son de aplicación por la existencia de una norma de la Unión Europea que regula la misma materia y que por la primacía debe prevalecer.

Finalmente y antes de entrar en el análisis de los diversos elementos afectados, se estima necesario hacer una especial referencia a la situación que se puede dar de dejar de pertenecer un estado a la Unión Europea (es el caso del Reino Unido a resultados del referéndum celebrado el 23.06.2016). Tal situación aparece prevista en el Tratado de la Unión Europea y en concreto en su art 50 el cual prevé que todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión. En tal caso se notifica su intención al Consejo Europeo

procediendo la Unión Europea de conformidad con las orientaciones que el del Consejo Europeo dé, a negociar y celebrar con ese Estado un acuerdo que establezca la forma de su retirada que en lo que es la Unión Europea debe aprobar por el Consejo por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo. Los Tratados (y con ello también el derecho derivado) dejan de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto (y de forma automática), a los dos años de la notificación al Consejo de la intención de retirada que hace el Estado en cuestión.

Es por ello que todo depende del acuerdo y su contenido, operando plenamente el Derecho de la Unión Europea en relación a ese Estado hasta que tal acuerdo se alcance (o de no llegarse a él tras los dos años de la notificación de la intención de retirada). De alcanzarse un acuerdo será el contenido del mismo el que determinará las relaciones entre la Unión y ese Estado. De no alcanzarse dejará automáticamente de aplicarse el Derecho de la Unión Europea y en relación a ese Estado operarán los tratados bilaterales o multilaterales que estén en vigor.

En lo que son las materias aquí analizadas (y sin perjuicio del contenido del acuerdo que se pudiere alcanzar y para el caso de no darse éste o nada preverse sobre la materia), respecto de la competencia judicial internacional en las cuestiones de familia, la afectación que se va a producir es limitada ya que las normas que la delimitan son independientes de que los vínculos del caso sean o no con un estado de la Unión Europea, de ahí que manteniendo España su pertenencia a la Unión ningún efecto se producirá. El único que se puede dar es aquel en el que el instrumento comunitario remita a normas nacionales delimitadoras de competencia judicial internacional para los casos en los que en base a la norma de la Unión ningún tribunal de un Estado Miembro resulte competente, ya que en tal caso si en

virtud de las normas de la Unión Europea los tribunales competentes fueren los del Estado que ha dejado de formar parte de la Unión se aplicarán para delimitar la competencia judicial internacional las normas internas. Ejemplo de ello es el art 7 del Reglamento 2201/2003 que seguidamente se analiza y referente a la competencia judicial internacional en materia de divorcio indica en su párrafo primero que: “1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado”. En materia de alimentos la situación que se pueda dar dependerá del proceso de negociación y en tanto en cuanto el Reino Unido se integre o no en el Convenio de Lugano de 30.10.2007 (régimen paralelo al Reglamento 44/2001 que si incluía a los alimentos a diferencia del vigente Reglamento 1215/2012 que los excluye al tener su régimen específico en el Reglamento 4/2009) que si incluye entre su ámbito competencial la materia de los alimentos con un régimen específico (y que en tal caso le será de aplicación), si bien todo dependerá del proceso de negociación.

En lo que es la cooperación judicial internacional, no operarán (salvo previsión específica) los instrumentos comunitarios existentes al respecto Reglamento 1393/2007 en materia de notificaciones y Reglamento 1206/2001 en cuanto a práctica de prueba), con lo que se deberá acudir a los tratados o convenios internacionales que existan sobre la materia. En el caso del Reino Unido ello implicará el recurso para la realización de notificaciones al Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial y para la obtención de pruebas al Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial. De igual manera se puede acudir a los mecanismos fijados en el

Convenio entre España y Gran Bretaña sobre mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales de 27.06.1929.

En materia de ley aplicable, la afectación va a ser prácticamente inexistente pues las normas existentes en relación a ello parte del principio de universalidad lo que supone que la ley a la que remiten como de aplicación para la materia concreta de que se trate puede ser la de un tercer Estado lo que hace que nada impedirá la aplicación de la normativa del Reino Unido aún cuando no sea un Estado Miembro de la Unión Europea. De cara a la información acerca del contenido del derecho, seguirá siendo de aplicación el Convenio Europeo acerca de la información sobre derecho extranjero hecho en Londres el 7 de junio de 1968 y su Protocolo Adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978 (ya que el Reino Unido es parte en el mismo), si bien cesará el papel de los miembros de la Red Judicial Europea Civil y Mercantil en relación al Reino Unido (y salvo previsión diferente del acuerdo que se negocie) ya que dejará de ser parte de la misma.

Diferente es la situación que se dará en materia de reconocimiento y ejecución ya que (salvo que el acuerdo que se negocie sea diferente), el Reglamento 2201/2003 (divorcio y responsabilidad parental) y el Reglamento 4/2009 (en el que asimismo participa el Reino Unido pese a lo que se indica en el texto del Reglamento según resulta de la Decisión 2009/451/CE de la Comisión de 8 de junio de 2009) dejarán de ser de aplicación, operando los tratados internacionales sobre la materia concreta de la que se trate. En concreto operarán el Convenio 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 o el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia. Por

el contrario para las decisiones en torno al divorcio o separación legal no podrá ser de aplicación el Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y de Separaciones Legales porque España no es parte. En tal caso y para todas las cuestiones que no tengan amparo en un instrumento específico, será necesario el previo procedimiento de “*exequátur*” fijado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, iniciándose el proceso de ejecución una vez obtenido el auto correspondiente. En materia de alimentos la situación que se pueda dar dependerá del proceso de negociación y en tanto en cuanto el Reino Unido se integre o no en el Convenio de Lugano de 30.10.2007 (régimen paralelo al Reglamento 44/2001 que si incluía a los alimentos a diferencia del vigente Reglamento 1215/2012 que los excluye al tener su régimen específico en el Reglamento 4/2009) que si incluye entre su ámbito competencial la materia de los alimentos con un régimen específico (y que en tal caso le será de aplicación), si bien todo dependerá del proceso de negociación.

Finalmente en materia de sustracción internacional de menores se aplicará el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en cuanto que tal y sin el complemento del mismo fijado por el Reglamento 2201/2003.

En todo caso, esta previsión se verifica para cuanto el Reino Unido (u otro potencial Estado que se encontrase en semejante situación) deje de ser miembro de la Unión Europea, cosa que sucederá a los dos años de la notificación al Consejo de la intención de retirarse de la Unión Europea o en el plazo que se fije en el acuerdo a que se llegue. Hasta ese momento (que aún no se ha producido y que como pronto tendrá lugar a final de 2.018) sigue respecto del Reino Unido de aplicación el régimen de pleno Estado Miembro de la Unión Europea que seguidamente

se expone (nada cabe indicar a potenciales partes del Reino Unido que potencialmente se desgajaren del mismo de forma que continuaran perteneciendo a la Unión Europea – como el caso de Escocia – pues se trata de situaciones hipotéticas y de futuro completamente desconocidas, si bien en caso de que tales partes formen un Estado Miembro le seguirá siendo de aplicación el régimen vigente en la Unión Europea —y sus potenciales modificaciones ulteriores— y de no serlo operará el régimen que se ha indicado).

2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Ante una situación de crisis familiar en la que los afectados tienen vínculos nacionales diferentes y que requiere de la intervención de los tribunales, lo primero que se debe llevar a cabo es el análisis acerca los tribunales de que estado son competentes para su resolución.

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, el análisis de la competencia judicial internacional se debe verificar analizando los diversos aspectos que van a ser sometidos a consideración del tribunal determinando las reglas de competencia judicial internacional aplicables para cada uno de ellos. En multitud de ocasiones, las diversas normas pueden llevar a la conclusión de ser los tribunales de un estado concreto los competentes para conocer de los diversos aspectos, si bien siempre debe existir una norma que habilite para ello (puede que en virtud de las particularidades del caso la competencia judicial internacional se extienda solo a unos aspectos y no a otros).

Igualmente se debe destacar que puede suceder que para el caso concreto exista una confluencia de normas que siempre se debe resolver otorgando primacía a las del Derecho de la Unión Europea o las contenidas en los tratados internacionales que pre-

valecen sobre las disposiciones nacionales que tienen un carácter residual.

En todo caso (y en la concreta materia aquí analizada que es la competencia judicial internacional), estas normas no son propias del Derecho Civil de Aragón (pues es una materia sustraída a la regulación del legislador aragonés), si bien en algunos casos se relacionan directamente con el mismo ya que en la regulación concreta de algunos aspectos, la normativa de derecho internacional privado determina la aplicabilidad de la ley del foro, con lo que si este foro es el aragonés ello “de facto” supone que la normativa en materia de competencia judicial internacional puede asimismo afectar a la operatividad del Derecho Civil de Aragón.

Siguiendo el esquema de los diversos aspectos que se pueden plantear en una situación de crisis familiar, seguidamente se procede a analizar cual es el criterio de competencia judicial internacional para los diversos aspectos que se pueden ver afectados y que son los siguientes:

- Nulidad, separación y divorcio.
- Responsabilidad parental.
- Alimentos.
- Regímenes económico matrimoniales.

2.1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

En relación a esta cuestión, existe una regulación completa en el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial

y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (Reglamento Bruselas II bis). Junto a ella existe una regulación específica en el art. 22 quáter LOPJ.

Ante la dualidad normativa existente, y siempre teniendo en cuenta la primacía del Derecho de la Unión Europea, de cara a saber si es o no posible la aplicación de la LOPJ, es necesario recurrir al Derecho de la Unión Europea (en este caso concretado en el Reglamento 2201/2003) a fin de determinar si deja o no algún margen de operatividad de las normas nacionales delimitadoras de la competencia judicial internacional.

Tal margen aparece establecido en el art. 7 del Reglamento 2201/2003 el cual solo permite recurrir a las normas nacionales delimitadoras de la competencia judicial internacional (y con independencia de los estados con los que el matrimonio tenga vínculos) si las propias normas delimitadoras de competencia que establece el Reglamento en los arts 3, 4 y 5 (que seguidamente se analizan) no permiten atribuir competencia a ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro (por tales se entienden los 27 de la Unión Europea excluyendo Dinamarca que no participa en este instrumento). En tal caso, y como se indica en el párrafo segundo del art. 7, todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su "domicile" en el territorio de uno de estos dos Estados (Esta figura del "domicile" en el Reino Unido e Irlanda es una figura específica y conecta a una persona con el país en el que tiene su residencia de forma permanente o indefinida y afecta a importantes aspectos que

afectan a las relaciones familiares y propiedad familiar. Toda persona tiene un “domicile” en todo momento si bien solamente uno).

Es por ello que la aplicación de las normas nacionales delimitadoras de la competencia judicial internacional solo va a ser posible cuando concurren una de estas dos situaciones: 1) Tener la parte demandante la nacionalidad o residencia habitual en un Estado miembro y no tener la parte demandada su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y no ser nacional (o no tener su “domicile” en el caso de Reino Unido e Irlanda) de un Estado miembro y 2) No resultar competente ningún tribunal de un Estado miembro en virtud de los criterios de competencia judicial y conexiones que fija el propio Reglamento en los arts 3 a 7 que seguidamente se pasan a indicar. Esta conclusión es a la que se ha llegado por medio de la STJUE C-68/07 de 29.11.2007 “Sundelind López” en la que se dijo que: “Los artículos 6 y 7 del Reglamento (CEE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, en lo que respecta a los Tratados con la Santa Sede, deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento”.

Tras esta precisión de lo que es el ámbito de aplicación del Reglamento y antes de analizar los criterios de conexión que el

mismo establece, es de destacar que el Reglamento no define lo que es matrimonio y si por ello se incluyen o no en él los matrimonios entre personas del mismo sexo, cuestión ésta generadora de problemas en muchos estados (no en el supuesto de España). Ejemplo de ello es la STEDH de 9.06.2016 (Chapin et Charpentier), que analiza la cuestión desde la perspectiva del art. 12 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (regulador del derecho a contraer matrimonio) y que reitera lo indicado en las STEDH de 24.06.2010 (Schalk y Kopf); 15.03.2012 (Gas y Dubois) y 16.07.2014 (Hämäläinen) que fijan la línea jurisprudencial, según la que “si bien la institución del matrimonio se ha visto profundamente afectada por la evolución de la sociedad desde la adopción del Convenio, no existe un consenso a nivel europeo sobre la regulación del matrimonio homosexual”. Ello se indica que obedece a que “el matrimonio está revestido de unas connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas, susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra”. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que no es su misión sustituir con su criterio al de las autoridades nacionales, que se encuentran mejor situadas para apreciar en cada caso las necesidades de su sociedad, y deja los aspectos relativos a la autorización o a las restricciones al matrimonio homosexual a la ley nacional de los Estados.

De entender que el matrimonio entre personas del mismo sexo está fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, la norma delimitadora de la competencia judicial internacional en lo que se refiere a estos matrimonios sería el art. 22 quáter LOPJ antes mencionado, mientras que de entenderlos comprendidos habría que acudir a los criterios del Reglamento 2201/2003. La opción de entenderlos incluidos tiene como argumento favorable el que en el Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

(que posteriormente se analiza), si que se contiene una previsión que lo hace operativo según la consideración que tenga en cada país el matrimonio de personas del mismo sexo (de reconocerse si se aplican sus disposiciones — art. 13). Es un argumento que se podría hacer extensible al Reglamento 2201/2003, aunque tiene el problema de no existir en el mismo una norma como la antes mencionada que si existe en el Reglamento 1259/2010. Es por ello que se trata de una cuestión discutible, si bien en la práctica dado que en la actualidad coinciden los criterios del Reglamento 2101/2003 y art. 22 quáter LOPJ los problemas no se plantearán, si bien de cara a obtener una solución correcta y no solo basada en la ausencia de problemas prácticos, siempre cabrá la posibilidad de plantear al TJUE una cuestión prejudicial sobre esta materia (con la complejidad que lleva involucrada).

En cuanto a los foros aplicables a la acción de nulidad, separación o divorcio, vienen determinados en el art. 3 del Reglamento 2201/2003 y respecto de los mismos lo que se debe destacar es que se trata de foros alternativos, no existiendo entre ellos ninguna graduación jerárquica (se enlazan con “o”), lo que supone que la parte actora puede con total libertad acudir a cualquiera de ellos, lo que puede tener importantes consecuencias pues (como mas adelante se verá) hay determinadas materias en las que la ley aplicable a los efectos se vincula a la ley del foro con lo que los efectos del divorcio pueden ser muy diferentes.

Es por ello que la acción de nulidad, separación o divorcio se puede entablar ante los tribunales del estado de:

- Residencia habitual de los cónyuges (al tiempo de interponerse la demanda), o
- Del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o

- De la residencia habitual del demandado (aunque el demandante o el matrimonio jamás hayan residido allí),
o
- En caso de demanda conjunta, de la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- De residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- De la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su “domicile”
- De la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» común.

De los criterios anteriores, el de residencia requiere una duración, regularidad, y vínculos de los que quepa deducir una permanencia en el territorio de un Estado miembro.

En cuanto a la nacionalidad (cuando es el criterio seguido), el Reglamento no exige que sea efectiva (en caso de ostentar dos). En relación a esta cuestión (y los criterios de aplicación fijados en el Reglamento) es de especial interés la STJUE de 16.07.2009 (Hadady) en la que se indica que: “48 En este contexto, el artículo 3, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento n° 2201/2003 prevé varios criterios para determinar la competencia, entre los cuales no establece ninguna jerarquía. Todos los criterios objetivos enunciados en el citado artículo 3, apartado 1, son alternativos. Habida cuenta del objetivo del citado Reglamento, que es garantizar la seguridad jurídica, el artículo 6 del mismo prevé en lo sustancial que las competencias definidas en los artículos 3 y 5 del mismo Reglamento tienen carácter exclusivo. 49 De lo

anterior se deduce que el sistema de reparto de competencias instaurado por el Reglamento nº 2201/2003 en materia de disolución del vínculo matrimonial no pretende excluir las competencias múltiples. Al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía. 50 Por ello, mientras que los criterios enumerados en el artículo 3, apartado 1, letra a), del citado Reglamento se basan, desde distintos puntos de vista, en la residencia habitual de los cónyuges, el criterio enunciado en la letra b) del mismo apartado es el de «la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicilio” común». Así pues, excepto en el caso de estos dos últimos Estados miembros, los tribunales de otros Estados miembros cuya nacionalidad posean los cónyuges serán competentes para conocer de las acciones en materia de disolución del vínculo matrimonial. 51 No obstante, nada en el tenor literal del artículo 3, apartado 1, letra b), da a entender que, a los efectos de aplicar esta disposición, únicamente pueda tomarse en consideración la nacionalidad «efectiva». En efecto, en la medida en que convierte la nacionalidad en un criterio para determinar la competencia, dicha disposición privilegia un punto de conexión unívoco y de fácil aplicación. Y no prevé ningún otro criterio relacionado con la nacionalidad, como puede ser, en particular, la efectividad de ésta. 52 Por otra parte, una interpretación en virtud de la cual tan sólo cabe tomar en consideración, a efectos del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, una nacionalidad «efectiva», no puede fundamentarse en la finalidad de dicha disposición ni en el contexto en el que se inscribe. 53 En efecto, por un lado, tal interpretación tendría como consecuencia restringir la facultad de los justiciables de elegir el tribunal competente, concretamente en el supuesto de ejercicio del derecho a la libre circulación de las personas. 54 En particular, dado que cabe considerar que la residencia habitual constituye un factor esencial a

la hora de determinar la nacionalidad más efectiva, los criterios de competencia previstos en el artículo 3, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento n° 2201/2003 se solaparían frecuentemente. En la práctica, ello equivaldría a establecer, respecto de aquellas personas que poseen varias nacionalidades, una jerarquía de los criterios para determinar la competencia establecidos en el citado apartado 1, jerarquía que no se desprende del texto de dicho apartado. En cambio, una pareja que sólo posea la nacionalidad de un único Estado miembro siempre podrá acudir a los tribunales de éste, incluso cuando su residencia habitual ya no esté situada en dicho Estado desde hace muchos años y existan muy pocos puntos de conexión efectiva con este último.⁵⁵ Por otra parte, debido al carácter poco preciso del concepto de «nacionalidad efectiva», habrían de tomarse en consideración toda una serie de circunstancias, las cuales no siempre conducirían a un resultado claro. De ello se deduce que la obligación de controlar los puntos de conexión entre los cónyuges y sus nacionalidades respectivas haría más laborioso el examen de la competencia judicial y sería contraria al objetivo consistente en facilitar la aplicación del Reglamento n° 2201/2003 mediante la utilización de un criterio de conexión sencillo y unívoco.⁵⁶ Es verdad que, en virtud del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 2201/2003, cuando los interesados poseen varias nacionalidades pueden ser competentes los tribunales de varios Estados miembros. No obstante, tal como han señalado la Comisión y los Gobiernos francés, húngaro y eslovaco, en el supuesto de que se inicien procedimientos ante los tribunales de varios Estados miembros de conformidad con aquella disposición, el conflicto de competencia podrá resolverse aplicando la norma recogida en el artículo 19, apartado 1, del mismo Reglamento.⁵⁷ Por último, debe admitirse que el Reglamento n° 2201/2003, en la medida en que regula únicamente la competencia judicial, pero no establece normas de conflicto de leyes, puede cierta-

mente —como alega la Sra. Mesko— incitar a los cónyuges a acudir rápidamente a uno de los tribunales competentes para asegurarse las ventajas de la normativa material sobre divorcio aplicable con arreglo al Derecho internacional privado de ese foro. No obstante, contrariamente a las pretensiones de la Sra. Mesko, tal circunstancia no puede por sí misma tener como consecuencia el que deba considerarse abusivo el hecho de iniciar el procedimiento ante un tribunal competente en virtud del artículo 3, apartado 1, letra b), del mismo Reglamento. En efecto, tal como se desprende claramente de los apartados 49 a 52 de la presente sentencia, el hecho de iniciar un procedimiento ante los tribunales de un Estado miembro cuya nacionalidad posean ambos cónyuges no resulta contrario a los objetivos de la citada disposición, ni siquiera cuando no exista ningún otro punto de conexión con dicho Estado miembro. 58 En tales circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que, cuando cada uno de los cónyuges posea la nacionalidad de dos mismos Estados miembros, el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 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. Antes al contrario, los tribunales de los Estados miembros cuya nacionalidad posean los cónyuges son competentes en virtud de la citada disposición, pudiendo estos últimos elegir libremente el tribunal del Estado miembro ante el que se sustanciará el litigio...”.

La competencia anterior se extiende según el art. 4 a la reconvencción, siempre que afecte a una materia propia del Reglamento (lo mas habitual es que instada una demanda de separación se reconvenga interesando el divorcio) e incluso a la posibilidad de reconvertir una resolución ya dictada de separación en otra de divorcio (art. 5), posibilidad ésta que en principio no consta pre-

vista en la normativa procesal española ya que la norma alude a “conversión” y en el caso de España si tras una sentencia de separación se interpone una de divorcio ello supone el ejercicio de una acción independiente que requerirá de nuevo del análisis de los criterios delimitadores de la competencia judicial internacional en el momento en que se presente ya que, como se ha indicado, no se trata de una “conversión” de una separación en divorcio, sino de un proceso autónomo.

En lo referente al carácter de las normas antes indicadas, poseen una naturaleza exclusiva (de ahí su necesidad de apreciación de oficio — art. 17), señalando a este respecto el art. 6 que un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien sea nacional de un estado miembro (o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su “domicile” en el territorio de uno de estos dos Estados miembros), sólo puede ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de otro estado miembro en virtud de los fueros antes detallados.

Dado que los criterios antes señalados son alternativos y no existe ninguna jerarquía entre ellos, puede darse el caso de que se planteen simultáneamente acciones de nulidad, separación o divorcio por cada cónyuge en un estado diferente. En tal caso, el art. 19 del Reglamento otorga prioridad a la primera demanda presentada, estando obligado el tribunal que tramite la segunda a suspender su procedimiento (se emplea el imperativo “suspenderá”). Tal suspensión es temporal y se prolonga hasta el momento en que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera establezca su competencia. De producirse ello, el órgano que tramita la segunda presentada se debe inhibir a favor del primero.

Para saber que demanda ha sido presentada primero y que quepa entender por primera y segunda demanda, el Reglamento

en su art. 16 indica que se considera iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional: a) Desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para que la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado, o b) Si dicho escrito de demanda o documento equivalente ha de ser objeto de notificación o traslado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación o traslado, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del documento al órgano jurisdiccional. Es una norma que puede generar situaciones de auténticas carreras a ver quien es el primero en presentar la demanda, en tanto en cuanto el Reglamento 1259/2010 (regulador de la ley aplicable) no es aplicable en todos los Estados miembros (fija una cooperación reforzada) y en algunos sistemas, la determinación de la ley aplicable sigue el criterio de la “lex fori”, de forma que la competencia judicial internacional puede asimismo determinar la ley aplicable con las potenciales ventajas que ello puede comportar (no es el criterio de aplicación preferente en el Reglamento 1259/2010 como mas adelante se indicará, si bien en determinados casos es operativa, y existen muy importantes diferencias entre el planteamiento de una demanda de divorcio en un sistema causal y un sistema como el español en el que basta el mero transcurso del tiempo como para poder entender procedente el divorcio).

Si por cualquier motivo la primera demanda se extingue, deja de operar la regla de la prioridad temporal del art. 16 y recobra plenamente su competencia el tribunal que tramitó la segunda causa. Ello es lo que se planteó en la STJUE C-489/14 de 6.10.2015 “A” en el que la primera demanda caducó por inactividad del actor resolviendo el tribunal que: “Por lo que respecta

a los procedimientos de separación y de divorcio sustanciados entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros, el artículo 19, apartados 1 y 3, del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, en la que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda en el primer Estado miembro se ha extinguido después de que se presentara la segunda demanda ante un órgano jurisdiccional en el segundo Estado miembro, han dejado de concurrir los criterios de la litispendencia y, por tanto, la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda debe considerarse no establecida”.

Dado que la regulación de la litispendencia y conexidad que se contiene en el Reglamento (art. 19) solo afecta a aquellos litigios suscitados entre Estados miembros, cabrá entender que a la regulación de la litispendencia y conexidad con terceros Estados les será de aplicación el régimen fijado en la Ley 29/2015 y en concreto en sus arts 39 y 40. Para el caso de litispendencia internacional el art. 39 establece que: “1. Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional español, el órgano jurisdiccional español podrá suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio. Se presumirá la existencia de una conexión

razonable cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española para ese caso concreto. b) Que sea previsible que el órgano jurisdiccional extranjero dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España. c) Y que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia. 2. Los órganos jurisdiccionales españoles podrán acordar la continuación del proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el tribunal extranjero se hubiera declarado incompetente, o si, requerido por cualquier de las partes, no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia. b) Que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado sea suspendido o haya sido sobreseído. c) Que se estime poco probable que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado concluya en un tiempo razonable. d) Que se considere necesaria la continuación del proceso para la buena administración de justicia. e) Que se entienda que la sentencia definitiva que eventualmente pueda llegar a dictarse no será susceptible de ser reconocida y, en su caso, ejecutada en España. 3. El órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso y archivará las actuaciones si el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en España”.

Para los casos de demandas conexas indica el art. 40 que: “1. Se considerarán conexas a los efectos de este artículo las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones inconciliables. 2. Cuando exista un proceso pendiente ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extran-

jero en el momento en que se interpone ante un órgano jurisdiccional español una demanda conexa, este último podrá, a instancia de parte, y previo informe del Ministerio Fiscal, suspender el proceso siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Que sea conveniente oír y resolver conjuntamente las demandas conexas para evitar el riesgo de resoluciones inconciliables. b) Que sea previsible que el órgano jurisdiccional del Estado extranjero dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España. c) Y que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del proceso en aras de la buena administración de justicia. 3. El órgano jurisdiccional español podrá continuar con el proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que considere que ya no existe riesgo de resoluciones contradictorias. b) Que el proceso extranjero sea suspendido o concluido. c) Que estime poco probable que el proceso extranjero pueda concluirse en un tiempo razonable. d) Que considere necesaria la continuación del proceso en aras de la buena administración de justicia”.

Dada la completa regulación que se ha expuesto, y para concluir la exposición acerca de cual fuere el margen de aplicación del art. 22 quáter LOPJ, los criterios de conexión que el mismo establece son los siguientes: “... cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de

la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española”.

Dada la similitud de criterios se podría sostener que al fundar la competencia judicial internacional un tribunal español podría hacer referencia tanto al Reglamento 2201/2003 como a la LOPJ en tanto en cuanto fueren coincidentes. Tal actuación, si bien no tiene consecuencias prácticas, desde el punto de vista jurídico no se puede entender correcta pues la primacía del Derecho de la Unión Europea hace inoperativo el derecho nacional que (como se ha indicado) solo puede actuar en los casos en los que el Derecho de la Unión le deja.

2.2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

2.2.1. NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

Este es otro de los elementos que habitualmente se plantean en los procesos de familia, y necesita desde el punto de vista de la competencia judicial internacional un estudio específico e independiente de los demás que se pueden ver afectados. La importancia de su estudio específico (y análisis de las diversas opciones existentes) es un elemento que presenta una gran relevancia ya que (como mas adelante se verá), la determinación de la ley aplicable viene determinada en muchos casos por la jurisdicción competente.

La noción de responsabilidad parental es un concepto propio del derecho de la Unión Europea y se define en el art. 2,7 del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis que es el regulador de la materia) como: “...los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurí-

dicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita". La enumeración de posibles contenidos que contiene el Reglamento para la responsabilidad parental es meramente enunciativa y no exhaustiva pues indica el propio Reglamento que la mención a la custodia y derecho de visitas es "en particular" lo que atribuye a su mención un tono ejemplificativo. Ejemplo de ello lo es el supuesto planteado en la STJUE 27.11.2007 ("C") que incluyó en el ámbito de aplicación del Reglamento las decisiones referentes a la guarda y acogimiento de un menor acordada por una autoridad administrativa ya que se trata de un concepto integrado en la noción de responsabilidad parental, aún cuando se tratase en un país de una materia regulada por el derecho público. La responsabilidad parental además ha de venir referida a los "menores". Respecto a que quepa entender por tales, el Reglamento no fija una edad máxima a partir de la que se pierda tal condición. Es por ello que se debe estar a lo que determine cada derecho nacional reconociéndose en los restantes estados el régimen que en cada uno de ellos se determine, si bien la regla general es la de estimar que cesa la condición de "menor" a los 18 años. Por último en cuanto a lo que quepa entender por "hijo", el Reglamento Bruselas II bis ha supuesto una importante innovación respecto de su antecedente (el Reglamento Bruselas II) ya que no solamente afecta a los hijos comunes a una pareja, sino que se extiende a aquellos que son solo de uno de los cónyuges habidos en uniones anteriores y respecto de los que se establece asimismo un vínculo con el nuevo cónyuge del progenitor al que el derecho debe dar respuesta. Es por ello que la noción de hijo es amplia y abarca lo que se entiende doctrinalmente como "hijos de familia".

Este carácter amplio y no exhaustivo de la definición contenida en el Reglamento se ha puesto también de manifiesto en

la STJUE C-215/15 de 21.10.2015 (Vasilka Ivanova Gogova) en la que se indica que: "... A este respecto, en el artículo 2, punto 7, del Reglamento n° 2201/2003 el concepto de «responsabilidad parental» es objeto de una definición amplia, en el sentido de que comprende todos los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor (sentencias C, C-435/06, EU:C:2007:714, apartado 49, y C., C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, apartado 59). Por otro lado, si bien el artículo 1, apartado 2, de dicho Reglamento contiene una enumeración de las materias que el citado Reglamento incluye en el concepto de la «responsabilidad parental», esa enumeración no es exhaustiva, sino meramente indicativa, como lo evidencia el empleo del término «en particular» (sentencias C, C-435/06, EU:C:2007:714, apartado 30, y C., C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, apartado 63)...".

Otro ejemplo que cabe citar es la STJUE C-404/14 de 6.10.2015 (Marie Matoušková) en la que se precisó que: "... la aprobación de un acuerdo de reparto sucesorio concluido por el tutor de menores por cuenta de éstos constituye una medida relativa al ejercicio de la responsabilidad parental, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento, por lo que está comprendida en el ámbito de aplicación de éste, y no una medida relativa a las sucesiones, en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra f), del citado Reglamento, excluida del ámbito de aplicación de éste".

Partiendo de esta noción de responsabilidad parental, cabe considerar que no existe problema alguno en integrar dentro de él la figura de la autoridad familiar propia del CDFA (incluyendo la de personas distintas a los progenitores) e incluso las medidas de protección previstas en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

2.2.2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA

De igual modo que ocurre con la competencia en materia de nulidad, separación o divorcio, la regulación sobre la materia se contiene en el Reglamento 2201/2003, no pudiendo operar la normativa de la LOPJ mas que en el supuesto que prevé el propio Reglamento y que es el contenido en su art. 14 el cual solo permite tal aplicación de las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros (en el caso de España el art. 22 quáter d) si de los artículos 8 a 13 (que son los que regulan la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental —el único excluido es el art. 15 que contiene la regla especialísima de competencia del órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto que se fundamenta en un criterio de voluntariedad y cooperación) no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro.

La presente materia es también objeto de regulación 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 cuanto a las relaciones de éste con el Reglamento 2201/2003, el art. 61 del Reglamento 2201/2003 indica que: “En las relaciones con 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, el presente Reglamento se aplicará: a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante

del citado Convenio". Dados los términos de esta disposición, en la presente exposición se analiza el régimen del Reglamento 2201/2003 pues es el que regula las situaciones que se plantean con mas habitualidad en los tribunales españoles.

2.2.2.1. Criterio general

El criterio competencial en que se fundamenta el Reglamento (art. 8) es el de la residencia habitual del menor en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

La noción de "residencia habitual" puede ser en muchas ocasiones problemática en su interpretación, siendo lo esencial la existencia de una continuidad y voluntad de permanencia en el tiempo. A tal efecto la STJUE C-523/07 de 2.04.2009 (A) indicó que la noción de residencia habitual debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, 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, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. A la noción de residencia habitual también se refiere la STJUE C-497/10 de 22.12.2010 (Mercredi) TJCE 2010\411 que indicó que el concepto de residencia habitual debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. El caso analizado era la situación de un lactante que se encontraba con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro, distinto del Estado de su residencia habitual, al que ha sido trasladado, supuesto en el que el

Tribunal indicó que 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. Una vez concretada de esta forma la competencia, la misma se mantiene aún cuando el menor luego se desplace a otro lugar después de haber sido presentada la demanda, si bien en casos excepcionales es posible el transferir el procedimiento en virtud de la regla de la remisión a un órgano mejor situado para conocer del asunto.

2.2.2.2. Excepciones al criterio general

No obstante lo anterior, y siendo la regla general competencial en materia de responsabilidad parental la de la residencia habitual del menor, el Reglamento contiene cuatro excepciones a la regla anterior y que por su carácter de ley especial operan con preferencia frente a ella. Son las siguientes: 1) Mantenimiento de la jurisdicción de los tribunales de la anterior residencia (solo para pretensiones de modificación de derecho de visitas); 2) Sustracción internacional de menores; 3) Resolución de la responsabilidad parental junto con una cuestión matrimonial; 4) Resolución de la responsabilidad parental junto con otros procedimientos. 5) Sumisión en caso de estrecha vinculación del menor con un estado.

1) Mantenimiento de la jurisdicción de los tribunales de la anterior residencia (solo para pretensiones de modificación de derecho de visitas).

La misma aparece prevista en el art. 9 del Reglamento 2201/2003 el cual dispone que: “1. Cuando un menor cam-

bie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiriera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. 2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia”.

Es una norma que tiene una finalidad práctica cual es que conozca de esta cuestión el órgano jurisdiccional que hasta el momento del cambio de residencia había conocido de la causa.

Como se ha indicado, la petición debe limitarse a lo que es la regulación del régimen de visitas en el sentido que al mismo le da el propio Reglamento en su art. 2,10 y que es el: “... el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado”.

Para que opere esta excepción se han de reunir los siguientes requisitos:

i) El cambio de residencia ha de ser lícito. Respecto de que cabe entender un cambio de residencia lícito no existe definición en el Reglamento, si bien cabe derivarla “a contrario sensu” del concepto que el mismo da de traslado o retención ilícitos de un menor que se producen (art. 2,11) cuando: “... a) se haya pro-

ducido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”.

ii) Ha de tratarse de una petición de alteración del régimen de visitas formuladas (aquellas que tengan otra finalidad no están cubiertas por esta norma y por ello operan los criterios competenciales generales)

iii) La petición ha de estar formulada dentro de los tres meses siguientes al cambio de residencia

iv) El titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita ha de continuar residiendo habitualmente en el estado miembro de la anterior residencia habitual del menor

v) No debe mediar la aceptación de la competencia de los tribunales de la nueva residencia por parte del titular del derecho de visita que se encuentra en el estado de la anterior residencia del menor.

2) Sustracción internacional de menores;

Ésta es la segunda excepción a la atribución de la competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con la res-

ponsabilidad parental a los tribunales del Estado de residencia habitual del menor, evitando que una actuación ilícita se pueda ver amparada (es una práctica habitual que tras una sustracción internacional de menores el progenitor que la ha llevado a cabo proceda de forma inmediata a tratar de regularizar la situación instando una regulación de la responsabilidad parental en el estado al que ha desplazado al menor).

La noción de sustracción internacional de menores es la que se contiene en el art. 2,11 del Reglamento que antes se ha transcrito.

En estos casos, el criterio competencial es el del mantenimiento de la jurisdicción de los tribunales de la anterior residencia habitual del menor, solo adquiriendo competencia los del estado al que haya sido trasladado el menor (art. 10) si además de haber adquirido en el mismo la residencia habitual (en el sentido que a la misma se ha dado con anterioridad) se da una de estas dos circunstancias (basta que se de una de ellas pues el precepto utiliza el término alternativo “o bien”):

a) Que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención (en este caso desaparece el carácter ilícito de la misma),

b) Que concurren todos los siguientes requisitos:

— Residencia del menor en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor.

— Integración del menor en su nuevo entorno

— Cumplimiento de alguna de las condiciones siguientes:

i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,

ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor,

iii) que se haya archivado una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,

iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

Los casos aquí mencionados han sido objeto de una especial consideración y preocupación por parte del Tribunal de Justicia. Así la STJUE C-211/10 de 1.07.2010 (Povse) indicó que la sustracción ilícita de un menor no debe, en principio, tener la consecuencia de transferir la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado a los del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado, ni siquiera en el supuesto de que, a raíz del traslado, el menor haya adquirido una residencia habitual en éste. A tal efecto se indica que a la luz del papel central que el Reglamento otorga al órgano jurisdiccional competente y del principio de mantenimiento de la competencia de dicho órgano, procede considerar que una

«resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor» es una resolución definitiva, adoptada sobre la base de un examen completo del conjunto de elementos pertinentes, mediante la cual el órgano jurisdiccional competente se pronuncia sobre la cuestión de la custodia del menor y que no está ya sujeta a otras resoluciones administrativas o judiciales. El hecho de que este pronunciamiento sobre la cuestión de la custodia del menor prevea una revisión o un nuevo examen de esta cuestión de forma periódica, en un plazo concreto o en función de circunstancias determinadas, no priva a la resolución de su carácter definitivo.

3) Resolución de la responsabilidad parental junto con una cuestión matrimonial.

La tercera excepción aparece contenida en el art. 12 del Reglamento 2201/2003 y es una de las que se dan con mas habitualidad pues supone que se resuelva sobre la responsabilidad parental junto con la demanda de nulidad, separación o divorcio.

Tal norma dispone en su párrafo primero que: “1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda: a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor”.

Ello supone que en estos casos la competencia judicial internacional para resolver sobre la cuestión de responsabilidad

parental es la misma que aquella que existe para la resolución de la cuestión matrimonial, lo que puede suponer que no conozcan sobre ella los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor (aunque en la práctica suelen coincidir).

Dado que en materia de competencia judicial internacional sobre cuestiones matrimoniales los criterios delimitadores de la competencia son opcionales, la decisión que se adopte puede ser muy importante ya que (como mas adelante se dirá) ello puede afectar a la normativa que vaya a regular la responsabilidad parental con cuestiones tan importantes como si una determinada normativa da o no un carácter prioritario a la custodia compartida como sucede en la actualidad en el art. 80 CDFa.

Tales criterios (contenidos en el art. 3 del Reglamento 2201/2003) son los siguientes:

- Residencia habitual de los cónyuges (al tiempo de interponerse la demanda), o
- Del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- De la residencia habitual del demandado (aunque el demandante o el matrimonio jamás hayan residido allí), o
- En caso de demanda conjunta, de la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- De residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- De la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmedia-

tamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su “domicile”

— De la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» común.

Pero para que la materia de la responsabilidad parental siga estos criterios de competencia judicial internacional es necesario que se den además estos dos requisitos (es imprescindible que concurren ambos):

a) Al menos uno de los cónyuges ha de ejercer la responsabilidad parental sobre el menor;

b) La competencia judicial internacional para conocer también sobre la responsabilidad parental ha de haber sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

Si estas dos condiciones no se reúnen, se deberá proceder a la tramitación separada del proceso matrimonial y de aquel referente a la responsabilidad parental.

No obstante lo anterior (y a pesar de reunirse todos los requisitos y tramitarse la cuestión referente a la responsabilidad parental junto con la matrimonial), y evidentemente salvo en aquellos casos en los que coincidan en origen ambos criterios competenciales pues en tal caso la competencia viene determinada en base a la regla general (es el caso más habitual en el que los cónyuges/progenitores y los hijos residen en el mismo Estado), cuando la competencia en materia de responsabilidad parental viene determinada por una prórroga de competencia, tal competencia tiene un carácter temporal pues cesa en el

momento de la firmeza de la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, o cuando aún sin resolución hayan concluido los procedimientos por otras razones (así se detalla en el párrafo 2 del art. 12).

En relación a este supuesto (y como no podría ser de otro modo), el Tribunal de Justicia ha destacado la esencialidad de que se vincule con el interés superior del menor. Así en la STJUE C-436/13 de 1.10.2014 (“E”) ha indicado que esta competencia se extingue al recaer una resolución firme en el marco del procedimiento para el que se acordó la sumisión indicando que: “46 Aunque puede considerarse que la prórroga de una competencia aceptada por los titulares de la responsabilidad parental sobre un menor responde al interés superior de ese menor, no cabe admitir que, en todos los casos, tal competencia prorrogada siga respondiendo, una vez concluido el procedimiento para el que fue prorrogada y durante toda la minoría de edad de la persona en cuestión, al interés superior de ésta. 47 Por lo tanto, debe considerarse que, cuando se inicie un procedimiento ante un órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 12, apartado 3, del Reglamento nº 2201/2003, únicamente puede preservarse el interés superior del menor examinando, en cada caso particular, si la prórroga de competencia que se pretende es conforme con ese interés superior. 48 Además, dado que el citado artículo 12, apartado 3, tiene por objeto permitir a los titulares de la responsabilidad parental someter a un órgano jurisdiccional, de común acuerdo y siempre que se cumplan otros requisitos, cuestiones relativas a la responsabilidad parental para cuya apreciación no es, en principio, competente, no puede presumirse que tal acuerdo subsista, en todos los casos, una vez concluido el procedimiento iniciado y en relación con otras cuestiones que puedan suscitarse posteriormente...”.

4) Resolución de la responsabilidad parental junto con otros procedimientos.

También el Reglamento (y dentro de su art. 12 y en concreto en su párrafo 3) permite atribuir competencia para resolver en torno a cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental siempre que las mismas estén vinculadas con otro tipo de procedimientos (se puede pensar en los reguladores de situaciones en los que no existe matrimonio entre los progenitores), si bien es necesario que concurren de forma acumulativa los siguientes dos criterios:

a) Que el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro,

b) Cuando la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor.

Para estos casos no se prevé una regla de cesación de la competencia como la prevista para cuando la competencia por responsabilidad parental venga vinculada a un proceso matrimonial.

Dado que se trata de una regla que altera la general (residencia del menor), la misma ha sido objeto de una interpretación estricta por parte del Tribunal de Justicia. Así en la STJUE C-215/15 de 21.10.2015 (Vasilka Ivanova Gogova) se analiza lo que es la aceptación expresa de la competencia que (precisamente por el criterio excepcional de este criterio de atribución de competencia) ha de verificarse directamente por la propia parte, no siendo válida la de un mandatario "ad litem". Así en

la resolución antes mencionada se indica: "... Por otro lado, del considerando 12 del Reglamento n° 2201/2003 resulta que el criterio de competencia fijado en su artículo 12, apartado 3, constituye una excepción al criterio de proximidad, conforme al cual corresponde en primer lugar a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor conocer de las acciones en materia de responsabilidad parental respecto a ese menor, criterio que se expresa en el artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento. Como señaló el Abogado General en el punto 64 de su opinión, esta excepción pretende reconocer cierta autonomía a las partes en materia de responsabilidad parental. El requisito relativo al carácter inequívoco de la aceptación por todas las partes en el procedimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que se ha planteado el litigio debe interpretarse, por tanto, de manera estricta. 42 A este respecto, procede señalar, por una parte, que tal aceptación presupone, como mínimo, que el demandado tiene conocimiento del procedimiento que se desarrolla ante esos órganos jurisdiccionales. En efecto, si bien ese conocimiento no puede interpretarse, por sí solo, como aceptación de la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto, no cabe considerar, en cualquier caso, que el demandado ausente al que no se ha notificado el escrito de demanda y que ignora el procedimiento entablado acepta dicha competencia (véase, por analogía, respecto al artículo 24 del Reglamento n° 44/2001, la sentencia A, C-112/13, EU:C:2014:2195, apartado 54). 43 Por otra parte, no es posible deducir la voluntad del demandado en el litigio principal del comportamiento de un mandatario ad litem designado por los citados órganos jurisdiccionales en ausencia de dicho demandado. Al no tener contacto con el demandado, ese mandatario no puede obtener de él la información necesaria para aceptar o impugnar la competencia de esos mismo órganos jurisdiccionales con

conocimiento de causa (véase, en este sentido, la sentencia A, C-112/13, EU:C:2014:2195, apartado 55)...”.

2.2.2.3. Otros fueros

Junto al criterio de residencia habitual del menor (con los posibles supuestos de prórroga de jurisdicción ya analizados), el Reglamento 2201/2003 prevé otros foros. Dos de ellos operan en defecto del de la residencia habitual del menor y el tercero como complemento de los establecidos

1) Competencia basada en la presencia del menor: Es un criterio que se contiene en el art. 13 para el caso en que el menor no haya podido adquirir una residencia habitual o cuando se trate de menores refugiados y menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país. En tal caso, la competencia para resolver en torno a las cuestiones referentes a su responsabilidad parental corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor (este es el supuesto que se dará ante la enorme problemática de los flujos de refugiados que está recibiendo la Unión Europea procedentes de países en situaciones de conflicto y cuando se planteen cuestiones de responsabilidad parental a ellos referidos).

2) Si en virtud de los criterios anteriores no resulta competente ningún Estado miembro, el art. 13 permite aplicar las reglas previstas en la normativa interna y que en el caso de España son las que se establecen en el art. 22 quáter d) LOPJ. Estas normas (dada la primacía del Derecho de la Unión Europea) solo son susceptibles de aplicación en caso de ausencia de regulación normativa por el Derecho de la Unión y en la medida en que el mismo contenga la remisión al derecho nacional. Es por ello que de los criterios que fija la norma el único de aplicación es aquel en base al que, no residiendo el menor ni en

España ni en ningún Estado miembro de la Unión Europea, el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda. Tal norma permitiría la atribución de competencia por ejemplo a casos en los que un menor esté en una zona de conflicto fuera de la Unión Europea y uno de sus progenitores resida en España.

3) Supuesto de estrecha vinculación del menor con un estado.

Esta es una competencia excepcional que se contiene en el art. 15 y permite (es una opción pues el Reglamento utiliza la expresión “podrán” que no tiene carácter imperativo) la posibilidad de llevar a cabo una transferencia de procedimientos para determinados casos en los que habiéndose iniciado el proceso en un estado por ser donde se encontraba la residencia habitual del menor al tiempo de interponer la demanda, ello no obstante en un momento ulterior se han producido cambios en las circunstancias que justifican que del proceso continúe conociendo el tribunal de otro estado al que se remite la causa originaria para que la siga.

El requisito básico para que ello pueda operar es que el menor mantenga con el nuevo estado lo que se conoce como “vinculación especial” y ello se puede dar en cinco casos que el Reglamento enumera de forma exhaustiva (no meramente ejemplificativa pues utiliza el imperativo “se considerará”) y que son los de:

a) Haber adquirido el menor en ese lugar la residencia habitual tras la presentación de la demanda (si la hubiere tenido antes de la presentación de la demanda la competencia correspondería ya de origen al estado de la nueva residencia habitual del menor);

b) Haber residido el menor de forma habitual en ese estado (antes de hacerlo en el estado en el que se presentó la demanda);

c) Ser el menor nacional de ese estado;

d) Ser ese estado el lugar de residencia habitual de un titular de responsabilidad parental;

e) Poseer el menor en ese estado un patrimonio siempre que el proceso se refiera a medidas de protección del mismo.

Si se dan estas circunstancias (y siempre atendiendo al superior interés del menor) cabe “transferir” el proceso (o la parte del mismo referente a la responsabilidad parental si incluye otras cuestiones) en base a dos vías:

a) A iniciativa del propio tribunal que esté conociendo de la causa que solicita del órgano jurisdiccional del otro estado miembro con el que piensa que el menor tiene esos “vínculos mas estrechos” que inste un proceso sobre la responsabilidad parental y se declare competente.

b) A iniciativa de las partes del proceso que esté tramitando el proceso. En este caso el tribunal que conoce de la causa indica a las partes que han de presentar una demanda ante los tribunales del otro Estado, fijando un plazo para ello con la advertencia de que en caso de no hacerlo se mantiene su competencia

En ambos casos, una vez tenga conocimiento el tribunal del nuevo Estado, debe éste decidir en seis semanas si acepta o no la competencia para lo que se fomenta el contacto directo entre tribunales (con el papel esencial que en ello pueden jugar las autoridades centrales o los puntos de contacto de la Red Judicial Europea Civil y Mercantil) de forma que entre ambos decidan lo que sea mejor para el menor. En caso de aceptarse la competencia, se remite el caso al nuevo tribunal con traducción de los documentos (o al menos de lo mas esencial).

2.2.3. MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES

La competencia para la adopción de las mismas le corresponde a los tribunales que tramitan el proceso principal, si bien en caso de urgencia, cabe la adopción de medidas por parte de los órganos jurisdiccionales de un estado miembro en relación con personas o bienes presentes en dicho estado miembro, aun cuando, en virtud del Reglamento, la competencia para conocer de la causa corresponda a los tribunales de otro estado miembro.

Dichas medidas pueden abarcar todas las materias y su régimen jurídico viene determinado por el Derecho de cada estado.

En cuanto a las que afectan a materias cubiertas por el Reglamento, una vez que se inicie el proceso en este otro estado miembro y se haya adoptado la pertinente decisión en cuanto a medidas cautelares, las inicialmente adoptadas con carácter urgente dejarán de aplicarse.

Estas medidas pueden adoptarse en tanto en cuanto no sea el órgano jurisdiccional de otro estado el que conoce de la causa y tiene competencia para ello pues podría ser una vía de elusión de los criterios competenciales que la propia norma establece. Ello ha sido objeto de un especial pronunciamiento en la STJUE C-403/09 de 23.12.2009 (Detiček) en la que se indica que: "... el artículo 20, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 establece que, en determinadas circunstancias, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que se encuentre el menor están autorizados para adoptar medidas provisionales o cautelares previstas en la legislación de dicho Estado, aun cuando, en virtud del citado Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sea competente para conocer sobre el fondo. En la medida en que constituye una excepción al sistema de competencia previsto por dicho Reglamento, esta disposición debe interpretarse de modo estricto. 39 Tal y como resulta del propio

tenor del artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, los órganos jurisdiccionales contemplados en esta disposición sólo están autorizados a adoptar esas medidas provisionales y cautelares cuando éstas cumplan tres requisitos acumulativos: las medidas de que se trata deben ser urgentes, deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro en el que ejerzan su competencia dichos órganos jurisdiccionales y deben tener carácter provisional (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, Rec. p. I-0000, apartado 47). 40 Por lo tanto, el hecho de que no se cumpla uno solo de esos tres requisitos implica que la medida proyectada no puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003...". De tales requisitos la sentencia analiza la concurrencia del de la urgencia respecto del que dice: "...42 Dado que el artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003 faculta a un órgano jurisdiccional que no es competente para conocer del fondo para adoptar, excepcionalmente, una medida provisional en materia de responsabilidad parental, debe considerarse que el concepto de urgencia contenido en esa disposición se refiere a la vez a la situación en la que se encuentra el menor y a la imposibilidad práctica de presentar la demanda sobre la responsabilidad parental ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo...". En el caso contemplado se había producido un traslado ilícito del menor que hace que el Tribunal indique que no existe la posibilidad de adoptar medidas cautelares indicando lo siguiente: "...49 El reconocimiento de una situación de urgencia en un caso como el de autos sería contrario al objetivo del Reglamento nº 2201/2003, que es evitar los traslados o retenciones ilícitos de menores entre Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2008, Rinau, C-195/08 PPU, Rec. p. I-5271, apartado 52). TJCE 2008\161 En efecto, admitir que una medida que implique el cambio de la responsabilidad parental pueda adoptarse con

arreglo al artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, equivaldría a reforzar la posición del progenitor responsable del traslado ilícito, consolidando una situación de hecho derivada de un comportamiento ilícito...”.

2.2.4. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Las normas antes indicadas poseen un carácter exclusivo (de ahí su necesidad de apreciación de oficio —art. 17).

Dado que pueden concurrir varios criterios como alternativos y no existe ninguna jerarquía entre ellos, puede darse el caso de que se planteen simultáneamente acciones de responsabilidad parental en un estado diferente. En tal caso, y con independencia de la aplicación de la norma del art. 15 que es la que se estima sería mas idónea pero que no tiene carácter imperativo, el art. 19 del Reglamento otorga prioridad a la primera demanda presentada, estando obligado el tribunal que tramite la segunda a suspender su procedimiento (se emplea el imperativo “suspenderá”). Tal suspensión es temporal y se prolonga hasta el momento en que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera establezca su competencia. De producirse ello, el órgano que tramita la segunda presentada se debe inhibir a favor del primero.

Para saber que demanda ha sido presentada primero y que quepa entender por primera y segunda demanda, el Reglamento en su art. 16 indica que se considera iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional: a) Desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para que la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado, o b) Si dicho escrito de demanda o documento equivalente ha de ser objeto de noti-

ficación o traslado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación o traslado, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del documento al órgano jurisdiccional.

Pese a la claridad de la norma antes transcrita, se puede suscitar la duda acerca de si se puede entender que una petición de medidas provisionales al amparo del art. 20 del Reglamento 2201/2003 se puede o no considerar una primera demanda. En relación a ello la STJUE C-296/10 de 9.11.2010 (Perrucker) parte del principio de que no se puede establecer una distinción entre la naturaleza de los procedimientos incoados ante estos órganos jurisdiccionales, es decir, procedimiento de medidas provisionales o procedimiento sobre el fondo del asunto. No obstante lo anterior, la sentencia indica que depende de las circunstancias del caso entender si el procedimiento de medidas provisionales supone o no un primer procedimiento (a los efectos de la litispendencia) ya que ello depende de la extensión de la competencia del tribunal en su adopción y si ello determina la posibilidad de potencial conocimiento ulterior del asunto principal en virtud de las previsiones de la legislación nacional y de las reglas del propio Reglamento. Así establece la sentencia que: “77 Si del objeto de la demanda formulada ante el primer juez y de los hechos que describe se desprende de forma manifiesta que la demanda no contiene ningún elemento que permita justificar la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto dicha demanda para conocer del fondo del asunto, en el sentido del Reglamento n° 2201/2003, el segundo órgano jurisdiccional podrá estimar que no existe litispendencia. 78 En cambio, si de las pretensiones del demandante o de los hechos contenidos en la demanda formulada ante el primer órgano jurisdiccional, aunque tenga por objeto la obtención de

medidas provisionales, se desprende que la demanda se interpuso ante un órgano jurisdiccional que, a primera vista, pudiera ser competente para conocer del fondo del asunto, es preciso que el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar suspenda el procedimiento conforme al artículo 19, apartado 2, del Reglamento nº 2201/2003 hasta que se determine la competencia del primero. Según las circunstancias, y si se cumplen los requisitos del artículo 20 de este Reglamento, el segundo órgano jurisdiccional podrá adoptar las medidas provisionales necesarias en interés del menor. 79 La existencia de una resolución judicial de adopción de medidas provisionales que no precise si el órgano jurisdiccional que ha adoptado tales medidas es competente para conocer del fondo del asunto, no puede constituir una prueba, en apoyo de una excepción de litispendencia, de la existencia de una demanda sobre el fondo del asunto, a falta de precisiones sobre la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se planteó la primera demanda y sobre los hechos recogidos en la demanda sobre el fondo del asunto. 80 No obstante, es preciso que el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar examine por sí mismo si la resolución del primer órgano jurisdiccional, en la medida en que se trata de adoptar medidas provisionales, era solamente condición previa para una resolución posterior dictada con mayor conocimiento de causa y en unas circunstancias no marcadas ya por la urgencia de resolver. El órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar debe examinar además si existe una unidad procesal entre la demanda de medidas provisionales y una demanda sobre el fondo del asunto interpuesta con posterioridad”.

Esta regulación es la que se estima operativa ante el carácter que posee el Reglamento y respecto de la previsión que se contiene en los arts 39 y 40 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de

cooperación jurídica internacional en materia civil (reguladoras de la litispendencia internacional y de las demandas conexas), precisamente en base a lo que el art. 2 de la misma indica. Tal precepto, al regular el sistema de fuentes, indica que: “La cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte. b) Las normas especiales del Derecho interno. c) Subsidiariamente, por la presente ley”. Dado que la regulación de la litispendencia y conexidad que se contiene en el Reglamento solo afecta a aquellos litigios suscitados entre Estados miembros, cabrá entender que a la regulación de la litispendencia y conexidad con terceros Estados les será de aplicación el régimen fijado en la Ley 29/2015 antes indicado.

2.3. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE ALIMENTOS

En materia de alimentos, la competencia judicial internacional viene regulada por el Reglamento 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

A diferencia de la regulación que antes se ha contemplado en materia de competencia judicial internacional en cuestiones matrimoniales y de responsabilidad parental, el Reglamento 4/2009 no contiene ninguna remisión al derecho nacional. Ello hace que la regulación que se contiene en el art. 22 quáter f) LOPJ no va a ser de aplicación ante la primacía del Derecho de la Unión Europea, si bien a efectos prácticos ello no va a plantear problemas específicos habida consideración de que los criterios que se recogen en la LOPJ son los del Reglamento. En todo caso, y a pesar de esta coincidencia, no se podrá alegar la LOPJ como

determinante de la competencia judicial internacional ya que la misma viene determinada por el Reglamento 4/2009.

Como excepción a esta aplicación general del Reglamento 4/2009, se debe hacer una precisión fundamentada en su art. 69 el cual indica que el mismo no afectará a la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento y que se refieran a materias reguladas por él. Esta previsión específica viene referida al 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 (también conocido como “Convenio Paralelo” de Lugano y que es correlativo al Reglamento 44/2001 —Bruselas I— que era el que regulaba las relaciones de alimentos antes de la entrada en vigor del Reglamento 4/2009). Tal convenio es de aplicación a las relaciones con Noruega, Suiza e Islandia. Su régimen específico no puede ser objeto de análisis detallado aún cuando se estima necesario indicar que la norma especial referida a esta materia y en defecto de sumisión es la que se contiene en su art. 5,2 el cual señala que: “Las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el presente Convenio podrán ser demandadas en otro Estado vinculado por el presente Convenio ... 2) en materia de alimentos: a) ante el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos; b) si se trata de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de esta, salvo que tal competencia se fundamente exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes, o c) si se trata de una demanda incidental a una acción relativa a la responsabilidad parental, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de esta, salvo que tal competencia se fundamente exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes...”.

2.3.1. CONCEPTO DE ALIMENTOS

La primera cuestión que se suscita en esta materia (que como se viene sosteniendo requiere de un estudio específico y diferenciado de las demás cuestiones que se plantean en un procedimiento de familia), es la referida a que cabe entender por alimentos, ya que pese a ser una noción propia del Derecho de la Unión Europea (así se indica en el apartado 11 del Preámbulo), la misma no aparece en el Reglamento que solo indica que se debe tratar de obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad, a fin de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores de alimentos.

Ante este carácter abierto de la noción, la concreción del concepto dependerá de la elaboración que del mismo haga el Tribunal de Justicia en virtud de las cuestiones prejudiciales que al mismo se planteen, si bien cabe partir de una noción de alimentos como todo lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica de quien los haya de percibir, incluyendo los gastos para la formación si éste es menor, y para la continuación de la formación, una vez llegado a la mayoría de edad, si no la ha finalizado antes por causa que no le sea imputable.

Dado el concepto amplio de esta figura, cabe sostener que dentro de ella cabrá incluir instituciones del Derecho Civil de Aragón como las referentes al uso del domicilio familiar (art. 81 CDFR) gastos de asistencia y alimentos de hijos menores (art. 82 CDFR), gastos de los hijos mayores o emancipados (art. 69 CDFR) e incluso la asignación compensatoria (art. 83 CDFR) y ésta última aún cuando su función es la de compensar el desequilibrio existente tras una ruptura familiar, pues puede ser equiparable a una noción amplia de alimentos (y distinta a la

específica del Derecho Civil de Aragón ya que se trata de una noción propia del Derecho de la Unión Europea).

2.3.2. CRITERIOS COMPETENCIALES

Dentro de lo que son los criterios de competencia judicial internacional, el Reglamento establece cuatro fueros: a) acuerdo expreso de sumisión (art. 4); b) sumisión tácita (art. 5); c) fueros generales (art. 3) y d) fuero subsidiario y de necesidad (arts 6 y 7). Estos fueros deben ser controlados de oficio por el tribunal que conoce de la causa (art. 10), lo que supone que en caso de no mediar ni sumisión expresa ni tácita, debe proceder el tribunal por propia iniciativa a analizar si en base a alguno de los criterios antes mencionados tiene o no competencia judicial internacional.

2.3.2.1. Sumisión expresa

A la misma se refiere el art. 4. La misma ha de ser escrita y puede afectar a todos los litigios en materia de alimentos salvo aquellos en los que el potencial beneficiario fuere un menor de 18 años. Como se ha destacado, siempre debe constar por escrito equiparándose a ello toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

No obstante lo anterior, la posibilidad de elección de tribunal competente no es absoluta, ya que el Reglamento fija una limitación respecto de los tribunales que cabe elegir y que solo pueden ser uno de los siguientes:

a) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que una de las partes tenga su residencia habitual;

b) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que sea nacional una de las partes;

Pese a esta regla, y en lo que respecta a las obligaciones de alimentos entre cónyuges o excónyuges, existe una especialidad ya que solo es posible elegir:

i) el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial, o

ii) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año.

2.3.2.2. Sumisión tácita

Es la que se produce en los casos en los que, aún cuando el tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda careciere de competencia judicial internacional, ello no obstante, debidamente emplazado, comparece ante él el demandado sin suscitar la competencia judicial internacional (es necesaria la comparecencia). Esta posibilidad opera en todos los casos, sin excluirse por ello las actuaciones referentes a alimentos a favor de menores de 18 años.

2.3.2.3. Fueros generales

Son los que deben actuar en ausencia de sumisión expresa o tácita y a ellos se refiere el art. 3 del Reglamento que fija una serie de fueros opcionales (cabe acudir a cualquiera de ellos pues el término que determina la opción entre uno y otro es el de “o”) y son:

a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual;

b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual;

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 (estas acciones son las de nulidad, separación, divorcio cuya determinación de competencia judicial internacional ha sido objeto anterior de análisis, si bien en este caso la competencia judicial internacional se mantiene incluso tras haberse dictado la sentencia);

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 (la competencia judicial internacional se mantiene incluso tras haberse dictado la sentencia).

En principio, entre los foros antes mencionados no existe jerarquía, si bien se suscitó la cuestión en torno a cual de las acciones de alimentos referentes a hijos menores que eran accesorias a una acción en un proceso matrimonial y también accesorias a otra acción en un procedimiento de responsabilidad parental debía prevalecer. En este caso, el Tribunal de Justicia optó por dar preeminencia a la segunda indicando en la STJUE C-184/14 de 16.07.2015 (A) que: “46 En efecto, procede subrayar la necesidad de tomar en consideración el interés superior del menor al interpretar las normas de competencia establecidas en el artículo 3, letras c) y d), del Reglamento n° 4/2009. Ello resulta particularmente importante en la medida en que la aplicación del Reglamento n° 4/2009 ha de llevarse a cabo de conformidad con el artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en virtud del cual, en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo

por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 47 En consecuencia, de la redacción del artículo 3, letras c) y d), del Reglamento n° 4/2009, de los objetivos perseguidos por dicho artículo y del contexto en el que se inscribe, se desprende que, cuando se han ejercitado acciones ante dos órganos jurisdiccionales, una relativa a la separación de los cónyuges o a la ruptura del vínculo conyugal entre cónyuges padres de hijos menores, y otra relativa a la responsabilidad parental de dichos hijos, no puede considerarse que la demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de estos últimos sea accesorio tanto a la acción relativa a la responsabilidad parental, en el sentido del artículo 3, letra d), de dicho Reglamento, como a la acción relativa al estado de las personas, en el sentido del artículo 3, letra c), de dicho Reglamento. Sólo puede considerarse accesorio a la acción en materia de responsabilidad parental... En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: El artículo 3, letras c) y d), del Reglamento (CE) n° 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, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de una acción de separación o de ruptura del vínculo conyugal entre los padres de un hijo menor de edad y un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro conoce de una acción de responsabilidad parental en relación con ese menor, una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de ese hijo sólo es accesorio a la acción relativa a la responsabilidad parental en el sentido del artículo 3, letra d), de dicho Reglamento”.

Junto a lo anterior (y para las demandas que tengan por objeto una modificación de una resolución anterior dictada en

materia de alimentos), el art. 8 del Reglamento establece que si la resolución anterior (que se pretende modificar) se ha dictado en el Estado donde el acreedor tiene su residencia habitual, el deudor no puede iniciar en ningún otro Estado miembro un procedimiento para que se modifique la resolución o se adopte una nueva mientras el acreedor continúe residiendo habitualmente en el Estado en que se dictó la resolución salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que cuando las partes hayan aceptado (con todos los criterios que antes se han detallado para la sumisión expresa del art. 4), la competencia de los órganos jurisdiccionales de ese otro Estado miembro;

b) que el acreedor se someta a la competencia de los órganos jurisdiccionales de ese otro Estado por comparecencia ante el mismo sin impugnar la competencia (art. 5)

c) cuando la autoridad competente del Estado de origen parte del Convenio de La Haya de 2007 (antecesor del Reglamento) no pueda o no quiera ejercer su competencia para modificar la resolución o dictar una nueva,

d) cuando la resolución dictada en el Estado de origen parte del Convenio de La Haya de 2007 no pueda ser reconocida o declarada ejecutiva en el Estado miembro en el que se esté considerando la posibilidad de un procedimiento para modificar la resolución o dictar una nueva.

2.3.2.4. Competencia subsidiaria y “forum necessitatis”

La competencia subsidiaria se atribuye a los tribunales del país en que las partes tengan nacionalidad común (art. 6), si bien ello solo puede operar cuando ningún Estado miembro resultare competente en virtud de las normas anteriores.

A este fuero de la nacionalidad se añade en el art. 7 (para evitar que una demanda de tanta trascendencia como una de alimentos quedare sin posible resolución y solo en casos excepcionales), la competencia de los tribunales con los que el litigio guarde una conexión suficiente, siempre que el procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un estado tercero con el que el litigio de alimentos tiene estrecha relación (“forum necessitatis”).

2.3.3. LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD

La regulación que a este respecto se contienen en los arts 12 y 13 está en plena sintonía con el régimen que en esta materia se contiene en otros Reglamentos (como el 44/01 —Bruselas I— o el 1215/2012 —Bruselas I refundición) y supone que en caso de litispendencia (igualdad de sujetos, objeto y causa entre dos procesos en paralelo y tramitados en Estados miembros, no Estados terceros) el tribunal que conozca de la segunda demanda (por la fecha de presentación) se inhíba a favor del que conoce de la primera presentada. En casos de conexidad se establece, o bien la inhibición a favor del que conociere la primera, o la suspensión de la segunda causa hasta la resolución de la primera, dependiendo una u otra posibilidad de las posibilidades que otorguen las leyes procesales del tribunal que conociere de la primera. Esta regulación es la que se estima operativa ante el carácter que se sostiene posee el Reglamento y respecto de la previsión que se contiene en los arts 39 y 40 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y precisamente en base a lo que el art. 2 de la misma indica. Tal precepto al regular el sistema de fuentes establece que: “La cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados inter-

nacionales en los que España sea parte. b) Las normas especiales del Derecho interno. c) Subsidiariamente, por la presente ley". Dado que la regulación de la litispendencia y conexidad que se contiene en el Reglamento solo afecta a aquellos litigios suscitados entre Estados miembros, cabrá entender que a la regulación de la litispendencia y conexidad con terceros Estados les será de aplicación el régimen fijado en la Ley 29/2015 antes indicado.

2.3.4. MEDIDAS CAUTELARES

Respecto de ellas, se reconoce asimismo competencia a los tribunales de un estado aunque no la tengan para conocer el fondo del asunto (y a esos solos efectos) en un precepto (el art. 14) que es idéntico al art. 31 del Reglamento 44/01 (Bruselas I) y el 35 del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I refundición). En el mismo se indica que: "Podrán solicitarse las medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sea competente para conocer sobre el fondo".

2.4. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

En relación a esta materia existen dos instrumentos de la Unión Europea que son por una parte el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8.07.2016 y que será aplicable a partir del 29 de enero de

2019) y de otra el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8.07.2016 y que será aplicable a partir del 29 de enero de 2019). Ello hace que en esta exposición primero se analiza la situación aplicable hasta ese momento, y aquella que se dará desde tal fecha.

En todo caso y respecto de ambos Reglamentos se debe indicar que se trata de dos textos normativos cuyo proceso de aprobación ha sido extremadamente complejo hasta el punto de que (al no poderse alcanzar la unanimidad que se requiere de cara a la aprobación de los instrumentos propios de derecho de familia), se tuvo que acudir al mecanismo de la cooperación reforzada (Decisión (UE) 2016/954 del Consejo, de 9 de junio de 2016, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas —DOUE L 159 de 16.06.2016), participando en estos instrumentos Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia. Es por ello que cuando estos Reglamentos se refieren a Estados miembros lo hacen solo en relación a éstos.

Ello no significa que los preceptos de tales Reglamentos solo se apliquen a las relaciones que se planteen en relaciones transnacionales con estos estados, pues en materias como competencia judicial internacional o ley aplicable la aplicabilidad es en principio general, siendo solo en materia de reconocimiento y ejecu-

ción de decisiones donde solo es posible recurrir al mecanismo previsto en estos instrumentos cuando se trate de relaciones que se den entre los estados antes mencionados.

Ante la vigencia de dos regímenes diferenciados (según el momento de que se trate), se procede seguidamente a la exposición de la situación actual y de aquella que se dará una vez sean aplicables los Reglamentos antes mencionados.

2.4.1. SITUACIÓN HASTA EL 29 DE ENERO DE 2019

Ante la ausencia (hasta la fecha mencionada y en relación a los Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, para la determinación de la competencia judicial internacional (que como se viene indicando debe hacerse por separado y materia por materia), opera respecto de los regímenes económico matrimoniales (y en su caso, en cuanto a las parejas estables no casadas del art. 305 CDFA y potenciales efectos patrimoniales —como los previstos en los arts 310 y 311 CDFA— y para el caso en que se estime que su régimen no es el propio de los alimentos que en donde se considera pudieren tener mejor encaje, si bien es una cuestión discutible de ahí que se deje constancia de ello), el art. 22 quáter c) LOPJ el cual indica que “... c) En materia de relaciones ... patrimoniales entre cónyuges, ..., siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al

tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española”.

2.4.2. SITUACIÓN TRAS EL 29 DE ENERO DE 2019

La fecha antes mencionada es aquella a partir de la cual son de aplicación tanto el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales como el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, si bien solo son de aplicación a las acciones judiciales ejercitadas a partir de tal fecha.

Por regímenes económico matrimoniales se entienden todas las normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución, no operando (entre otras materias) respecto de todo lo que pudiere estar relacionado con la seguridad social o el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los

derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante el mismo.

Por su parte los efectos patrimoniales de la unión registrada vienen referidos al conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión registrada o su disolución. Por unión registrada (a los efectos del Reglamento), se entiende el régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación. Dado que la institución de la unión registrada no está prevista en todos los Estados miembros, el Reglamento prevé en su considerando 36 que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuyo Derecho no prevea la institución de la unión registrada se podrán ver, excepcionalmente, en la necesidad de declinar su competencia en virtud del Reglamento.

2.4.2.1. Competencia judicial internacional en los casos de regímenes económico matrimoniales

La verificación de la competencia es de oficio (art. 15), fijando el Reglamento diversos criterios según que el asunto relacionado con el régimen económico matrimonial tenga o no conexión con otra materia directamente vinculada con el mismo cual es el caso del fallecimiento de uno de los cónyuges o la nulidad, separación o divorcio. Igualmente regula la litispendencia y conexidad intracomunitaria en los arts 17 y 18 (solo la que se da entre los Estados miembros —los partícipes en el Reglamento) y basada en el criterio de prioridad temporal. Igualmente existe una regla en materia de medidas provisionales o cautelares que permite

que se puedan instar (art. 19) ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro las medidas provisionales, siempre que se trate de medidas de que se puede disponer con arreglo al Derecho de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo del asunto. Finalmente existe en el art. 12 una previsión de competencia para tramitar la reconvención siempre que la misma entre dentro del ámbito del propio Reglamento.

— Competencia sobre regímenes económico matrimoniales en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges

En caso de deberse proceder a la resolución de alguna cuestión referente al régimen económico matrimonial tras el fallecimiento de uno de los cónyuges (lo que sucede pues el fallecimiento extingue el régimen económico matrimonial que es necesario liquidar antes de proceder a las cuestiones referentes a la herencia de la persona fallecida), el Reglamento en su art. 4 hace una remisión al Reglamento (UE) n.º 650/2012, siendo por ello los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de la sucesión asimismo los que lo son para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con tal sucesión. Estas normas son las de elección siempre que el foro elegido sea el del mismo estado que el de la ley aplicable y siempre que la misma sea la de un estado de la Unión Europea (art. 5). En defecto de sumisión opera la competencia del tribunal de la residencia habitual del causante en momento del fallecimiento (art. 4). Para el supuesto en que el causante no tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un estado miembro, opera la jurisdicción de los tribunales del estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia (*forum rei sitae*) siempre que: a) el causante poseyera la nacionalidad de dicho estado miembro en el momento del

fallecimiento, o, en su defecto b) el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual. Esta competencia anterior abarcará la totalidad de la sucesión. Por el contrario, si no se reúnen las dos condiciones antes mencionadas, la competencia de los tribunales del lugar en que se encuentren los bienes sólo alcanzará para pronunciarse sobre los bienes que estén en tal estado. Finalmente y con carácter general se establece un *forum necessitatis* que actúa cuando aplicando las normas anteriores ningún tribunal de un estado miembro sea competente y siempre que se den circunstancias excepcionales de las que se derive la imposibilidad o se estime que no pudiese iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha. En tal caso la competencia corresponde al tribunal del estado miembro con el que el asunto tenga una vinculación suficiente. Finalmente el Reglamento 650/2012 igualmente contiene unas normas adicionales en materia de litispendencia y conexidad (también solo intracomunitarias y basadas en el principio de la prioridad temporal), medidas provisionales (corresponde adoptarlas al tribunal que conoce del asunto principal, si bien excepcionalmente también se reconoce competencia al tribunal del lugar de adopción de la medida) y normas excepcionales para los casos de bienes situados en otro estado y se espere que no va a ser posible el reconocimiento/ejecución de la decisión que se tome (la jurisdicción antes delimitada, se le puede establecer una limitación de las posibilidades de conocimiento en el procedimiento - art. 12 - excluyendo lo que afecta a bienes situados en otro estado y se espere que no va a ser posible el reconocimiento/ejecución de la decisión que se tome) que igualmente son de aplicación a los regímenes económico matrimoniales.

— Competencia sobre regímenes económico matrimoniales en caso de nulidad, separación o divorcio.

En estos casos el órgano competente para conocer de la acción de nulidad, separación o divorcio lo es igualmente para las cuestiones referentes a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Tales órganos se han indicado anteriormente si bien, para que tal competencia pueda ser operativa, existen determinados casos en los que es además necesario que medie un acuerdo sobre la competencia para resolver sobre la liquidación del régimen económico matrimonial. Se trata de los supuestos en los que la competencia para conocer de la nulidad, separación o divorcio derive de alguno de los siguientes criterios: a) sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y haya residido durante al menos un año inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda; b) sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro del que el demandante sea nacional y en el que resida habitualmente y haya residido durante al menos seis meses inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda; c) deba resolver en los casos de conversión de la separación judicial en divorcio, o d) deba resolver en los casos de competencia residual. Si el acuerdo se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial, dicho acuerdo debe expresarse por escrito, fechado y firmado por las partes. Se considera escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

— Demás supuestos.

En los demás casos, para resolver cuestiones acerca del régimen económico matrimonial, en principio la competencia corresponde a los tribunales del estado que hayan elegido las partes

(art. 7), si bien la elección debe recaer en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable al régimen económico matrimonial o se trate de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio. Dicho acuerdo debe expresarse por escrito, fechado y firmado por las partes. Se considera escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

En defecto de acuerdo, cabe la sumisión (salvo que se trate de cuestiones referentes al régimen económico matrimonial derivadas del fallecimiento de uno de los cónyuges o en los supuestos de nulidad, separación y divorcio y o exista aceptación de la competencia). La sumisión solo se da por medio de comparecencia del demandado, si bien siempre que se trate de un órgano jurisdiccional del Estado miembro cuya ley sea aplicable.

A falta de acuerdo o sumisión (art. 6) la competencia es de los tribunales (el criterio de atribución competencial es en cascada, esto es, que un criterio solo opera de no poderse aplicar el anterior): a) en cuyo territorio tengan los cónyuges su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional; o, en su defecto, b) en cuyo territorio hayan tenido los cónyuges su última residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional; o, en su defecto, c) en cuyo territorio tenga el demandado su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional; o, en su defecto, d) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional.

Dado el carácter de la materia y los problemas que se pueden plantear en determinados estados por no reconocerse en

ellos el matrimonio entre personas del mismo sexo (situación que no se da en el caso de España pero que puede implicar que los tribunales españoles deban conocer de determinados casos de liquidación del régimen económico matrimonial en el caso de matrimonios de personas del mismo sexo cuyo conocimiento en principio correspondería a los tribunales de otro estado) contempla el Reglamento lo que denomina competencia alternativa (art. 9). En tal supuesto la competencia será de los tribunales a los que se hayan sometido las partes de común acuerdo (en este caso la sumisión cabe en todo caso). En su defecto en cualquiera de los tribunales que tienen competencia general conforme al art. 6 y sin necesidad de seguir e criterio de la competencia en cascada. Finalmente la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio.

El Reglamento contempla una competencia subsidiaria (art. 10) para cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente en virtud de los criterios anteriores en cuyo caso se indica que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en la medida en que un bien inmueble de uno o ambos cónyuges se encuentre en el territorio de dicho Estado miembro, en cuyo caso el órgano jurisdiccional que conozca del asunto solo será competente para resolver sobre el bien inmueble de que se trata.

De igual modo existe una norma de *forum necessitatis* (art. 11) cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente en virtud de las reglas anteriores (incluyendo las de ubicación de inmuebles del art. 10) en cuyo caso pueden resolver sobre el régimen económico matrimonial los órganos de un Estado miembro si el proceso no pudiese incoarse o desarrollarse razonablemente o si resultare imposible en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una conexión estrecha.

2.4.2.2. Competencia judicial internacional en los casos de efectos patrimoniales de uniones registradas

En relación a las mismas, es necesario con carácter previo indicar que la exposición que se contiene seguidamente viene referida exclusivamente a lo que se puede entender por uniones registradas a los efectos del Reglamento que ya se han indicado son las que se producen a resultas del régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación.

El problema que se puede plantear es el referente a los potenciales efectos patrimoniales de uniones de hecho que no encajen dentro de la definición contenida en el Reglamento, como sucede en el CDFA cuyo art. 305 considera que hay pareja estable no casada indicando al respecto que ello se da cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo (algo que se puede acreditar mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia) o se haya manifestado la voluntad de constituir la mediante escritura pública. Para estos casos de parejas estables no casadas al amparo del art. 305 CDFA (y en tanto en cuando no se acomode el CDFA al Reglamento — algo respecto de lo que no existe ninguna obligación) y que no se puedan considerar uniones registradas a los efectos del Reglamento (si lo pueden ser no se suscita problema alguno ya que es de plena aplicación el régimen del Reglamento), de cara a la determinación de la determinación de la competencia judicial internacional continuaría siendo de aplicación la previsión contenida en el art. 22 quáter c) LOPJ (de poderse hacer extensivo a efectos patrimoniales de una pareja estable no casada, lo que puede ser discutible si bien en su caso cabría entender que al mismo se podría recu-

rrir a título de ejemplo en caso de solicitarse la operatividad de los efectos patrimoniales de la extinción de la pareja estable no casada que se contienen en los arts 310 y 311 CDFA y para el caso en que se estime que su régimen no es el propio de los alimentos que en donde se considera pudieren tener mejor encaje, si bien es una cuestión discutible de ahí que se deje constancia de ello).

En caso de entender que la pareja es una unión registrada a los efectos del Reglamento, el régimen es semejante al fijado para los regímenes económico matrimoniales, verificándose la competencia es de oficio (art. 15), fijando el Reglamento diversos criterios según que el asunto relacionado con el régimen económico matrimonial tenga o no conexión con otra materia directamente vinculada con el mismo cual es el caso del fallecimiento de uno de los cónyuges o la nulidad, separación o divorcio. Igualmente regula la litispendencia y conexidad intracomunitaria en los arts. 17 y 18 (solo la que se da entre los Estados miembros —los partícipes en el Reglamento) y basada en el criterio de prioridad temporal. Igualmente existe una regla en materia de medidas provisionales o cautelares que permite que se puedan instar (art. 19) ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro las medidas provisionales, siempre que se trate de medidas de que se puede disponer con arreglo al Derecho de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo del asunto. Finalmente existe en el art. 12 una previsión de competencia para tramitar la reconversión siempre que la misma entre dentro del ámbito del propio Reglamento.

— Competencia sobre efectos patrimoniales de uniones registradas en caso de fallecimiento de uno sus integrantes

En caso de deberse proceder a la resolución de alguna cuestión referente al régimen económico matrimonial tras el falle-

cimiento de uno de los cónyuges (lo que sucede pues el fallecimiento extingue el régimen económico matrimonial que es necesario liquidar antes de proceder a las cuestiones referentes a la herencia de la persona fallecida), el Reglamento en su art. 4 hace una remisión al Reglamento (UE) n.º 650/2012, siendo por ello los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de la sucesión asimismo los que lo son para resolver sobre los efectos patrimoniales de uniones registradas.

- Competencia sobre los efectos patrimoniales de uniones registradas en caso de disolución o anulación de una unión registrada

En estos casos (no existe norma de la Unión Europea reguladora de la competencia judicial internacional para regular los efectos de la ruptura en si misma), el Reglamento prevé que los órganos jurisdiccionales de tal Estado miembro son los competentes para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada que tengan conexión con la disolución o anulación de la misma si bien solo cuando sus miembros lo acuerden. Si el acuerdo se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial, dicho acuerdo debe expresarse por escrito, fechado y firmado por las partes. Se considera escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

- Demás supuestos.

En los demás casos, en principio la competencia corresponde a los tribunales del estado que hayan elegido las partes (art. 7), si bien la elección debe recaer en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable al régimen económico matrimonial o se trate de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio. Dicho acuerdo debe

expresarse por escrito, fechado y firmado por las partes. Se considera escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

En defecto de acuerdo, cabe la sumisión (salvo que se trate de cuestiones derivadas del fallecimiento de uno de los cónyuges o en los supuestos de disolución o anulación de una unión registrada). La sumisión solo se da por medio de comparecencia del demandado, si bien siempre que se trate de un órgano jurisdiccional del Estado miembro cuya ley sea aplicable.

A falta de acuerdo o sumisión (art. 6) la competencia es de los tribunales (el criterio de atribución competencial es en cascada, esto es, que un criterio solo opera de no poderse aplicar el anterior): a) en cuyo territorio tengan los miembros de la unión registrada su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; o, en su defecto, b) en cuyo territorio hayan tenido los miembros de la unión registrada su última residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda; o, en su defecto, c) en cuyo territorio tenga el demandado su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; o, en su defecto, d) de la nacionalidad común de los miembros de la unión registrada en el momento de la interposición de la demanda; o, en su defecto, e) conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

Dado el carácter de la materia y los problemas que se pueden plantear en determinados estados por no reconocerse esta figura (situación que se da en el caso de España pues no existe una regulación uniforme de estas figuras que implique un registro y un procedimiento específico para la disolución de la unión en tanto que tal) se prevé lo que el Reglamento denomina (art. 9) como competencia alternativa, lo que implica que el órgano jurisdiccional ante el que se le hubiere sometido la cuestión se

deberá inhibir sin dilación (es en principio lo que les pasará a los tribunales españoles) a los que tribunales del Estado miembro al que se hayan sometido las partes de común acuerdo (en este caso la sumisión cabe en todo caso). En su defecto en cualquiera de los tribunales que tienen competencia general conforme y sin necesidad de seguir e criterio de la competencia en cascada. Finalmente la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio.

El Reglamento contempla una competencia subsidiaria (art. 10) para cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente en virtud de los criterios anteriores en cuyo caso se indica que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en la medida en que un bien inmueble de uno o ambos cónyuges se encuentre en el territorio de dicho Estado miembro, en cuyo caso el órgano jurisdiccional que conozca del asunto solo será competente para resolver sobre el bien inmueble de que se trata.

De igual modo existe una norma de *forum necessitatis* (art. 11) cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente en virtud de las reglas anteriores (incluyendo las de ubicación de inmuebles del art. 10) en cuyo caso pueden resolver sobre el régimen económico matrimonial los órganos de un Estado miembro si el proceso no pudiese incoarse o desarrollarse razonablemente o si resultare imposible en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una conexión estrecha.

3. COOPERACIÓN JUDICIAL

El siguiente aspecto que se ve afectado en un proceso de familia mientras se desarrolla el mismo es el que viene determinado por ser en ocasiones necesario llevar a cabo actuaciones (notificaciones o práctica de prueba) fuera de España. Se trata de una cuestión procesal y que a diferencia de las demás aquí consideradas (incluso la competencia judicial internacional ya que en ocasiones determina la ley aplicable) no tiene repercusiones en la operatividad del Derecho Civil de Aragón.

No obstante lo anterior, y sin una finalidad de exhaustividad, se estima de interés hacer una exposición del régimen aplicable a fin de poder tener una visión de conjunto de la forma como responder en los casos en los que en un proceso de familia se suscitan cuestiones de carácter trasnacional.

Respecto de esta regulación, el marco general normativo es el que se contiene en los arts. 20 ss. (notificaciones) y 29 ss. (obtención y práctica de pruebas) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, si bien el régimen que fija tiene carácter subsidiario ya que art. 2 de esta norma (al que se viene haciendo constante referencia) al regular el sistema de fuentes indica que: “La cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en

los que España sea parte. b) Las normas especiales del Derecho interno. c) Subsidiariamente, por la presente ley”.

3.1. NOTIFICACIONES

3.1.1. NORMAS INTERNACIONALES (EXCLUIDAS LAS DE LA UNIÓN EUROPEA)

Desde el punto de vista multilateral (y con la exclusión de las normas comunitarias que son objeto de un análisis específico), los instrumentos existentes son los siguientes: la Convención de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil, el Convenio de La Haya 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil y la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecho en Panamá el 30 de enero de 1975. Junto a ellos existen numerosos tratados bilaterales que en muchas ocasiones se superponen a los multilaterales (e incluso éstos entre sí), siendo de aplicación aquel de los sistemas que fije unos mecanismos más ágiles de transmisión, pues se trata de normas que carecen de jerarquía entre sí.

El Convenio de La Haya 15 de noviembre de 1965 (los elementos necesarios para su funcionamiento se pueden consultar en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (<https://www.hcch.net>)). Parte de una comunicación por medio de las autoridades centrales (los Ministerios de Justicia) si bien también se prevé la posibilidad de que sean los funcionarios diplomáticos los que lleven a cabo las notificaciones en el otro Estado, si bien suele limitarse esta posibilidad (son numerosas las reservas) a los nacionales del propio Estado del funcionario diplomático o consular que hace la notificación.

Por su parte la Convención de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil tiene un mecanismo mas complejo y opera en defecto de la anterior. La forma de transmisión es mas compleja que la anterior, ya que se hace por vía diplomática, de forma que el órgano judicial requirente a través de su superior lo hace llegar al Ministerio de Justicia para que éste lo haga llegar al Ministerio de Asuntos Exteriores que es el que por vía consular lo entrega a la Autoridad del Estado requerido

Por su parte en la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 permite hacer llegar la comisión rogatoria por la autoridad judicial: * directamente a la autoridad judicial competente del Estado requerido, * por medio de la propia parte, una vez legalizado, ante la autoridad judicial competente del Estado requerido, * por vía diplomática o * a través de la Autoridad Central del Estado requirente. Las vías de comunicación directa son muy útiles (pues evitan pasos intermedios que no hacen sino retrasar la tramitación), si bien ello requiere de una buena información (conocer exactamente los datos de la autoridad judicial del Estado destinatario de la petición).

En cuanto a los convenios bilaterales, son numerosos los existentes y en ellos las formas generales de transmisión son varias. La mas común es la de la comunicación por medio de los Ministerios de Justicia (con previsiones de asimismo poderse hacer por vía diplomática), es el caso de los convenios con Marruecos 30.05.99, Túnez 24.09.01, Tailandia 2.04.99, Brasil 13.04.89, Uruguay 30.04.98, República Dominicana 23.10.03, Federación Rusa (ver tema de sucesión de Estados antes analizado) 26.10.90, República Popular China 2.05.92, Argelia 24.02.05, Mauritania 12.09.06 , sin que ninguno de ellos permita la comunicación directa entre autoridades judiciales. En algunos de ellos se fijan como se ha indicado y como mecanismos adicionales, los de

notificación por los agentes diplomáticos o consulares, si bien restringidos a los nacionales del propio país del diplomático que lleva a cabo la notificación. Es el caso de los convenios con Túnez 24.09.01, Tailandia 2.04.99, Uruguay 30.04.98, Federación Rusa 26.10.90, República Popular China 2.05.92, Marruecos 30.05.99, Argelia 24.02.05, Mauritania.12.09.06. Por último y en cuanto a modelos de comisión solamente se contienen en los convenios de Tailandia 2.04.99, Brasil 13.04.89, República Dominicana 23.10.03 y China 2.05.92, si bien en todos los convenios se fijan los requisitos que han de reunir las comisiones rogatorias.

De tratarse de un país o territorio que no se encuentre en ninguno de los casos anteriores, se envía la petición con fundamento en el principio de reciprocidad por vía del superior jerárquico, de los Ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores.

3.1.2. LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Inicialmente se reguló por medio del Reglamento CE 1.348/2000 de 29 de mayo de 2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil que se ha visto sustituido desde el 13 de noviembre de 2008 por el Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil por el que se deroga el Reglamento 1348/2000

El Reglamento opera en los 28 Estados miembros de la Unión Europea y se aplica a toda la materia civil y mercantil, lo que incluye los asuntos de familia ya que los únicos que se excluyen son los fiscales, aduaneros, administrativos o la respon-

sabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (“*acta iure imperii*”). Junto a lo anterior se especifica que los Reglamentos no se aplican cuando el domicilio de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido.

Los documentos que cabe notificar son tanto los judiciales como los extrajudiciales, no conteniendo el Reglamento una definición de que se deba entender por tales. En relación a esta cuestión la STJUE C-14/08 de 25.06.2009 (Roda Golf & Beach Resort, S.L.) si que permitió el recurso al Reglamento (y con ello la intervención de las autoridades judiciales) en un caso en el que lo que se planteó fue una petición dirigida al secretario del órgano judicial remitente para que trasladase, en virtud del Reglamento nº 1348/2000, a los organismos receptores competentes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y de Irlanda dieciséis cartas dirigidas a sendos destinatarios establecidos en dichos Estados miembros, cartas que tenían por objeto la resolución unilateral de contratos de compraventa de inmuebles celebrados entre la sociedad requirente y los citados destinatarios. El contenido de estas cartas no tenía conexión con ningún procedimiento judicial en curso, si bien con carácter previo a la petición de notificación la sociedad requirente había otorgado ante un notario un acta de notificación y requerimiento, en la que se requería a dicho notario para que notificase el acta a través del secretario judicial, autoridad competente según la comunicación efectuada por el Reino de España con arreglo al artículo 23 del Reglamento nº 1348/2000. La base de considerar este caso dentro del Reglamento se encontraba en que (como dice el TJUE), la cooperación judicial a que se refieren el artículo 65 del entonces vigente Tratado CE y el Reglamento, no puede limitarse a los procedimientos judiciales añadiendo que dicha cooperación puede manifestarse tanto en el marco de un procedimiento judi-

cial como al margen de tal procedimiento, en la medida en que tal cooperación tenga incidencia transfronteriza y sea necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior.

A esta cuestión también se refiere la STJUE C-223/14 de 11.11.2015 (Tecom Mican, S.L.) en la que se indica que: "... 42 Es cierto que el Reglamento n° 1348/2000 tampoco proporcionaba una definición precisa y uniforme del concepto de «documento extrajudicial» y que, en su artículo 17, letra b), se limitaba a encargar a la Comisión la elaboración, de acuerdo con los Estados miembros, de un léxico que recogiera los documentos que podrían ser objeto de traslado o de notificación, en el que las informaciones comunicadas por dichos Estados miembros sólo tenían, por lo demás, un mero valor indicativo (véase la sentencia Roda Golf & Beach Resort, C-14/08, EU:C:2009:395, apartados 46 y 47). 43 No obstante, la lectura de este léxico pone de manifiesto que los Estados miembros, bajo el control de la Comisión, habían definido de distinto modo los documentos que, en su opinión, podían ser objeto de traslado o de notificación con arreglo a dicho Reglamento (véase la sentencia Roda Golf & Beach Resort, C-14/08, EU:C:2009:395, apartado 47), incluyendo en la categoría de documentos extrajudiciales, como ha señalado el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, no sólo los documentos que emanaban de una autoridad pública o de un funcionario público, sino también documentos privados que tenían una importancia específica en el ordenamiento jurídico de que se tratara. 44 De todas las consideraciones anteriores cabe deducir que, conforme a las orientaciones que se derivan de la jurisprudencia citada en el apartado 33 de la presente sentencia y como señaló el Abogado General en el punto 60 de sus conclusiones, el concepto de «documento extrajudicial», en el sentido del artículo 16 del Reglamento n° 1393/2007, debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto los documentos emiti-

dos o autenticados por una autoridad pública o un funcionario público como los documentos privados cuya transmisión formal a su destinatario residente en el extranjero sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil.

El Reglamento prevé cuatro sistemas de transmisión que son los siguientes: 1/ Sistema descentralizado; 2/ Vía consular o diplomática; 3/ Agentes diplomáticos o consulares; 4/ Correo; 5/ Solicitud directa de notificación o traslado.

El empleo de uno u otro es una decisión que debe ser adoptada por quien acuerda llevar a cabo la notificación en otro país, sin que exista ninguna preferencia entre ellos. Así se indica en la STJUE C-473/04 de 9.02.2006 (“Plumex/Young Sports NV”) TJCE 2006\39 indicó refiriéndose a esta cuestión (y en una argumentación posteriormente reiterada en la STJUE C-325/11 de 19.12.2012 (“Krystyna Alder y Ewald Alder”) TJCE 2012\391 en la que se dispone que: “ 20. Es preciso destacar, de entrada, que nada indica en el tenor literal del Reglamento que este último haya establecido jerarquía alguna entre estas dos formas de notificación. Ni los considerandos de su exposición de motivos ni tampoco sus disposiciones establecen que se pueda conferir un rango inferior con relación a la forma de notificación a través de organismos a un medio de transmisión y de notificación que se utilice de conformidad con las normas del Reglamento. 21. Además, tanto del espíritu como de la finalidad del Reglamento se desprende que éste pretende garantizar el cumplimiento efectivo de las notificaciones y de los traslados de los documentos judiciales, si bien respetando los intereses legítimos de sus destinatarios. Pues bien, si todas las formas de notificación previstas en el Reglamento pueden garantizar, en principio, el respeto de tales intereses, debe existir la posibilidad, habida cuenta de la mencionada finalidad, de recurrir a la forma de notificación, o incluso

simultáneamente a dos o más formas, que resulten las más oportunas o las más apropiadas, a la vista de las circunstancias del caso...”. Lo que sí que es esencial y se debe destacar es que la forma concreta que se elija ha de ser plenamente respetuosa con las garantías del proceso y el adecuado ejercicio del derecho de defensa. A tal efecto la STJUE C-14/07 8.05.2008 (“Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR”) en la que se analizó la problemática referente a la traducción de los documentos, indicó que: “46 Según resulta de su segundo considerando, el Reglamento nº 1348/2000 tiene como objetivos mejorar y acelerar la transmisión de documentos entre los Estados miembros. Tales objetivos se vuelven a mencionar en los considerandos sexto a octavo. Así, este último considerando indica que «con el fin de garantizar la eficacia del presente Reglamento, la posibilidad de rechazar la notificación o el traslado de los documentos se limita a situaciones excepcionales». Por otra parte, el artículo 4, apartado 1, del mismo Reglamento prevé que los documentos judiciales se transmitirán lo antes posible. 47 Tales objetivos, sin embargo, no pueden alcanzarse debilitando, de la manera que sea, el derecho de defensa (véase, por analogía, en lo que atañe al Reglamento nº 44/2001, la sentencia de 14 de diciembre de 2006, ASML, C-283/05, Rec. p. I-12041, apartado 24). En efecto, el mencionado derecho, que se deriva del derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»), constituye un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia (véase, entre otras, la sentencia ASML, antes citada, apartado 26). 48 De este modo, es importante esforzarse en conciliar los objetivos de eficacia y rapidez en la transmisión de los documentos procesales —objetivos necesarios para la recta administración de la justicia— con el objetivo de protección del derecho de defensa...”

Lo que no cabe es fijar mecanismos de transmisión a otro país de la Unión Europea distintos a los que el Reglamento establece. A tal efecto la STJUE C-325/11 de 19.12.2012 (“Krysztyna Alder y Ewald Alder”) TJCE 2012\391 analizó la problemática de una norma polaca que preveía para el caso en que la parte demandante estuviere domiciliada en otro Estado y no tuviere representante legal designado ante el tribunal, un sistema de notificación ficticio consistente en la indicación de la incorporación a autos de la actuación teniendo a la parte actora por notificada. Este sistema fue declarado no conforme por el Tribunal (y con ello la necesidad de hacer operativos solo los que fija el Reglamento), indicando que: “24 De la interpretación sistemática del Reglamento de que se trata resulta que éste contempla únicamente dos circunstancias en las que la notificación o el traslado de un documento judicial entre los Estados miembros quedan excluidos de su ámbito de aplicación, a saber, por un lado, cuando el domicilio o el lugar de residencia habitual de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido, y, por otro lado, cuando esta última ha nombrado un representante autorizado en el Estado en el que tiene lugar el procedimiento. 25 Tal como señaló el Abogado General en el punto 49 de sus conclusiones, en los demás supuestos, cuando el destinatario del documento judicial resida en el extranjero, la notificación o el traslado de dicho documento se inscribirá necesariamente dentro del ámbito de aplicación del Reglamento nº 1393/2007 y, por consiguiente, según establece su artículo 1, apartado 1, habrá de realizarse a través de los medios establecidos por dicho Reglamento a tal fin... 40 Pues bien, en este contexto, es preciso declarar que un mecanismo de notificación o traslado ficticio, como el que establece el artículo 11355 del Código de procedimiento civil, resulta incompatible con la realización del objetivo de protección del derecho de defensa perseguido por el Reglamento nº 1393/2007.

41 De hecho, como afirma el Abogado General en los puntos 52 a 54 de sus conclusiones, este mecanismo priva de efecto útil al derecho del destinatario de un documento judicial que no se halle domiciliado ni disponga de residencia habitual en el Estado miembro en el que tiene lugar el procedimiento judicial, a la recepción real y efectiva de dicho documento, y ello debido, en particular, al hecho de que no se garantiza a ese destinatario el conocimiento del documento judicial ni de su traducción en tiempo oportuno para preparar su defensa. 42 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, del Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que establece que, cuando una parte con domicilio o residencia habitual en otro Estado miembro no haya designado un representante autorizado a recibir notificaciones domiciliado en el primer Estado, en el que está pendiente el procedimiento judicial, los documentos judiciales destinados a esa parte se incorporarán a los autos y se considerará que han sido notificados”

1) Transmisión directa de documentos

Es el sistema general que establece el Reglamento, evitando intermediarios y permite en principio, la comunicación directa entre tribunales para el envío de las peticiones de notificación. Su regulación es la mas detallada (en los demás sistemas en lo que se refiere a elementos comunes el régimen aplicable es el previsto en el sistema descentralizado que es el que se prevé como ordinario) y se contiene en los arts. 4 a 11 tanto del Reglamento 1348/2000 como del 1393/2007 pudiéndose consultar los datos referentes a su operatividad práctica (incluidos formularos que adjunta el Reglamento) en la web del portal europeo de E-Justicia (<https://e-justice.europa.eu>).

La solicitud se debe cumplimentar un formulario de uso obligatorio. En cuanto al idioma a emplear es necesario diferenciar (art. 4,3) entre las menciones impresas del formulario, aquello que se redacta en el formulario caso por caso y los concretos documentos a notificar. 1/ Las menciones impresas del formulario de solicitud: Pueden ir en la lengua oficial del organismo transmisor, la del Estado requerido u otra lengua que el Estado requerido haya declarado admitir. 2/ Las menciones a rellenar en el formulario: Deben ir en la lengua oficial del Estado requerido o cuando haya varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado, o en otra lengua de uno de los Estados miembros de la Unión Europea que el Estado requerido haya declarado aceptar. 3/ El documento a notificar: Está exento de legalización y el mismo se deberá enviar por duplicado si por parte del organismo transmisor se desea que una copia del mismo se le devuelva con el certificado del cumplimiento de los trámites. En cuanto al idioma y la necesidad o no de traducción de estos documentos al idioma oficial del Estado al que se haga la notificación, es de destacar que es perfectamente posible que se transmitan en el idioma de origen (o incluso en un tercer idioma tal y como resulta del nuevo texto del Reglamento 1393/2007), si bien en este caso debe informarse por el organismo receptor al destinatario que puede negarse a recibir el documento por no estar redactado en una lengua que el destinatario entienda (como se ha indicado antes, no se exige que la lengua de redacción del documento sea la del Estado de transmisión, sino que puede ser la de un tercer Estado, siendo ésta una novedad del Reglamento 1393/2007), siempre que esta lengua no sea la oficial del Estado miembro requerido o la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en que deba efectuarse la notificación o el traslado si existieren varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro. (arts. 5 y 8).

La concreción acerca de si una persona entiende o no un idioma le corresponde al tribunal que conoce de la causa, habiéndose señalado al efecto en la STJUE C-519/13 de 16.09.2015 (Alpha Bank Cyprus Ltd) que: "... 40 Sin embargo, ese Reglamento no atribuye al organismo receptor facultad alguna para apreciar si concurren o no las condiciones en las que el destinatario de un documento puede negarse a aceptarlo, enunciadas en el artículo 8, apartado 1. 41 Por el contrario, corresponde exclusivamente al tribunal nacional que conoce del asunto en el Estado miembro de origen pronunciarse sobre cuestiones de esa naturaleza cuando el demandante y el demandado discrepan sobre ellas. 42 En ese sentido, una vez iniciado el procedimiento de notificación o de traslado, determinando el o los documentos pertinentes a ese efecto, ese tribunal sólo se pronunciará después de que el destinatario de un documento se haya negado efectivamente a aceptarlo porque no estaba redactado en una lengua que entienda o que se presume entiende. De esa manera, el referido tribunal deberá comprobar, a instancia del demandante, si esa negativa estaba justificada o no (véase, por analogía, la sentencia Weiss und Partner, C-14/07, EU:C:2008:264, apartado 85). A tal efecto, deberá considerar todos los aspectos del procedimiento, para determinar los conocimientos lingüísticos del destinatario del documento (véase la sentencia Weiss und Partner, C-14/07, EU:C:2008:264, apartado 80), y decidir si, atendiendo a la naturaleza del documento considerado, es exigible una traducción de éste. 40 Sin embargo, ese Reglamento no atribuye al organismo receptor facultad alguna para apreciar si concurren o no las condiciones en las que el destinatario de un documento puede negarse a aceptarlo, enunciadas en el artículo 8, apartado 1. 41 Por el contrario, corresponde exclusivamente al tribunal nacional que conoce del asunto en el Estado miembro de origen pronunciarse sobre cuestiones de esa naturaleza cuando el demandante y el demandado discrepan sobre ellas.

42 En ese sentido, una vez iniciado el procedimiento de notificación o de traslado, determinando el o los documentos pertinentes a ese efecto, ese tribunal sólo se pronunciará después de que el destinatario de un documento se haya negado efectivamente a aceptarlo porque no estaba redactado en una lengua que entienda o que se presume entiende. De esa manera, el referido tribunal deberá comprobar, a instancia del demandante, si esa negativa estaba justificada o no (véase, por analogía, la sentencia Weiss und Partner, C-14/07, EU:C:2008:264, apartado 85). A tal efecto, deberá considerar todos los aspectos del procedimiento, para determinar los conocimientos lingüísticos del destinatario del documento (véase la sentencia Weiss und Partner, C-14/07, EU:C:2008:264, apartado 80), y decidir si, atendiendo a la naturaleza del documento considerado, es exigible una traducción de éste...”.

Además los documentos que requieren traducción son los esenciales para el conocimiento de la causa. Ello es lo que se analizó en la STJUE C-14/07 de 8.05.2008 (“Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR”) a que se ha hecho referencia en la antes transcrita y que indica: “51 En efecto, diversas disposiciones imponen al juez la obligación de verificar, antes de dictar una sentencia en rebeldía o de reconocer una resolución judicial, si el modo en que se notificó el escrito de demanda fue el adecuado para respetar el derecho de defensa (véanse, en particular, en lo que atañe a la rebeldía, los artículos 19, apartado 1, del Reglamento n° 1348/2000, 26, apartado 2, del Reglamento n° 44/2001 y 20, párrafo segundo, del Convenio de Bruselas; en lo que atañe al reconocimiento de las resoluciones judiciales, véanse, en particular, los artículos 34, número 2, del Reglamento n° 44/2001 y 27, número 2, del Convenio de Bruselas)... 60 El Reglamento n° 1348/2000 debe ser objeto de interpretación autónoma, a fin de permitir su aplicación uniforme (sentencia Leffler,

antes citada, apartados 45 y 46). Lo mismo cabe decir del Reglamento n° 44/2001 y, concretamente, del concepto de «escrito de demanda o cédula de notificación» en el sentido de los artículos 26 y 34, número 2, del mismo Reglamento, así como de las disposiciones equivalentes del Convenio de Bruselas...⁶⁴ Del mencionado concepto autónomo de escrito de demanda, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, se desprende que tal escrito debe contener el documento o los documentos —cuando éstos están intrínsecamente ligados entre sí— que permitan al demandado comprender el objeto y la motivación de la acción ejercitada por el demandante, así como la existencia de un procedimiento judicial en el curso del cual puede hacer valer sus derechos, bien defendiéndose en una proceso en curso, bien, como sucedía en el asunto que dio lugar a la sentencia *Hengst Import*, antes citada, interponiendo un recurso contra una resolución dictada sobre la base de una demanda unilateral. ...⁷³ A la luz del conjunto de los elementos mencionados, cuando el documento a que se refiere el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 1348/2000 consiste en un escrito de demanda, procede interpretar el concepto de documento que debe notificarse o trasladarse en el sentido de que designa todo documento o documentos cuya notificación o traslado al demandado, efectuada con tiempo suficiente, coloca a éste en condiciones de hacer valer sus derechos en el marco de un procedimiento judicial en el Estado de origen. Tal documento debe permitir identificar con certeza, cuando menos, el objeto y la causa de la demanda, así como el requerimiento para comparecer ante un tribunal o, según la naturaleza del procedimiento en curso, la posibilidad de interponer recurso ante un tribunal. No forman parte integrante del escrito de demanda, a efectos del Reglamento n° 1348/2000, aquellos documentos que desempeñan una función meramente probatoria y que no resultan indispensables para comprender el objeto y la causa de la demanda”.

Finalmente otro problema también resuelto por el Tribunal ha sido el referente a que es lo que sucede en los casos en los que habiéndose enviado los documentos sin traducir, si el destinatario los rechaza en virtud de los motivos antes indicados, si es o no posible el que tal requisito sea subsanable. Este problema fue objeto de una cuestión prejudicial que es la que dio origen a la STJUE C-443/03 DE 8.11.2005 (“Götz Leffler/Berlin Chemie AG”) en la que el Tribunal de Justicia se manifestó claramente por la subsanabilidad en un plazo razonable (que depende de las circunstancias del caso, extensión de documentos, dificultad de encontrar traductores por el idioma de que se trate), entendiendo que ello no comportaba ninguna intromisión en las facultades que corresponden a los tribunales nacionales al ser un mecanismo necesario para garantizar la plena operatividad del derecho comunitario. Esencialmente el Tribunal manifestó: “37 Debe señalarse que el artículo 8 del Reglamento no prevé las consecuencias jurídicas que se derivan de la negativa del destinatario a aceptar un documento, por no estar redactado dicho documento en una lengua oficial del Estado miembro requerido o en una lengua del Estado miembro de origen que este destinatario comprenda. ... 51 De lo anterior se deduce que, cuando el Reglamento no prevé las consecuencias de determinados hechos, corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate (véanse, en particular, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16; de 19 de junio de 1990, *Factortame* y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19;

de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, Rec. p. I-6297, apartado 25, y de 17 de septiembre de 2002, *Muñoz y Superior Fruiticola*, C-253/00, Rec. p. I-7289, apartado 28). 52 Corresponde asimismo a los tribunales nacionales velar por que se preserven los derechos de las partes, concretamente la posibilidad de que la parte destinataria de un documento disponga de suficiente tiempo para preparar su defensa o el derecho de la parte remitente de un documento a no sufrir, por ejemplo en un procedimiento urgente en el que el demandado no comparezca, las consecuencias perjudiciales de una negativa puramente dilatoria y manifiestamente abusiva a recibir un documento no traducido, cuando pueda acreditarse que su destinatario comprende el idioma del Estado miembro de origen en el que está redactado. 53 Por ello, procede responder a la primera cuestión que el artículo 8, apartado 1, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, cuando el destinatario de un documento se niega a aceptarlo porque dicho documento no está redactado en una lengua oficial del Estado miembro requerido o en una lengua del Estado miembro de origen que el destinatario comprenda, el remitente tiene la posibilidad de subsanarlo remitiendo la traducción requerida”.

Una vez recibida la solicitud (art. 6), el organismo receptor debe remitir al organismo transmisor un acuse de recibo por el medio más rápido, lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de siete días, utilizando el formulario normalizado que figura en el anexo del Reglamento.

En caso de incompetencia territorial por parte del receptor éste, en lugar de devolver al requirente la solicitud (siempre que la misma reúna las formalidades necesarias), debe reexpedirla al organismo receptor territorialmente competente, aunque para que esto se pueda hacer es siempre necesario que se trate de un organismo del mismo Estado miembro, ya que un tribunal de un

Estado no puede indicar a los tribunales de otro Estado si tienen o no competencia para conocer de un caso.

En cuanto al plazo que tiene el órgano receptor de la petición para llevarla a cabo, el Reglamento 1348/2000 no señalaba un plazo específico, limitándose a indicar su art. 7,2 que todas las diligencias necesarias para la notificación o el traslado se realizarán en el más breve plazo posible, fijando un sistema de control que consistía en disponer que si no hubiera sido posible proceder a efectuar la notificación o traslado dentro de un plazo de un mes contado a partir de la recepción, el organismo receptor lo debía comunicar al organismo transmisor por medio del certificado incluido en el formulario normalizado que figuraba en el anexo. No obstante lo anterior, el Reglamento 1393/2007 ha implicado una importante innovación a este respecto ya que en el mismo se indica que la notificación se hará en el plazo más breve posible y, en cualquier caso, dentro de un plazo de un mes contado a partir de la recepción (el cómputo se hace de conformidad con las reglas existentes en el Estado destinatario).

En cuanto a la forma como llevar a cabo la notificación o el traslado, el art. 7 de los dos Reglamentos indica que ésta debe ser la forma prevista en el derecho interno del Estado requerido, o en la forma particular solicitada por el organismo transmisor siempre que no sea incompatible con el derecho interno del Estado requerido.

La documentación de la misma se debe hacer en el formulario que fija el Reglamento, si bien es de señalar que la STJUE C-519/13 (Alpha Bank Cyprus Ltd) ha señalado que ello es un requisito subsanable al indicar: "... 76. Por tanto, se debe considerar que la circunstancia de que al realizar la notificación o el traslado de un documento a su destinatario el organismo receptor no haya adjuntado el formulario normalizado que figura en

el anexo II del Reglamento n° 1393/2007 no constituye una causa de nulidad del procedimiento, sino una omisión que debe ser subsanada conforme a las disposiciones de ese Reglamento”

Otro de los problemas mas usuales que se generan tras la práctica de una notificación es la referente a como proceder en los supuestos en los que practicada la misma, el demandado no comparece ante el tribunal que sigue la causa. A esta cuestión se da respuesta en el art. 19 del Reglamento (idéntico en los Reglamentos 1348/2000 y 1393/2007), estableciéndose que en principio y de cara a continuar con la tramitación del procedimiento es necesario esperar hasta que se constate (siempre que la notificación o la entrega haya tenido lugar en tiempo oportuno para que el demandado haya podido defenderse) una de estas dos realidades: a) el documento ha sido notificado o se ha dado traslado del mismo según una forma prescrita por el Derecho interno del Estado miembro requerido para la notificación o traslado de los documentos en causas internas y que están destinados a las personas que se encuentran en su territorio, o bien b) el documento ha sido efectivamente entregado al demandado o a su residencia según otro procedimiento previsto por el presente Reglamento.

No obstante lo anterior (y con la finalidad de no retrasar la tramitación de la causa), se posibilita que los Estados comuniquen que a pesar de no haberse recibido comunicación alguna acreditativa de lo anterior (notificación o traslado, bien de la entrega), se pueda proveer si se dan los requisitos siguientes: a) el documento ha sido remitido según alguno de los modos previstos por el presente Reglamento; b) ha transcurrido, desde la fecha de envío del documento, un plazo que el juez apreciará en cada caso particular y que será, al menos, de seis meses, y c) no obstante las diligencias oportunas ante las autoridades competentes o entidades del Estado miembro requerido, no se

ha podido obtener certificación alguna. Las declaraciones que han verificado los Estados en esta materia han sido de dos tipos según que se admita o no la continuación de la tramitación de la causa sin esperar a la certificación de la notificación. En todo caso las previsiones anteriores no impiden que caso de urgencia, el juez ordene cualesquiera medidas provisionales o cautelares.

Por último, y en caso de incomparecencia del demandado, se establece que cuando un escrito de demanda o un documento equivalente debió remitirse a otro Estado miembro a efectos de notificación o traslado y se ha dictado resolución contra el demandado que no haya comparecido, el juez tiene la facultad de eximir a dicho demandado de la preclusión resultante de la expiración de los plazos del recurso si se reúnen las condiciones siguientes: a) el demandado, sin mediar culpa de su parte, no tuvo conocimiento en tiempo oportuno de dicho documento para defenderse o de la resolución para interponer recurso, y b) las alegaciones del demandado aparecen provistas, en principio, de algún fundamento. La demanda tendente a la exención de la preclusión sólo será admisible si se formula dentro de un plazo razonable a partir del momento en que el demandado tuvo conocimiento de la resolución. Cada Estado miembro tiene la facultad de especificar que tal demanda no será admisible si se formula después de la expiración de un plazo de tiempo que habrá de precisar en su comunicación, siempre que dicho plazo no sea inferior a un año, que se computará desde la fecha de la resolución. En todo caso es de señalar que esta última previsión no se aplica a resoluciones relativas al Estado o condición de las personas.

Los Reglamentos reguladores de las notificaciones en la Unión Europea contienen una previsión expresa referente al coste que ello puede generar mas allá del derivado de la tra-

ducción del documento (que corre a cuenta del solicitante de la notificación sin perjuicio del derecho a reclamarla posteriormente en costas según indica el art. 5,2). A tal efecto existe un principio de gratuidad en la práctica de la diligencia al indicar el art. 11 que la notificación o traslado de documentos judiciales procedentes de otro Estado miembro no darán lugar al abono o reembolso de tasas o costas por los servicios prestados por el Estado miembro requerido. Solamente abonará o reembolsará el requirente los gastos ocasionados por la intervención de un funcionario judicial o de una persona competente conforme a la legislación del Estado miembro requerido (es el caso de los huis-siers existentes en países como Francia, Luxemburgo, Bélgica o los Países Bajos) o por la utilización de un método especial de notificación o traslado.

Respecto de esta cuestión el Reglamento 1393/2007 establece la necesidad de fijar una tasa fija única determinada por adelantado por cada Estado miembro que respete los principios de proporcionalidad y no discriminación y de la que se de la adecuada publicidad por medio de la Comisión Europea.

2) Transmisión por vía diplomática o consular

Consiste en el envío por vía consular o diplomática de documentos judiciales, con fines de notificación o traslado, a los organismos receptores u entidad central de otro Estado Miembro (art. 12). Es un sistema en el que la autoridad consular o diplomática del Estado requirente se limita a hacer de mero medio de transmisión entre el órgano transmisor y el receptor, no practicando por sí ningún tipo de actuación adicional.

3) Transmisión por medio de agentes diplomáticos o consulares

Este sistema de notificación transnacional de documentos implica la realización de la notificación o traslado directamente

por medio de los propios agentes diplomáticos o consulares a las personas que residan en otro Estado miembro (art. 13 de ambos Reglamentos). Como presupuesto esencial para la operatividad de este sistema se debe destacar que en él no cabe el empleo de coacción alguna, y en principio puede ser utilizado tanto por los nacionales del Estado requirente, del requerido o de un tercer Estado si bien, ante la mayor cesión de soberanía que comporta (pues un funcionario de otro país actúa en uno que le es ajeno verificando actuaciones propias del poder judicial cuales son las referentes a emplazar o notificar oficialmente documentos), el Reglamento prevé que todo Estado miembro pueda comunicar que se opone a la notificación o traslado de documentos dentro de su territorio, a menos que los documentos vayan a notificarse o trasladarse a nacionales del Estado miembro de origen. En los casos autorizados bastará con emitir una petición de cooperación (cabe emplear los formularios de los exhortos) dirigido al consulado que corresponda al lugar en el que se encuentre la persona a notificar averiguándose éste por medio de la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (<http://www.exteriores.gob.es>).

4) Notificación o traslado por correo

El Reglamento 1393/2007 lo prevé en el art. 14 para todos los Estados, debiendo ser por medio de carta con acuse de recibo o equivalente.

En todo caso, lo que es necesario destacar es que el régimen de idiomas de los documentos cabe entender que es el general antes señalado (no hay especialidades en este ámbito), con lo que lo idóneo sería el adjuntar en el idioma del Estado al que se hace la remisión el documento de información al interesado sobre el derecho a negarse a aceptar un documento de forma que éste lo pueda devolver con indicación del idioma que entendiera.

5) Solicitud directa de notificación o traslado

Este mecanismo aparece previsto en el art. 15 según el que cualquier persona interesada en un proceso judicial puede efectuar la notificación o traslado de documentos judiciales directamente por medio de los agentes judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado Miembro requerido, si bien para ello es necesario (y esta es la precisión que contiene el Reglamento 1393/2007) que esta posibilidad esté aceptada como posible conforme al derecho interno del Estado miembro en el que se va a llevar a cabo la notificación. La razón de ser de esta precisión viene originada por el hecho de que es una forma característica de determinados derechos procesales, lo que hizo que en la redacción del artículo en el Reglamento 1348/2000 se previera en el párrafo segundo del artículo analizado que los Estados miembros podían comunicar, que se oponen a la notificación o traslado de documentos judiciales en su territorio.

3.1.3. LA REGULACIÓN SUBSIDIARIA DE LA LEY 29/2015, DE 30 DE JULIO, DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

Esta regulación (arts. 20 ss. de la Ley) constituye un marco general (a aplicar como indica su art. 2 en defecto de normas de la Unión Europea, tratados internacionales en los que España sea parte o normas especiales del Derecho interno).

Permite de cara a la transmisión de las solicitudes de notificación y traslado de documentos al extranjero tanto el cauce de la autoridad central española, que las hará llegar a las autoridades competentes del Estado requerido por vía consular o diplomática, a través de su autoridad central, como la remisión directa a la autoridad competente del Estado requerido, e incluso el correo postal certificado o medio equivalente con acuse de recibo u otra garantía que permita dejar constancia de

su recepción si bien siempre que no se oponga la legislación del Estado de destino.

Se presta especial atención al idioma siendo la regla general que los documentos objeto de notificación o traslado al extranjero deberán acompañarse de una traducción a la lengua oficial del Estado de destino o a una lengua que el destinatario entienda.

Finalmente es objeto de una especial consideración la necesidad de constancia de la notificación para la continuación del procedimiento estableciendo el art. 24 que “1. Cuando un escrito de demanda o un documento equivalente haya sido remitido a otro Estado para su notificación o traslado y el demandado no comparezca, se suspenderá el procedimiento mientras no se acredite que el documento ha sido regularmente notificado. Ello no impedirá la adopción de medidas provisionales y cautelares. 2. Transcurridos seis meses desde la fecha de envío del documento, la autoridad competente proveerá a instancia de parte interesada aun cuando no haya podido certificar que la notificación ha tenido lugar”.

3.2. PRÁCTICA DE PRUEBAS

3.2.1. NORMAS INTERNACIONALES (EXCLUIDAS LAS DE LA UNIÓN EUROPEA)

Desde el punto de vista multilateral (y con la exclusión de las normas comunitarias que son objeto de un análisis específico), los instrumentos existentes son los siguientes: la Convención de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil, el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil.

El Convenio de La Haya 18 de marzo de 1970 se caracteriza por el papel que en la aplicación del mismo tienen las autorida-

des centrales (usualmente los Ministerios de Justicia) a las que se hace llegar desde el tribunal que interesa la práctica de la prueba la comisión. Para saber cuales son tales autoridades centrales, se puede consultar la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net). Junto al sistema general en el que la autoridad central hace llegar a la autoridad judicial la solicitud para que ella practicara la prueba, el Convenio igualmente prevé la obtención de pruebas por agentes diplomáticos o consulares y por comisario. Al primer supuesto se refieren los arts. 15 y 16 del Convenio de La Haya y que distinguían según que la prueba se refiriese a nacionales del Estado al que representaba el funcionario diplomático o consular o de un tercer estado, supuesto éste en el que cabía reserva. Por su parte el sistema de obtención de pruebas por comisario es el que se establece en el art. 17 del Convenio de La Haya de 1970 y permitía la obtención por parte de un Comisionado en territorio de un Estado Contratante, sin compulsión, de pruebas que se refieran a un procedimiento incoado ante un Tribunal de otro Estado Contratante, si la autoridad competente designada por el Estado de residencia hubiere dado su autorización en general o para cada caso particular. Ello no obstante, cada Estado Contratante podrá declarar que la obtención de pruebas previstas en el presente artículo, podrá realizarse sin previa autorización. España declaró que no era necesaria la autorización previa siempre que la diligencia de prueba se verificare en los locales de la representación diplomática o consular del Estado requirente.

Junto a la anterior, la Convención de La Haya de 1 de marzo de 1954 asimismo fija mecanismos para interesar la práctica de pruebas si bien al prever un mecanismo mas complejo opera en defecto de la anterior pues la transmisión se hace por conducto diplomático, de forma que el órgano judicial requirente a través de su superior lo hace llegar al Ministerio de Justicia para que

éste lo haga llegar al Ministerio de Asuntos Exteriores que es el que por vía consular lo entrega a la Autoridad del Estado requerido.

En cuanto a los convenios bilaterales, son numerosos los existentes y en ellos las formas generales de transmisión son varias. La mas común es la de la comunicación por medio de los Ministerios de Justicia (con previsiones de asimismo poderse hacer por vía diplomática), es el caso de los convenios con Marruecos 30.05.99, Túnez 24.09.01, Tailandia 2.04.99, Brasil 13.04.89, Uruguay 30.04.98, República Dominicana 23.10.03, Federación Rusa (ver tema de sucesión de Estados antes analizado) 26.10.90, República Popular China 2.05.92, Argelia 24.02.05, Mauritania 12.09.06, sin que ninguno de ellos permita la comunicación directa entre autoridades judiciales. En algunos de ellos se fijan (como se ha indicado y como mecanismos adicionales), los de la práctica de pruebas por los agentes diplomáticos o consulares, si bien restringidos a los nacionales del propio país del diplomático que lleva a cabo la práctica de la prueba. Es el caso de los convenios con Uruguay 30.04.98, República Popular China 2.05.92, Marruecos 30.05.99, Argelia 24.02.05, Mauritania 12.09.06. Por último y en cuanto a modelos de comisión solamente se contienen en los convenios de Brasil 13.04.89 (el modelo parece referente a la verificación de notificaciones si bien cabe emplearlo para la práctica de prueba incluyendo la prueba a practicar, la persona a la que recibir declaración, preguntas a formular y en su caso forma especial como indica su art. 11), y China 2.05.92, si bien en todos los convenios se fijan los requisitos que han de reunir las comisiones rogatorias.

De tratarse de un país o territorio que no se encuentre en ninguno de los casos anteriores, se envía la petición con fundamento en el principio de reciprocidad por vía del superior jerárquico, de los Ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores.

3.2.2. PRÁCTICA DE PRUEBAS EN LA UNIÓN EUROPEA

La regulación se contiene en el el Reglamento 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil y opera en los 28 Estados miembros de la Unión Europea en materia civil y mercantil con lo que los asuntos de familia entran plenamente dentro de su ámbito.

El Reglamento 1206/2001 prevé únicamente dos sistemas de obtención de pruebas según que la actuación la lleve a cabo un órgano jurisdiccional del Estado requerido o que sea el propio órgano requirente el que se desplace al país en el que la prueba se vaya a practicar y sea él mismo quien la verifique (si bien con unas limitaciones a las que mas adelante se hará mención por la afectación de soberanía que comporta el que un tribunal pueda ejercer sus funciones en otro país). A estas dos formas es a las que se refiere el art. 1,1 del Reglamento al indicar que es de aplicación cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicite: a) la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o b) la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro. Son solo estos dos sistemas los admisibles ya que el Reglamento prevalece sobre otros posibles mecanismos.

No obstante lo anterior, no se impide la aplicación de sistemas nacionales de obtención de pruebas en los que las pruebas se practican en el Estado del tribunal citándose a quienes tienen que acudir a él (y a pesar de residir en otro país). Es el caso que se planteó en la STJUE C-170/11 de 6.09.2012 (“Lippens y otros”). De igual modo es igualmente necesario señalar que en aquellos

casos en los que pese a que la prueba se practique en un Estado, es necesario verificar alguna actuación en el territorio de otro Estado, se ha estimado no necesario recurrir a los mecanismos del Reglamento siempre que tal actuación no implica el ejercicio de una autoridad pública o la entrada a lugares de acceso restringido. Es el caso que se planteó en la STJUE C-332/11 de 21.02.2013 (“ProRail BV”).

En cuanto a los sistemas previstos en el Reglamento, en ellos las comunicaciones se hacen de forma directa, conteniéndose una previsión idiomática en su art. 5 pues los formularios es necesario rellenarlos en alguna de estas dos lenguas: a) Lengua oficial del Estado requerido. Si en el mismo hubiere varias lenguas oficiales, se debe elegir una que sea oficial en el lugar en el que se vaya a realizar la obtención de pruebas solicitada. b) Lengua que haya aceptado el Estado requerido. Esta declaración se ha efectuado y consta en la web del Atlas Judicial Civil (Esta información desde agosto de 2016 está previsto que definitivamente pase a la web European E-Justice —<https://e-justice.europa.eu/home.do><https://e-justice.europa.eu>— al haber terminado el proceso de migración de datos). En cuanto a los documentos necesarios para la práctica de prueba (y salvo declaración especial), es necesario enviarlos traducidos al idioma oficial del país en que se vaya a llevar a cabo.

En lo que se refiere a gastos, el art. 18 del Reglamento parte del principio general de que la ejecución de una solicitud no genera derecho de abono de tasas o gastos, si bien es una previsión específica para el supuesto en el que las pruebas las vaya a obtener el órgano requerido (art. 10). Ello no obstante, se prevé la posibilidad de que el órgano del Estado requerido solicite el abono de determinados gastos en los que hubiere podido incurrir y que son los que el propio Reglamento detalla: peritos, intérpretes, los derivados de la aplicación de procedimientos especí-

ficos en la obtención de pruebas que el requirente haya señalado o el empleo de métodos tecnológicos de comunicación (como videoconferencia o teleconferencia).

Tales gastos (y su posible reembolso por el requirente al requerido) son solo procedentes en los supuestos que el Reglamento establece y no otros, habiéndose planteado en la STJUE C-283/09 de 17.02.2011 (“Artur Weryński) TJCE 2011\24 el caso de la indemnización a testigos, que el Tribunal declaró no procedente. Tratándose de peritos, es incluso posible que el órgano requerido solicite del requirente una provisión de fondos antes de verificar la prueba (es el único caso en el que el Reglamento establece una obligación de provisión de fondos previa que por ello no es aplicable a otros casos como los de los gastos de intérpretes o procedimientos específicos). Tal provisión de fondos deberá ser afrontada por las partes si la legislación del órgano requirente lo prevé (sin perjuicio del ulterior derecho de reembolso en el caso de vencer en costas). En caso de no recibirse en 60 días esta provisión de fondos, la solicitud será denegada (art. 14,2), mediante el empleo del formulario H (art. 14,4). Generalmente la provisión de la provisión de fondos se da en los supuestos en los que la práctica de la prueba la va a hacer el órgano requerido ya que si se trata de casos de prueba directa por el órgano jurisdiccional del Estado requirente en el requerido esta situación no se va a generar pues el perito en su caso ya habrá sido contactado directamente a través de los mecanismos previstos en la normativa procesal del Estado al que pertenece el tribunal que practica la prueba. Ello no obstante, la provisión se contiene de forma general en el Reglamento ante los posibles casos que se pueden plantear, motivo por el que en la presente exposición se integra entre las disposiciones generales.

1) Sistema de obtención de pruebas por el órgano requerido

Es el de aplicación mas generalizada y comporta el que el órgano jurisdiccional de un Estado interesa del de otro Estado que proceda a la práctica de una prueba que él ha acordado. Es el sistema que se preveía en los instrumentos tradicionales de cooperación judicial, habiendo sido la gran innovación que ha aportado el Reglamento el que la petición se va a transmitir directamente desde el órgano requirente al requerido. La comunicación es directa entre los órganos jurisdiccionales (art. 2) siendo excepcional que la comunicación la haga el órgano central.

Existe un modelo oficial de solicitud expidiéndose un acuse de recibo en el plazo de 7 días a contar desde la recepción de la solicitud empleando el formulario B (art. 7) siendo el plazo de ejecución de noventa días a contar desde la recepción de la solicitud (art. 10,1), si bien como se ha indicado ello no supone que se deba esperar hasta el mismo sino que se ha de atender a la petición cuanto antes. Si hubiere sido necesario verificar alguna subsanación, complemento o provisión de fondos, el plazo se computa desde que se lleva a cabo la subsanación o se ha efectuado la provisión o adelanto.

La prueba se lleva a cabo en la forma prevista por la norma del Estado requerido (art. 10,2), si bien si en algún caso se pudieren prever problemas en cuanto a la compatibilidad de la ley del estado de ejecución con la propia, cabe que el órgano requirente solicite una forma propia y específica prevista en su derecho procesal. Se puede recurrir al empleo de tecnologías de la información pudiendo estar presentes en la práctica las partes o los mandatarios del órgano jurisdiccional requirente.

2) Sistema de obtención de pruebas por el órgano requirente en el Estado requerido

Este es el segundo sistema que para la práctica de prueba fija el Reglamento que le denomina “obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente” y que supone que es el órgano jurisdiccional que está conociendo de la causa el que se desplaza al Estado en el que la prueba se va a practicar y en él la lleva a cabo aplicando sus normas procesales de igual modo que lo haría en su país con la única limitación de no poder hacer uso de las medidas de coercición que pudieren estar previstas. Tal práctica puede ser presencial o por medio de la videoconferencia y para gestionarla los formularios son distintos y en ocasiones las autoridades destinatarias son los Ministerios de Justicia.

3.2.3. LA REGULACIÓN SUBSIDIARIA DE LA LEY 29/2015, DE 30 DE JULIO, DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

Esta regulación (arts. 29 ss. de la Ley) constituye un marco general (a aplicar como indica su art. 2 en defecto de normas de la Unión Europea, tratados internacionales en los que España sea parte o normas especiales del Derecho interno).

La prueba solicitada debe tener relación directa con un proceso ya iniciado o futuro y dado lo que es su objeto el legislador presta especial atención a que se detalle en la solicitud: a) La descripción de las diligencias de obtención de pruebas solicitadas. b) La indicación de si se solicita la práctica de la prueba conforme a un procedimiento previsto en la legislación del Estado requirente y las aclaraciones necesarias para su aplicación. c) La indicación de si se solicita el uso de medios tecnológicos de comunicación. d) La solicitud de las partes interesadas, sus representantes o algún funcionario del Estado requirente para asistir a la ejecución de la diligencia solicitada.

Igualmente especifica los detalles y condiciones en que se debe practicar la prueba. Así: “a) Si se trata de una solicitud dirigida a tomar declaración a una persona, el nombre y la dirección de dicha persona, las preguntas que hayan de formularse o los hechos sobre los que verse; en su caso, información sobre la existencia de un derecho a no prestar declaración con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado requirente, la solicitud de recibir la declaración bajo juramento o promesa de decir la verdad o, en su caso, la fórmula que haya de emplearse, y cualquier otra información que el órgano jurisdiccional requirente estime necesaria. b) Si se trata de examen de testigos, el nombre y apellidos y todos los datos de identificación y localización de los mismos de que se disponga; en su caso, las preguntas que deberán formularse al testigo o exposición de los hechos sobre los que se efectuará su examen, el derecho a negarse a testificar según la legislación del Estado requirente, el ruego de que se examine al testigo bajo juramento o promesa o en forma de declaración y cualquier otra información que el órgano jurisdiccional requirente estime necesaria. c) Si se trata de cualquier otra prueba, los documentos u otros objetos que deban examinarse. En el caso de que se solicite la exhibición de documentos u otros soportes de información, éstos deberán estar identificados razonablemente; además, deberán especificarse aquellos hechos o circunstancias que permitan sostener que los documentos pedidos se encuentran bajo el control o custodia de la persona a quien se requieran y especificarse, en su caso, el derecho a no aportar documentos según la legislación del Estado requirente”.

3.2.4. ESPECIALIDADES EN LA APORTACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

Aún cuando no se trata propiamente dicho de la obtención de una prueba en otro país, y a diferencia de los documentos

privados que siempre tienen tal carácter, los documentos públicos emitidos por un país extranjero para que en España puedan tener la consideración de tales, requieren de un proceso de legalización, salvo que se trate de documentos emitidos por un país y en una materia para la que tal requisito no sea exigible.

A tal efecto el instrumento de mas común aplicación en esta materia es el Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros que solo excluye de su aplicación a los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares y los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera. En tal caso la única formalidad que se puede exigir para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido, es la fijación de la Apostilla descrita en el artículo 4 del Convenio, expedida por la autoridad competente del Estado del que dimana el documento (la apostilla no puede exigirse cuando las leyes, reglamentos o usos en vigor en el Estado en que el documento deba surtir efecto, o bien un acuerdo entre dos o más Estados contratantes, la rechacen, la simplifiquen o dispensen de legalización al propio documento). En relación a la apostilla la misma (según se indica en el art. 4 del Convenio), se coloca sobre el propio documento o sobre una prolongación del mismo y debe acomodarse al modelo anejo al Convenio. Se puede redactar en la lengua oficial de la autoridad que la expida. Las menciones que figuren en ella podrán también ser escritas en una segunda lengua. El título "Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)" debe mencionarse en lengua francesa. Esta apostilla se está implantando en formato electrónico mediante el Programa e-APP. El listado de países a los que es de aplicación este régimen se puede consul-

tar en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net).

Para cuestiones referentes al estado civil de las personas (y en concreto para las certificaciones en extracto de nacimiento, matrimonio o fallecimiento) es de aplicación el régimen fijado en el Convenio nº 16 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativo a la emisión de extractos plurilingües de actas de estado civil firmado en Viena el 8 de septiembre de 1976 (el Convenio tiene en sus Anexos los formularios correspondientes). Igualmente se debe mencionar el Convenio nº 17 de la Comisión Internacional del Estado Civil referente a la dispensa de legalización para determinadas actas y documentos firmado en Atenas el 15 de septiembre de 1977 y referente a actas y documentos relativos al estado civil, capacidad, situación familiar, nacionalidad, domicilio o residencia de las personas físicas (se aceptan los documentos a ello referidos sin necesidad de legalización o formalidad equivalente con tal de que contengan la firma y, en su caso, sello de la autoridad que los emite). El detalle de estos Convenios se puede consultar en la web de la Comisión Internacional del Estado Civil (www.ciec1.org). Igualmente se debe hacer mención al Convenio Europeo relativo a la supresión de la legalización de los documentos emitidos por agentes diplomáticos o consulares firmado en Londres el 7 de junio de 1968 que dispensa de legalización a los documentos emitidos por este tipo de funcionarios. Su régimen y estado se puede consultar en la web de Convenios del Consejo de Europa (www.coe.int/es/web/conventions).

A nivel de la Unión Europea desde el 16.02.2019 será de aplicación el Reglamento (UE) 2016/1191, de 6 de julio de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos

en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012. Este Reglamento dispensa de la legalización o trámite similar de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de los Estados miembros. Junto a ello establece impresos estándar multilingües de la Unión relativos al nacimiento, la defunción, el matrimonio, la unión registrada y la personalidad jurídica y la representación de una sociedad o empresa. Los documentos públicos incluidos son los que afectan a: a) el nacimiento; b) la defunción; c) el nombre; d) el matrimonio y la unión registrada; e) la filiación; f) la adopción; g) la residencia; h) la ciudadanía y la nacionalidad; i) la propiedad inmobiliaria; j) la personalidad jurídica y la representación de una sociedad o empresa; k) los derechos de propiedad intelectual; l) la ausencia de antecedentes penales.

Respecto de los mismos el principio operativo es el de la exención de la legalización y trámite similar lo que supone que las autoridades no exigirán la presentación paralela del documento público original y de su copia certificada expedidos por las autoridades de otros Estados miembros. De igual modo se aceptarán las traducciones no juradas de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otros Estados miembros. Cuando una autoridad albergue dudas razonables sobre la corrección o la calidad de la traducción de un documento público que se le presente en un caso particular, podrá solicitar una traducción jurada de ese documento. De igual modo, cuando las autoridades de un Estado miembro en el que se presente un documento público o su copia certificada alberguen dudas razonables sobre la autenticidad que no puedan resolver por otros medios, podrán presentar una solicitud de información a las autoridades competentes del Estado miembro en el que se hayan expedido esos documentos, bien directamente, mediante el Sistema de Información del Mercado Interior establecido por el Reglamento (UE)

nº 1024/2012 (que se ve reformado por este Reglamento), bien poniéndose en contacto con la autoridad central de su Estado miembro. La duda razonable puede referirse, en particular: a) a la veracidad de la firma; b) a la calidad en que haya actuado el signatario del documento; c) a la identidad del sello o estampilla.

Junto a lo anterior el Reglamento establece impresos estándar multilingües de la Unión (que figuran en los anexos y de los que está prevista la existencia de versiones electrónicas) relativos al nacimiento, la defunción, el matrimonio, la unión registrada y la personalidad jurídica y la representación de una sociedad o empresa. Se trata de una vía alternativa a la presentación de los documentos públicos equivalentes existentes en ese Estado miembro. Los impresos estándar multilingües de la Unión tendrán el mismo valor probatorio formal que los documentos públicos equivalentes expedidos por las autoridades del Estado miembro expedidor, si bien no surtirán efectos legales en cuanto al reconocimiento de su contenido cuando se presenten en un Estado miembro distinto del expedidor. Serán aceptados por las autoridades de los Estados miembros donde se presenten sin legalización o trámite similar. Su uso no será obligatorio y se entenderá sin perjuicio del uso de los documentos públicos equivalentes expedidos por las autoridades del Estado miembro expedidor, o de otros documentos o medios de prueba públicos.

4. LEY APLICABLE

A diferencia de los aspectos considerados hasta ahora, es en materia de ley aplicable donde se considera que puede operar plenamente el Derecho Civil de Aragón que cubre la práctica totalidad de los diferentes aspectos que se ven afectados por un proceso de familia.

Al igual que sucede con los elementos antes considerados, cada aspecto a analizar en un proceso de familia requiere de un análisis específico a fin de determinar cual fuere la ley aplicable al mismo. Ello supone a título de ejemplo que la determinación de la ley aplicable al divorcio, solamente lo es en relación a este aspecto (el divorcio de los cónyuges) y en nada determina por si solo que deba ser esta misma ley la que deba regir cada uno de sus diferentes efectos que se rigen por sus reglas específicas.

La determinación de la ley aplicable (y la posibilidad de optar entre varias) es un aspecto muy importante pues las consecuencias de la aplicación de una u otra ley pueden ser muy diferentes (con beneficios/perjuicios para las partes). Es por ello que por medio de instrumentos internacionales se fijan criterios de determinación de la ley aplicable dotados de las mayores garantías de certeza y fundados en vínculos reales de las partes, evitando la creación de vínculos ficticios (e incluso un peregrini-

naje de jurisdicciones en búsqueda de aquel país en el que se pudieren obtener mayores ventajas).

Antes de entrar en los diversos aspectos afectados, y sin perjuicio de precisiones específicas que se puedan hacer al analizar cada uno de los aspectos afectados, en aquellos casos en los que la ley aplicable deba ser la española, dado que en España existen diversas Comunidades Autónomas con un Derecho Civil específico (el caso de Aragón es paradigmático y se contiene en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas), de cara a determinar cual fuere la ley aplicable se deberá estar a aquella con la que el supuesto tenga sus vínculos dentro de España. Así, cuando el criterio determinante de la ley aplicable sea el de la nacionalidad y el afectado tenga la nacionalidad española, dentro de ella se le aplicará la legislación que se corresponda a su vecindad civil (art. 16 CC). Si el vínculo fuere el de la residencia habitual, se aplicará la normativa de la residencia habitual que dentro del territorio nacional tengan las partes (si la tienen en Aragón operará la normativa aragonesa). Finalmente si el criterio determinante de la ley aplicable es el de la localización del tribunal competente (ello sucede sobre todo en cuestiones referentes a responsabilidad parental), el tribunal (cuya jurisdicción habrá venido determinada por las normas de competencia judicial internacional antes reseñadas y dentro de España por las contenidas en la LEC) se considera deberá aplicar la normativa del lugar en que se ubique (en el caso de los tribunales ubicados en Aragón aplicarán el Código del Derecho Foral de Aragón).

Ejemplo de lo anterior (y en una exposición que se hace en este momento para poner de manifiesto desde un inicio la operatividad del Derecho Civil de Aragón y con independencia

del análisis de detalle de los criterios de conexión que se mencionan que serán objeto de estudio detallado en el apartado correspondiente), lo es la STSJ Aragón 6.10.2015 referida a un caso de un matrimonio contraído en Ecuador por nacionales de dicha república que tuvieron también allí descendencia común, si bien todos ellos con residencia habitual en España (y dentro de ella en Aragón). A tal efecto la sentencia indica que: "... Así las cosas, el artículo 8.a) del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, que derogó de facto las reglas que se mantuvieron en el art. 107 CC hasta la L 15/2015, señala como ley aplicable al divorcio la española por la residencia común de los esposos; ley que es asimismo la aplicable a las cuestiones sobre responsabilidad parental en virtud del artículo 5.1 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, y a los alimentos, por así resultar del artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, en ambos casos por razón de la residencia de la menor. Decidida la ley española como aplicable, tan sólo resta por determinar si lo es la aragonesa o la común, cuestión que ha de ser resuelta a favor de la primera por ser Aragón el territorio de residencia de todos los afectados, dada la inaplicabilidad de la conexión establecida en el art. 14 CC, en tanto que ninguno de los afectados puede tener vecindad de cualquiera de los territorios con derecho civil propio por no ser españoles, lo que conduce al punto de conexión de la residencia en virtud de los arts. 47 y 48 Convenio de la Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010".

En todo caso, se debe poner de manifiesto desde un inicio que el sistema de derecho interregional que se contiene en el Título Preliminar del Código Civil se ha visto modificado en la medida en que este sistema (como se ha indicado) es el de derecho internacional privado y éste en muchos casos viene determinado por normas de carácter trasnacional a las que se hace una especial referencia y cuya justificación se considera se da preci-

samente de cara a la regulación del derecho interregional (las normas referenciadas que en muchas ocasiones son de la Unión Europea en lo que es el derecho internacional privado propiamente dicho no requieren de un reflejo en el derecho nacional dada la primacía del Derecho de la Unión Europea como sucede de igual modo en cuento a las normas contenidas en los tratados internacionales al amparo del art. 96 de la Constitución). Este sistema se ha visto modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y que (como se ha indicado), en muchos aspectos remite a las normas de derecho internacional privado fijadas en diversos instrumentos internacionales.

Tras esta indicación general, en la presente exposición se procederá al análisis de los criterios de determinación de la ley aplicable a los diferentes aspectos afectados por un proceso de familia, concluyendo con un estudio acerca de como proceder de cara a la averiguación del contenido del derecho de otro país para el caso en que el mismo deba ser aquel que proceda aplicar.

4.1. LEY APLICABLE A LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Sobre esta cuestión no existe ninguna norma trasnacional, lo que hace que se deba recurrir a la regulación que en materia de derecho internacional privado se contiene en el Código Civil.

El mismo en el art. 9,2 remite al art. 107 el cual establece que: “1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración”.

Tal normativa comporta la necesidad de analizar los diferentes aspectos que concurren de cara a la celebración del matrimonio:

Estos aspectos son:

* En lo que es la capacidad de los contrayentes rige el criterio de la nacionalidad (art. 9,1) con las especialidades determinadas por la vecindad civil en caso de ser españoles.

* Respecto de la forma, opera el criterio del “locus regit actum”. Así y en relación a los españoles, según el art. 49 CC pueden contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1. En la forma regulada en el Código Civil (arts. 51 ss. CC) y 2. En la forma religiosa legalmente prevista. También pueden contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración”. En lo referente a los extranjeros (art. 50 CC) y solo si ambos contrayentes son extranjeros (si lo es solo uno de ellos se debe estar al régimen previsto para los españoles), se puede celebrar el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles (las antes mencionadas del art. 49 CC) o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

4.2. LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO

En relación a esta cuestión (y solo la separación o el divorcio no sus efectos), si que existe una norma trasnacional cual es el Reglamento (UE) nº 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.

Ante la problemática y sensibilidad de una cuestión como la tratada, se fijó una cooperación reforzada. A tal efecto el 12 de julio de 2010, el Consejo adoptó la Decisión 2010/405/UE, por la que se autorizó una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal entre Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo,

Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia. Es en base a ello que se adoptó el Reglamento (UE) n° 1259/2010, que entró en vigor el 21 de junio de 2012. El 21 de noviembre de 2012, la Comisión adoptó la Decisión de 2012/714/UE por la que se confirma la participación de Lituania en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Dicha Decisión previó que el Reglamento se aplicara a Lituania a partir del 22 de mayo de 2014. Finalmente el 27 de enero de 2014, la Comisión adoptó la Decisión 2014/39/UE por la que se confirma la participación de Grecia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Dicha Decisión fijó como fecha de aplicación del Reglamento a Grecia a partir del 29 de julio de 2015.

Dado que España participa en el Reglamento desde un inicio, éste es de aplicación (independientemente de la nacionalidad de los intervinientes e incluso si son o no nacionales de un estado de la Unión Europea) pues el Reglamento se rige por el principio de universalidad y que expresamente proclama el art. 4 que indica que la ley designada por el Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante.

Esta aplicación universal deriva del propio texto del Reglamento y ante la primacía que tiene el Derecho de la Unión Europea frente al Derecho Nacional, la misma (y aunque ello no se estima necesario) ha sido reconocida (si bien en una forma que cabe considerar no plenamente conforme con la primacía del Derecho de la Unión Europea que no depende para actuar de un reconocimiento nacional) en el art. 107 CC el cual en su párrafo segundo indica que: “La separación y el divorcio legal se registrarán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”. Es esta última referencia que cabe entender innecesaria ya que al haber una norma en el Derecho de la Unión Europea reguladora de la ley aplicable a la separación y

al divorcio, precisamente por el reiterado principio de primacía, la norma española de derecho internacional privado de existir no sería de aplicación (es lo que sucedía antes de la reforma del art. 107 CC y que en la actualidad ya no existe pues el párrafo segundo del art. 107 CC es el que la determinaba y la redacción vigente en la actualidad de tal precepto es la que antes se ha transcrito que no contiene en sí una norma sino una mera remisión). Esta innecesariedad de la referencia a normas de la Unión Europea o españolas de derecho internacional privado en esta materia (determinación de la ley aplicable a la separación o al divorcio) se debe proclamar, ya que a diferencia de otras materias (como la responsabilidad parental o los alimentos en que si existen diferentes normas civiles dentro de España, operando en tal caso la norma de derecho internacional privado reflejada expresamente en el Código Civil —directamente o por remisión— como criterio de derecho interregional) en el caso de la separación y el divorcio (en cuanto tal no sus efectos) no es necesaria pues no existe otra regulación que la contenida en el Código Civil .

La anterior exposición lleva aparejado como consecuencia que un tribunal español de cara a determinar la ley aplicable a la separación y al divorcio deba acudir a lo establecido en el Reglamento (UE) n° 1259/2010 (siempre que tenga competencia judicial internacional en virtud de las normas antes analizadas) y con independencia de la nacionalidad de los intervinientes (aunque sean nacionales de un Estado no miembro de la Unión Europea).

Para la determinación de la ley aplicable a la separación o al divorcio, el Reglamento parte de un criterio de elección (si bien dentro de determinados márgenes) y con un régimen subsidiario en caso de falta de elección. Este último es el supuesto mas habitual que se plantea ante los tribunales españoles. Dado que lo mas común es que ambos cónyuges residan en España,

supuesto en el que (como mas adelante se indica) se aplica la ley de residencia, ésta es la española y al no ser causal, ello facilita enormemente la decisión en torno a la separación o divorcio —prácticamente no existe debate en torno a ello (y a diferencia de otros sistemas normativos que mantienen un sistema causal con una aplicación muy estricta del mismo y que hace necesario un importante esfuerzo probatorio).

Finalmente, y con carácter previo a lo que es el análisis de las dos alternativas existentes (elección de ley aplicable o ausencia de la misma), existen unas disposiciones de aplicación general en ambos casos.

La primera es la que excluye el reenvío (art. 11), lo que supone que cuando el Reglamento determina la aplicación de la ley de un Estado, se entiende por tal la norma jurídica de tal Estado reguladora de la separación o el divorcio (y no las normas de ese Estado de Derecho internacional privado que pudieren a su vez determinar la aplicabilidad de la ley de un tercer Estado).

Junto a lo anterior (y dada la sensibilidad de la materia), el art. 12 contiene una cláusula de orden público que dados los términos en los que está redactada debe ser de aplicación estricta pues indica que solo se puede invocar si la aplicación de la ley designada es “manifiestamente incompatible con el orden público del foro”. Dados los términos empleados (y sin perjuicio de potenciales cuestiones prejudiciales que se pudieren plantear), en principio si la norma aplicable a la separación o al divorcio fijare un sistema de divorcio causal, éste se debería aplicar, salvo que se estimare que el mismo implica una lesión al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE). Cuestión diferente se daría en los casos en los que la ley aplicable a la separación o al divorcio fijare un sistema discri-

minatorio para alguna de las partes (esencialmente las mujeres), por atentatoria al derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE).

En caso de transformación de un proceso de separación en uno de divorcio (art. 9), la ley aplicable al divorcio es la que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido otra cosa. Si tal conversión no fuere posible en base a la ley elegida, el divorcio se regirá por los criterios que el art. 8 fija para cuando no haya elección.

Asimismo existe una norma cuyo fundamento se encuentra en las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales (especialmente en lo concerniente al no reconocimiento en muchos Estados de matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo). En tal caso el art. 13 no obliga a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del Reglamento. Dado que en España si se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, ningún problema se planteará (cosa diferente sería un hipotético supuesto de una petición de divorcio de un matrimonio polígamo o poliándrico).

Finalmente el Reglamento contiene una previsión para el caso de estados con dos o más sistemas jurídicos, norma que en el caso de la separación y el divorcio no tiene operatividad en España ya que tanto la separación como el divorcio (en si mismos que es lo aquí analizado) son objeto de regulación en una norma estatal y aplicable en toda España (arts. 81 a 89 CC).

Tras esta exposición de las normas de común aplicación se procede al estudio de los criterios de determinación de la ley aplicable.

4.2.1. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE

Éste es el primero de los criterios determinantes de la ley aplicable a la separación o al divorcio, si bien el Reglamento fija unas exigencias tanto en lo referente a que ley puede ser elegida como en lo que respecta a la forma como se debe llevar a cabo la elección.

En todo caso, el Reglamento trata de garantizar que la elección de la ley aplicable se lleva a cabo con una adecuada información. Así en su Preámbulo indica: “(17) Antes de designar la ley aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de divorcio y separación judicial. Con el fin de garantizar ese acceso a una información pertinente y de calidad, la Comisión actualiza periódicamente los datos del sistema de información al público a través de Internet, establecido mediante la Decisión 2001/470/CE. (18) La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable. 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. Por esa razón, es importante que los jueces de los Estados miembros participantes 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”. La información básica sobre la regulación de esta materia en los diferentes Estados miembros se encuentra en la web European E-Justice (<https://e-justice.europa.eu>).

En cuanto a la ley a elegir, el art. 5 indica que solo puede ser una de las siguientes: a) la ley del Estado en que los cónyuges

tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) 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; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro.

La elección de ley aplicable se ha de hacer hasta la interposición de la demanda, si bien (en una circunstancia que en principio no consta que sea posible en España), si la ley del foro lo permite la elección asimismo se puede hacer en el curso del procedimiento.

La ley elegida es la que determina la existencia y la validez del convenio de elección de la ley aplicable, si bien el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento puede acogerse a la ley del país en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley elegida.

La elección se ha de hacer (art. 7) en un convenio escrito (se equiparan los medios electrónicos que proporcionen un registro duradero del convenio), fechado y firmado por ambos cónyuges. Éstos son los requisitos mínimos que fija el Reglamento y a ellos se deben añadir los que se puedan establecer por la legislación del Estado miembro participante en el Reglamento en que tenga la residencia habitual de los cónyuges (si la tienen en dos Estados basta con cumplir las exigencias formales adicionales de la de uno).

4.2.2. LEY APLICABLE EN CASO DE FALTA DE ELECCIÓN

Como se ha indicado, éste suele ser el supuesto mas habitual fijando el art. 8 del Reglamento un criterio en cascada, lo que significa que solo se debe hacer operativo el siguiente criterio en caso de no reunirse los requisitos de aplicación del anterior.

Así se aplica la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su 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 aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

4.3. LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

En lo que es la ley aplicable a la responsabilidad parental (y con independencia de la existencia o no de matrimonio entre los progenitores), es 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 el que fija los criterios en materia de ley aplicable, si bien existe una especialidad para aquellos casos en los que se apliquen medidas provisionales urgentes al ser ésta una cuestión prevista en el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis).

Es por ello que en esta exposición se comienza con el análisis de esta especialidad para proceder posteriormente a la explicación del régimen general que es el del Convenio de La Haya antes mencionado.

4.3.1. MEDIDAS PROVISIONALES URGENTES

Éste es el supuesto que implica una especificidad en materia de ley aplicable, ya que en relación al mismo la norma que determina cual fuere ésta es el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis) el cual en su art. 20,1 contiene una previsión específica para medidas provisionales urgentes. Así indica que: “1. En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo”.

Este precepto parece solo fijar una norma de competencia judicial internacional, si bien debidamente analizado también cabe inducir que contiene una previsión referente a la ley aplicable, ya que en relación con personas o bienes situados en un Estado miembro (y en caso de urgencia), los tribunales de ese Estado pueden adoptar medidas provisionales y precisamente las medidas provisionales fijadas en su legislación (aún cuando para tramitar el proceso principal no tuvieran competencia judicial internacional).

En base a esta norma, y dado que el criterio a tomar en consideración es el de la localización, los tribunales españoles pueden adoptar medidas urgentes de protección respecto de los menores que estén en España. Tales medidas con carácter general vendrán relacionadas con la protección de menores y podrán tener la mas diversa índole dado el concepto amplio que el Reglamento da a lo que es la responsabilidad parental que abarca los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un

acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.

En la práctica, las medidas que generalmente se incluirán en este concepto son las que se contienen en el art. 158 CC, si bien en relación a los menores que estén en Aragón (y en virtud de tal presencia), se considera que el fundamento legal de tales medidas es el previsto en el art. 10 CDFa que será la norma a aplicar con independencia de los mayores o menores vínculos que con España (y dentro de ella con Aragón) tenga el menor. De hecho, el único vínculo necesario para su aplicación será el de la presencia física en Aragón.

4.3.2. LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Tras la exposición de la especialidad que existe en torno a las medidas urgentes, en todo lo que es la responsabilidad parental, la norma que determina cual fuere la ley aplicable es el ya mencionado 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 que entiende por “responsabilidad parental” la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño, entendiéndose por tal (según se deriva de su art. 2), toda persona desde su nacimiento y hasta que alcance la edad de 18 años. Incluye dentro de lo que es su ámbito: a) la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación; b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar

de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga; f) la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo; g) la administración, conservación o disposición de los bienes del niño. En todo caso se excluye: a) el establecimiento y la impugnación de la filiación; b) la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción; c) el nombre y apellidos del niño; d) la emancipación; e) las obligaciones alimenticias; f) los trusts y las sucesiones; g) la seguridad social; h) las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud; i) las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños; j) las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración.

Conforme al artículo 51 del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, 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.

Al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996 expresamente se hace mención en el art. 9,4 CC que en su párrafo segundo indica que: “La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al 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.” Esta mención expresa en el Código Civil al Convenio de La Haya, si bien puede tener efectos clarificadores, se puede entender (desde el punto de vista del derecho internacional privado) como innecesaria en virtud del carácter que tienen los convenios y tratados internacionales conforme al art. 96 CE. De hecho, incluso se podría estimar la mención además de innecesaria, también como problemática pues si bien en la actualidad la redacción del Código Civil atiende perfectamente a lo que es el régimen aplicable (dada la vigencia del convenio a que se hace referencia), tal situación no se daba hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que es la que dio la redacción actual al art. 9,4 CC. Antes de esta norma, ninguna mención se hacía al Convenio de La Haya, sino que incluso fijaba normas propias de derecho internacional privado referentes a la ley aplicable y que (aún cuando aún siguieran reflejadas en el Código Civil), no eran de aplicación desde el momento en que entró en vigor el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996 (lo que se produjo para España el 1.01.2011) en virtud del antes referido carácter que tienen los convenios y tratados internacionales conforme al art. 96 CE

No obstante lo indicado, la utilidad que tiene la mención se considera afecta a los conflictos interregionales, ya que dada la reciente reforma del Código Civil que en el art. 9 fija como norma de determinación de ley aplicable las del Convenio de La Haya, éstas normas son de aplicación asimismo a los conflictos interregionales con las adaptaciones pertinentes dada la remisión que para la resolución de los conflictos interregionales hace el art. 16 CC a las normas de derecho internacional privado.

1) Universalidad.

Al igual que sucede con muchos instrumentos internacionales delimitadores de la ley aplicable, el Convenio tiene un alcance universal, lo que supone que los criterios delimitadores de la ley aplicable son aplicables siempre y con independencia de que el caso concreto pueda tener vínculos con Estados que no sean parte del convenio. Es por ello que siempre que se planteen cuestiones de responsabilidad parental referentes a menores que tengan vínculos con diversos estados, de cara a delimitar la ley aplicable se ha de recurrir al Convenio.

La razón de ser de esta conclusión se encuentra en el art. 20 del mismo el cual indica que sus disposiciones sobre ley aplicable se aplican incluso si designan la ley de un Estado no contratante. Tal ley en principio es la reguladora de la responsabilidad parental (no las normas de derecho internacional privado). Ello hace que el Convenio excluya el reenvío, si bien solo entre los Estados partes del Convenio, pues si la ley que se hubiere de aplicar fuere la de un Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado. Solo si este otro Estado no contratante no aplicase su propia ley, se aplicaría la ley reguladora de la responsabilidad parental del designado en primer término (con exclusión del reenvío).

Finalmente (y antes de entrar en el análisis de los criterios delimitadores de la ley aplicable), el Convenio contiene una cláusula de orden público en virtud de la que la aplicación de la ley designada por las disposiciones del Convenio sólo puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

2) Determinación de la ley aplicable.

En los casos en los que un tribunal deba resolver en torno a cuestiones referentes a la responsabilidad parental, la regla general en materia de ley aplicable es la que se contiene en el art. 15,1 del Convenio que sigue el criterio de la "lex actoritas". Esto es, el tribunal que tenga competencia judicial internacional para resolver del caso (en virtud de las normas analizadas anteriormente y que con carácter general se vinculan con la residencia habitual del menor) aplica su propia ley. Prueba de lo anterior es que incluso en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante (lo que cambia la competencia judicial internacional), la ley de este otro Estado (del de la nueva residencia) rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual (que se fijaron en virtud de las normas de tal Estado) y a partir del momento en que se produce la modificación.

Esta regla tiene una excepción (a aplicar de forma muy restrictiva), según la que cuando la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, se puede excepcionalmente (este término es el que sirve de base para destacar lo restrictivo de la aplicación de esta opción) aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

Partiendo de este régimen, el problema que se suscita es que cabe entender como ley propia del órgano jurisdiccional que tiene competencia para resolver de un caso sobre responsabilidad parental. Ello en el caso de Aragón tiene una especial importancia pues el régimen contenido en el Código de Derecho Foral de Aragón tiene unas características muy específicas y que son diferentes a las que se fijan en el Código Civil, siendo la de aplicación mas generalizada (evidentemente no la única), la relativa al carácter preferente que en Aragón tiene el régimen de

guarda y custodia compartida, situación ésta que no se da en el Código Civil.

La respuesta a esta cuestión se encuentra en el art. 47 del propio Convenio por la remisión que al mismo hace el art. 48.

Esta última norma dispone que para determinar la ley aplicable en virtud del Capítulo III (es el que fija los criterios delimitadores de la ley aplicable que antes se han expuesto), y en el caso en que un Estado comprenda dos o más unidades territoriales cada una de las cuales posea su propio sistema jurídico o un conjunto de reglas relativas a las cuestiones reguladas por el Convenio, se debe en primer término recurrir a las normas que en tal Estado identifiquen la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada. En el caso de España las normas de derecho interregional en esta materia son las del propio Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1.996 que se viene analizando ya que al mismo se refiere el art. 9 CC en la redacción dada al mismo por la Ley 26/2015 y dada la remisión que para la resolución de los conflictos interregionales hace el art. 16 CC a las normas de derecho internacional privado. Ello supone en la práctica la integración de las normas del Convenio (previstas como normas de derecho internacional privado), asimismo como normas de derecho interregional.

En cuanto a las necesarias adaptaciones (y para que la solución sea armónica), se debe acudir a la solución que el propio Convenio contiene en el art. 47.

Dada la importancia que tiene esta norma de cara a la aplicabilidad del Derecho Civil de Aragón, se estima necesario proceder a su transcripción para tras ello destacar los elementos clave y que determinan la aplicabilidad del mismo en los casos en los que un tribunal ubicado en Aragón tenga competencia para resolver sobre una cuestión de responsabilidad parental.

A tal efecto el art. 47 del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996 indica que: “En relación a un Estado en el que dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de reglas relativas a las cuestiones reguladas en el presente Convenio se aplican en unidades territoriales diferentes: 1. Cualquier referencia a la residencia habitual en este Estado se interpretará como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial. 2. Cualquier referencia a la presencia del niño en este Estado se interpretará como una referencia a la presencia del niño en una unidad territorial. 3. Cualquier referencia a la situación de los bienes del niño en este Estado se interpretará como una referencia a la situación de los bienes del niño en una unidad territorial. 4. Cualquier referencia al Estado del que el niño posee la nacionalidad se interpretará como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de este Estado o, en ausencia de reglas pertinentes, a la unidad territorial con la que el niño presente el vínculo más estrecho. 5. Cualquier referencia al Estado en el que se presenta a una autoridad una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o en anulación de su matrimonio, se interpretará como una referencia a la unidad territorial en la que se presenta dicha demanda a una autoridad. 6. Cualquier referencia al Estado con el que el niño presenta un vínculo estrecho se interpretará como una referencia a la unidad territorial con la que el niño presenta este vínculo. 7. Cualquier referencia al Estado al que el niño ha sido trasladado o retenido se interpretará como una referencia a la unidad territorial a la que el niño ha sido desplazado o retenido. 8. Cualquier referencia a los organismos o autoridades de este Estado, diferentes de las Autoridades Centrales, se interpretará como una referencia a los organismos o autoridades habilitados para actuar en la unidad territorial afectada. 9. Cualquier referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad del Estado en que la medida ha sido adoptada se interpretará como una referencia a la ley, el

procedimiento o la autoridad de la unidad territorial en la que dicha medida ha sido adoptada. 10. Cualquier referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad del Estado requerido se interpretará como una referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad de la unidad territorial en la que se invoca el reconocimiento o la ejecución”.

De la norma transcrita, los epígrafes que se consideran esenciales para dar respuesta a la cuestión planteada son los 8 y 9 y en particular este último que concreta que deba entenderse como ley del tribunal que resuelve el caso, señalando que tal ley es la de la unidad territorial correspondiente.

Ello hace que en Aragón, la ley a aplicar sea el Código Foral de Aragón y su régimen específico, lo que en la mayor parte de los casos va a comportar que al venir determinada la competencia judicial por la residencia habitual del menor, se aplicará (en los casos de vínculos transnacionales que son los aquí objeto de consideración) el Código Foral de Aragón a todos los menores que residan en Aragón y con independencia de cual fuere la nacionalidad de tales menores o de sus progenitores.

4.4. LEY APLICABLE A LOS ALIMENTOS

La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos es objeto de regulación en un instrumento de la Unión Europea cual es el Reglamento (CE) no 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. No obstante esta mención, el Reglamento no fija normas delimitadoras de la ley aplicable pues en su art. 15 señala que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley

aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento (son todos los Estados miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca).

Dada la primacía del Derecho de la Unión Europea y la condición que tienen en España los tratados y convenios internacionales (art. 96 CE), la operatividad de este régimen no requiere de ningún reflejo en el derecho interno, si bien (y al igual que sucede con la materia de la responsabilidad parental) el Código Civil tiene una expresa norma de remisión cual es el art. 9,7 del Código Civil que indica que: “7. La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya”. Este precepto ha recibido la redacción que se ha transcrito por medio de la Ley 26/2015, de 28 de julio que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, estimándose (de igual modo a como antes se ha indicado respecto de la responsabilidad parental), que la mención desde el punto de vista del derecho internacional privado además de innecesaria, también es problemática pues si bien en la actualidad la redacción del Código Civil atiende perfectamente a lo que es el régimen aplicable, tal situación no se daba hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2015. Antes de esta norma, ninguna mención se hacía al Protocolo de La Haya, sino que incluso fijaba normas propias de derecho internacional privado referentes a la ley aplicable y que (aún cuando aún siguieran reflejadas en el Código Civil), no eran de aplicación desde el momento en que entró en vigor el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias (lo que se produjo el 1.08.2013).

No obstante lo indicado, la utilidad que tiene la mención se considera afecta a los conflictos interregionales, ya que dada la reciente reforma del Código Civil que en el art. 9 fija como norma

de determinación de ley aplicable las del Protocolo de La Haya, éstas normas son de aplicación asimismo a los conflictos interregionales con las adaptaciones pertinentes dada la remisión que para la resolución de los conflictos interregionales hace el art. 16 CC a las normas de derecho internacional privado.

1) Noción de obligación alimenticia.

Respecto de que alimentos pueden ser tomados en consideración, no se contiene ni en el Reglamento ni el Protocolo una definición (el Reglamento en el apartado 11 del preámbulo indica se trata de un concepto a interpretar de forma autónoma), si bien si que concreta el ámbito de relaciones en los que los mismos surgen y a los efectos de hacer operativos los criterios del Protocolo de La Haya (por la remisión que al mismo hace el Reglamento 4/2009), el art. 1,1 del Reglamento los circunscribe a los derivados de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad. En semejante sentido el art. 1 del Protocolo señala que es de aplicación a las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres.

Ante el carácter abierto de la noción, (y como ya se ha indicado al analizar la cuestión de la competencia judicial internacional), la concreción del concepto dependerá de la elaboración que del mismo haga el Tribunal de Justicia en virtud de las cuestiones prejudiciales que al mismo se planteen, si bien cabe partir de una noción de alimentos como todo lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica de quien los haya de percibir, incluyendo los gastos para la formación si éste es menor, y para la continuación de la formación, una vez llegado a la mayoría de edad, si no la ha finalizado antes por causa que no le sea imputable.

Dado el concepto amplio de esta figura se considera que dentro de ella cabrá incluir instituciones del Derecho Civil de Aragón como las referentes al uso del domicilio familiar (art. 81 CDFA) gastos de asistencia y alimentos de hijos menores (art. 82 CDFA), gastos de los hijos mayores o emancipados (art. 69 CDFA) e incluso la asignación compensatoria (art. 83 CDFA) y ésta última aún cuando su función es la de compensar el desequilibrio existente tras una ruptura familiar, pues puede ser equiparable a una noción amplia de alimentos (y distinta a la específica del Derecho Civil de Aragón ya que se trata de una noción propia del Derecho de la Unión Europea).

En todo caso, la Ley aplicable (como indica el art. 11 del Protocolo) es la que determina (en una enumeración no exhaustiva sino ejemplificativa pues el Protocolo emplea el término “en particular”): a) si, en qué medida y a quién el acreedor puede reclamar los alimentos; b) la medida en que el acreedor puede reclamar alimentos retroactivamente; c) la base para el cálculo de la cuantía de los alimentos y de la indexación; d) quién puede iniciar un procedimiento en materia de alimentos, salvo las cuestiones relativas a la capacidad procesal y a la representación en juicio; e) la prescripción o los plazos para iniciar una acción; f) el alcance de la obligación del deudor de alimentos, cuando un organismo público solicita el reembolso de las prestaciones proporcionadas a un acreedor a título de alimentos.

2) Universalidad

Al igual que sucede con muchos instrumentos internacionales delimitadores de la ley aplicable, el Protocolo tiene un alcance universal, lo que supone que los criterios delimitadores de la ley aplicable se aplican siempre y con independencia de que el caso concreto pueda tener vínculos con Estados que no sean parte del convenio. Es por ello que siempre que se planteen cuestiones de

alimentos en el ámbito antes mencionado, de cara a delimitar la ley aplicable se ha de recurrir al Protocolo.

La razón de ser de esta conclusión se encuentra en el art. 2 del Protocolo que fija su aplicación incluso si la ley aplicable es la de un Estado no contratante.

La ley que se determine como aplicable es la reguladora de las obligaciones de alimentos (no las normas de derecho internacional privado) pues el Protocolo excluye el reenvío en el art. 12. También contiene una cláusula de orden público que permite excluir la ley que resultare aplicable si bien solo (art. 13) cuando sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro. En todo caso (y con independencia de lo que determine la ley aplicable), el Protocolo fija una norma (ya no de derecho internacional privado sino de fondo) cual es la contenida en el art. 14 que indica que aunque la ley aplicable disponga algo distinto, para determinar la cuantía de los alimentos se tomarán en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos.

3) Determinación de la ley aplicable.

Para la determinación de la ley aplicable el Protocolo fija una posibilidad de elección de la misma (que ello no obstante no se da cuando se trata de alimentos de menores de 18 años o de adultos que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentran en condiciones de proteger sus intereses), estableciendo en su defecto unos criterios subsidiarios (a falta de elección y cuando la misma es posible:

* Elección de la ley aplicable.

La misma viene regulada en el art. 8 del Protocolo y como se ha indicado no es procedente cuando se trata de obligaciones

alimenticias a favor personas menores de 18 años o adultos que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentran en condiciones de proteger sus intereses.

La facultad de elección no es absoluta sino que solo puede hacerse respecto de alguna de estas leyes: a) ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación; b) ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; c) ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; d) ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación.

Como requisito de forma se exige que la elección conste por escrito o se registre en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta, debiendo estar firmado por ambas partes.

La elección de ley aplicable a las obligaciones de alimentos es contemplada con gran prudencia por el Protocolo en cuanto impliquen renuncia a potenciales derechos. Es por ello que en relación a los acuerdos de renuncia de alimentos se establece que a pesar de que la ley designada por las partes la permitiere, tal renuncia solo es admisible si también es posible al amparo de la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación de la ley aplicable.

Como correlato de lo anterior también establece el Protocolo que a menos que en el momento de la designación de la ley aplicable las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, ésta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes.

La designación de ley aplicable hasta ahora analizada (y que se regula en el art. 8) viene referida a lo que es la regulación general de la obligación de alimentos entre las partes, si bien (y junto a esta designación general), también prevé el Protocolo la posibilidad de designar una ley aplicable a la obligación de alimentos que surja con ocasión de un procedimiento específico entre las partes. Tal designación en tal caso solo puede recaer en la ley del Estado en que se sitúe el tribunal competente y puede verificarse tanto antes como durante el curso del procedimiento. Si la designación es una vez abierto el procedimiento, serán las normas que lo regulan las que determinarán como se deba verificar tal elección (en el caso de España en principio no existe previsión específica con lo que bastaría con un escrito presentado por ambas partes y que ante la importancia que tiene sería idóneo fuere ratificado —tal ratificación se considera debería serlo ante el Letrado de la Administración de Justicia). Para el caso en que la elección fuere anterior al inicio del proceso debe constar por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta y firmado por ambas partes (en todo caso cabe entender que esta posibilidad de elección de ley aplicable —y aún cuando expresamente no se indica en el precepto— no es procedente cuando se trata de obligaciones alimenticias a favor personas menores de 18 años o adultos que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentran en condiciones de proteger sus intereses.

* Criterios de aplicación en defecto de elección

A falta de elección de ley aplicable (art. 3 del Protocolo), se aplica la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor (respecto a que se deba entender por residencia habitual cabe dar por reproducido cuando este concepto se ha analizado en apartados anteriores prestando especial atención a la estabilidad e integración).

Si se produce un cambio de residencia habitual del acreedor, la ley aplicable es la de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio. Dados los términos en que está redactado el precepto, cabe entender que incluso si el cambio se produce pendiente un proceso, ello se deberá tomar en consideración y por ello aplicar la ley de la residencia habitual del acreedor en el momento de dictar sentencia.

No obstante ser éste el criterio general, el Protocolo tiene normas especiales generales para determinados acreedores que tienen unas especificidades propias y que introducen matices en la aplicación del criterio de la residencia habitual del acreedor.

La primera de ellas se contiene en el art. 4 y se refiere a las obligaciones alimenticias que afectan a las siguientes personas: a) padres a favor de sus hijos; b) personas distintas de los padres a favor de personas que no hayan alcanzado la edad de 21 años, con excepción de las obligaciones que derivan de las relaciones entre cónyuges y ex cónyuges; c) hijos a favor de sus padres. En estos casos se aplica en principio la ley de la residencia habitual del acreedor (que es el criterio general antes mencionado), si bien si no se pueden obtener alimentos en virtud de la misma se aplica la ley del foro. También cabe aplicar la ley del foro (incluso en el caso en el que la ley de la residencia habitual permita obtener alimentos), si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor. No obstante lo anterior si tal ley del foro no permite al acreedor obtener alimentos, se aplica la ley de la residencia habitual del acreedor. Finalmente (y como norma de cierre), si ni la ley del foro ni la de la de residencia habitual del acreedor permiten al acreedor obtener alimentos, se aplica la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe.

La segunda especificidad se fija respecto de las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo

matrimonio haya sido anulado (cuestión ésta de gran importancia pues cabe considerar que la pensión/asignación compensatoria o la asignación del uso del domicilio familiar son unas figuras incluidas dentro de la noción de alimentos a la que se da un sentido amplio). A tal efecto se indica que la ley de la residencia habitual del acreedor no es de aplicación si una de las partes se opone y la ley de otro Estado (se hace una referencia expresa a 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.

Partiendo del régimen expuesto, el problema que se suscita es que cabe entender como ley de la residencia habitual o ley del foro (son los criterio de conexión empleados en el Protocolo) en los casos en los que se trata de Estados (como España) en los que conviven diversos regímenes jurídicos, máxime en una materia como la de los alimentos que ante el concepto amplio que de los mismos se da, es objeto de una regulación específica en muchas Comunidades Autónomas. En el caso de Aragón ya se ha hecho referencia como supuestos mas específicos a los referentes al uso del domicilio familiar (art. 81 CDFA) gastos de asistencia y alimentos de hijos menores (art. 82 CDFA), gastos de los hijos mayores o emancipados (art. 69 CDFA) e incluso la asignación compensatoria (art. 83 CDFA).

A tal efecto (y tras una norma que es el art. 15 del Protocolo que excluye la aplicación del mismo a los conflictos internos salvo que así se declare por el Estado afectado), cabe entender que en el caso de España esta extensión del Protocolo (y sus criterios) a los conflictos internos se ha hecho por la referencia al Protocolo contenida en el art. 9 CC (en su redacción actual) al que remite para la resolución de los conflictos interregionales el art. 16 CC.

Dada la aplicación de los criterios del Protocolo a los conflictos interregionales (por la expresa aceptación de España),

es de cara a su operatividad práctica el art. 16 del Protocolo el que enlaza los criterios de conexión del Protocolo con las cuestiones internas. Esta norma (se transcribe por su importancia pues es la que motiva la aplicación del Derecho Civil de Aragón) indica que: “1. Con respecto a un Estado en el que se apliquen en unidades territoriales diferentes dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas, relativos a las materias reguladas en el presente Protocolo: a) cualquier referencia a la ley del Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a la ley en vigor en la unidad territorial pertinente; b) cualquier referencia a las autoridades competentes u organismos públicos de dicho Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a las autoridades competentes u organismos públicos autorizadas para actuar en la unidad territorial pertinente; c) cualquier referencia a la residencia habitual en ese Estado se interpretará, en su caso como una referencia, a la residencia habitual en la unidad territorial pertinente; d) cualquier referencia al Estado del que dos personas tengan nacionalidad común se interpretará como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de dicho Estado o, en ausencia de normas al respecto, a la unidad territorial con la que la obligación alimenticia tenga una vinculación más estrecha; e) cualquier referencia al Estado del que es nacional una persona se interpretará como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de dicho Estado o, en ausencia de normas al respecto, a la unidad territorial con la que la persona tenga una vinculación más estrecha. 2. Para determinar la ley aplicable en virtud del Protocolo, cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales cada una de las cuales tenga su propio sistema jurídico o conjunto de normas relativas a materias reguladas por el Protocolo, se aplican las siguientes normas: a) si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad; b) en ausencia de tales normas, se aplicará la ley

de la unidad territorial determinada según las disposiciones del apartado 1. 3. Este artículo no se aplicará a una Organización Regional de Integración Económica”.

Esta norma es la que motiva que en los casos en que sobre una cuestión de alimentos los criterios de conexión del Protocolo se de con Aragón, se deban aplicar los preceptos del Código de Derecho Foral de Aragón.

4.5. LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

En relación a esta materia existen dos instrumentos de la Unión Europea que son por una parte el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8.07.2016 y que será aplicable a partir del 29 de enero de 2019) y de otra el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8.07.2016 y que será aplicable a partir del 29 de enero de 2019). Solo son aplicables a

a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019, a los miembros de una unión que la hayan registrado o que hayan especificado la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión registrada después del 29 de enero de 2019 y a las acciones judiciales ejercita-

das, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29 de enero de 2019. El Reglamento solo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29 de enero de 2019.

Ello supone que en esta exposición primero se analiza la situación aplicable hasta ese momento, y aquella que se dará desde tal fecha.

4.5.1. RÉGIMEN A APLICAR HASTA EL 29 DE ENERO DE 2019

4.5.1.1. Régimen económico matrimonial acordado

En principio el régimen económico matrimonial es aquel que las partes hayan acordado libremente en capitulaciones que (como se indica en el art. 9,3 CC) pueden tener por objeto tanto el estipular como el modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio.

Para la validez de los pactos, éstos deben ser conformes a la ley que rijan los efectos del matrimonio, a la ley de la nacionalidad o a la de residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

Ello supone que para aquellos casos en que alguno de los cónyuges tenga vecindad civil aragonesa (la mención del art. 9 a la nacionalidad se entiende referida en cuestiones interregionales a la vecindad civil conforme se indica en el art. 16 CC), sea residente en Aragón, lo sea el matrimonio inmediatamente tras su celebración y en defecto de este último criterio sea en Aragón donde se celebró el matrimonio, se puede hacer la opción de régimen económico matrimonial conforme al art. 185 CDFA y que no fija más límites que el respecto del principio “standum est

chartae” y los de los arts. 183, 184, 186 a 190 y 194 CDFA que son preceptos imperativos (comunidad de vida, fijación de domicilio, dirección de la vida familiar, satisfacción de las necesidades familiares, deber de información recíproca, responsabilidad frente a terceros por las obligaciones contraídas al satisfacer las necesidades familiares, disposición de la vivienda familiar y no perjuicio de derechos ya adquiridos por terceros)

4.5.1.2. Defecto de acuerdo

Ante la ausencia de capitulaciones matrimoniales (y en su caso, en cuanto a las parejas estables no casadas del art. 305 CDFA y potenciales efectos patrimoniales - como los previstos en los arts. 310 y 311 CDFA y para el caso en que se estime que su régimen no es el propio de los alimentos que en donde se considera pudieren tener mejor encaje, si bien es una cuestión discutible de ahí que se deje constancia de ello), y de cara a determinar cual régimen económico matrimonial fuere el supletorio, el art. 9,2 CC fija un criterio en cascada que remite a la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraer el matrimonio (nacionalidad común). En su defecto a la ley personal (de su nacionalidad) o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio. En defecto de ello opera la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración- Finalmente a falta de dicha residencia común el régimen económico supletorio es el del lugar de celebración del matrimonio.

Dados los criterios anteriores, y como se viene indicando y cabe derivar de los criterios sentados en la STSJ Aragón 6.10.2015, un matrimonio de dos personas no españolas y de diferentes nacionalidades cuya primera residencia es en Aragón y en su

defecto y de no tener residencia común tras el matrimonio, éste ha sido celebrado en Aragón, regirán los efectos económicos del matrimonio por el régimen económico matrimonial supletorio que fija el CDFA que es el del consorcio conyugal (art. 193 CDFA).

4.5.2. RÉGIMEN A APLICAR DESDE EL 29 DE ENERO DE 2019

La fecha antes mencionada es aquella a partir de la cual son de aplicación tanto el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8.07.2016 y que será aplicable a partir del 29 de enero de 2019) como el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8.07.2016 y que será aplicable a partir del 29 de enero de 2019).

Dado que se trata de un supuesto de cooperación reforzada, las referencias que en el Reglamento se contienen a Estados miembros vienen referidas a los 17 Estados que participan en estos instrumentos. Tales estados son conforme a la Decisión (UE) 2016/954 del Consejo, de 9 de junio de 2016, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas – DOUE L 159 de 16.06.2016) Bélgica, Bulgaria, Chipre República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Croa-

cia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia.

Como se ha señalado anteriormente, por regímenes económico matrimoniales se entienden todas las normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución, no operando (entre otras materias) respecto de todo lo que pudiere estar relacionado con la seguridad social o el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante el mismo.

Por su parte los efectos patrimoniales de la unión registrada vienen referidos al conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión registrada o su disolución. Por unión registrada (a los efectos del Reglamento), se entiende el régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación.

4.5.2.1. Ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales

Un primer elemento que se debe señalar es que en materia de ley aplicable el Reglamento establece un régimen de aplicación universal en su art. 20, lo que supone que la ley que se determine en virtud del Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro, norma que implica de hecho una falta de aplicación automática de las previsiones contenidas en el Título Preliminar el Código Civil en esta materia y aún cuando no se proceda a la reforma del Título Preliminar. El Reglamento excluye

en su art. 32 el reenvío lo que implica que la aplicación de la ley de un Estado que determina el Reglamento viene referida a las normas jurídicas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho internacional privado, si bien tal norma puede no ser de aplicación (art. 31) de ser manifiestamente incompatible con el orden público del foro. De igual manera el Reglamento (art. 30) no restringe la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, entendiendo por tales aquellas disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

La ley aplicable al régimen económico matrimonial con arreglo al Reglamento determina (art. 27), entre otras cosas: a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges en diferentes categorías durante la vigencia y después del matrimonio; b) la transferencia de bienes de una categoría a otra; c) la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro cónyuge; d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio; e) la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio; f) los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero (si bien el art. 28 regula los efectos frente a terceros señalando que la ley aplicable que resulte del Reglamento no podrá ser invocada por uno de los cónyuges frente a un tercero en un litigio entre el tercero y cualquiera de los cónyuges o ambos, salvo que el tercero conociera o, actuando con la debida diligencia, debiera haber tenido conocimiento de dicha ley (el Reglamento detalla en el art. 28,2 los casos en los que se considera que el tercero conoce

la ley y determina que en caso de no conocerla el régimen económico matrimonial se rige: a) por la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero o b) en el caso de los bienes inmuebles o de los bienes o derechos registrados, por la ley del Estado en que se halle el bien inmueble o en el que estén registrados los bienes o derechos) y g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales.

El Reglamento no hace distinción alguna entre el régimen económico matrimonial convenido y el legal o supletorio, que estarán sujetos a la misma normativa.

Se parte del sistema de unidad regulatoria, en el sentido de que será una sola la legislación que se aplique a la totalidad de los bienes conyugales, con independencia de su situación y de su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria (art. 21), si bien contiene una previsión de adaptación de los derechos reales (art. 29) de tal forma que cuando una persona invoque un derecho real del que sea titular en virtud de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y la ley del Estado miembro en el que se invoque el derecho no conozca el derecho real en cuestión, ese derecho deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, adaptarse al derecho equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real específico y los efectos asociados al mismo.

De cara a la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, el Reglamento prevé una posibilidad de elección de ley aplicable (arts. 22 a 25), conteniendo en el art. 26 una concreción de la ley aplicable en defecto de elección.

— Elección de la ley aplicable.

La elección (que salvo acuerdo en contrario —y sin perjuicio de los derechos de terceros— solo surte efectos de futuro), solo puede recaer en una de las leyes que tengan vínculos con

el matrimonio solo siendo posible tal elección (art. 22) entre: a) la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo; b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.

La elección se ha de expresar por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges, equiparando al escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. No obstante lo anterior si (como sucede en España), la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación (de residir en diferentes Estados miembros .basta con cumplir los requisitos de una de las dos leyes).

En cuanto a los requisitos de consentimiento para la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial es en principio la ley elegida la que los determina, si bien un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, puede invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley elegida.

Finalmente el Reglamento determina unos requisitos de validez formal para las capitulaciones matrimoniales con un régimen semejante al establecido para el documento en el que se elija la ley aplicable.

— Ley aplicable en defecto de elección.

Según el art. 26 lo es (y en cascada pues una solo opera en defecto de la anterior) la ley del Estado: a) de la primera resi-

dencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio o, en su defecto, b) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio o, en su defecto, c) con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, no se aplica el criterio de la ley de la nacionalidad común (al ser más de una resultarían ser varias las leyes aplicables con lo que no se daría solución a la cuestión planteada) de forma que solo se aplican en este caso las reglas contenidas en las letras a) y c).

No obstante lo anterior, como excepción (y régimen restringido sobre todo en cuanto a efectos sobre terceros y los derechos de los mismos que se puedan derivar del primero de los criterios que han indicado —primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio—) y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial (antes analizada) puede decidir que la ley de un Estado distinto del Estado cuya ley sea aplicable en virtud de los criterios anteriores rija el régimen económico matrimonial si el demandante demuestra que se dan estos dos requisitos (han de concurrir ambos pues el Reglamento emplea el “y”): a) los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio y b) ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales.

— Estados con diversos regímenes jurídicos.

De forma semejante a otros instrumentos internacionales, el Reglamento en su art. 33 determina que en el caso de que la ley especificada por el Reglamento sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial, son las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado las que determinan la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas son de aplicación.

El Reglamento (que no es de aplicación a los conflictos meramente internos salvo que así se declare —con lo que no es de aplicación en los casos de determinación de regímenes económico matrimoniales de españoles con diferentes vecindades civiles salvo que se verifique una reforma en este sentido en el Título Preliminar del Código Civil integrando la referencia al Reglamento en el art. 9,2 CC como si se ha hecho en otras materias y en tanto en cuanto ello no se haga si se llega a hacer), contiene ello no obstante unas normas de determinación de la ley interna aplicable en caso de no existir normas internas de determinación de la ley aplicable cuando las conexiones son transnacionales y la ley interna comprenda varias.

Estas normas se fijan en el art. 33,2 y son las generales del Reglamento si bien con las siguientes precisiones: a) toda referencia a la ley del Estado se entiende, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual de los cónyuges, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que los cónyuges tengan su residencia habitual; b) toda referencia a la ley del Estado de la nacionalidad de los cónyuges relativa a efectos de determinar la ley aplicable se entiende hecha como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha;

c) toda referencia a la ley del Estado relativa a otros elementos que sean puntos de conexión se entiende hecha a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

4.5.2.2. Ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas

En relación a las mismas, es necesario con carácter previo indicar que la exposición que se contiene seguidamente viene referida exclusivamente a lo que se puede entender por uniones registradas a los efectos del Reglamento que ya se han indicado son las que se producen a resultas del régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación.

El problema que se puede plantear es (como ya se ha señalado al tratar el tema de la competencia judicial internacional), lo referente a los potenciales efectos patrimoniales de uniones de hecho que no encajen dentro de la definición contenida en el Reglamento, como sucede con las parejas estables no casadas al amparo del art. 305 CDFa y que no se puedan considerar uniones registradas a los efectos del Reglamento (si lo pueden ser no se suscita problema alguno ya que es de plena aplicación el régimen del Reglamento), y de cara a potenciales efectos patrimoniales (como los previstos en los arts. 310 y 311 CDFa y como se viene diciendo para el caso en que se estime que su régimen no es el propio de los alimentos que en donde se considera pudieren tener mejor encaje, si bien es una cuestión discutible de ahí que se deje constancia de ello) seguiría operando el régimen vigente hasta la operatividad del Reglamento (que a estos efectos mantendría su vigencia) y que es el que deriva de los arts. 16 CC en relación con el art. 9,2 CC antes señalado.

De entenderse existente una unión registrada a los efectos del Reglamento y al igual que sucede con los regímenes económico matrimoniales, asimismo en lo concerniente a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, el Reglamento establece un régimen de aplicación universal en su art. 20, lo que supone que la ley que se determine en virtud del Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro. El Reglamento excluye también en su art. 32 el reenvío lo que implica que la aplicación de la ley de un Estado que determina el Reglamento viene referida a las normas jurídicas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho internacional privado, si bien tal norma puede no ser de aplicación (art. 31) de ser manifiestamente incompatible con el orden público del foro. De igual manera el Reglamento (art. 30) no restringe la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, entendiendo por tales aquellas disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

La ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas con arreglo al presente Reglamento determina (art. 27), entre otras cosas: (a) la clasificación de los bienes de uno o ambos miembros de la unión registrada en diferentes categorías durante la vigencia de la unión registrada y después de la misma; (b) la transferencia de bienes de una categoría a otra; (c) la responsabilidad de uno de los miembros de la unión registrada por las obligaciones y deudas del otro; (d) los poderes, derechos y obligaciones de cualquiera de los miembros de la unión registrada o de ambos con respecto al patrimonio; (e) el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio en caso

de disolución de la unión registrada; (f) los efectos patrimoniales de la unión registrada sobre la relación jurídica entre uno de los miembros de la unión registrada y un tercero (si bien el art. 28 regula los efectos frente a terceros señalando que la ley aplicable que resulte del Reglamento no podrá ser invocada por uno de los integrantes de la unión registrada frente a un tercero en un litigio entre el tercero y cualquiera de los integrantes de la unión registrada o ambos, salvo que el tercero conociera o, actuando con la debida diligencia, debiera haber tenido conocimiento de dicha ley -el Reglamento detalla en el art. 28,2 los casos en los que se considera que el tercero conoce la ley y determina que en caso de no conocerla el régimen económico matrimonial se rige: a) por la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los miembros de la unión registrada y el tercero o b) en el caso de los bienes inmuebles o de los bienes o derechos registrados, por la ley del Estado en que se halle el bien inmueble o en el que estén registrados los bienes o derechos), y (g) la validez material de las capitulaciones de la unión registrada.

Se parte del sistema de unidad regulatoria, en el sentido de que será una sola la legislación que se aplique a la totalidad de los bienes, con independencia de su situación y de su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria (art. 21), si bien contiene una previsión de adaptación de los derechos reales (art. 29) de tal forma que cuando una persona invoque un derecho real del que sea titular en virtud de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada y la ley del Estado miembro en el que se invoque el derecho no conozca el derecho real en cuestión, ese derecho deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, adaptarse al derecho equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real específico y los efectos asociados al mismo.

De cara a la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos de la unión registrada, el Reglamento prevé una posibilidad de elección de ley aplicable (arts. 22 a 25), conteniendo en el art. 26 una concreción de la ley aplicable en defecto de elección.

— Elección de la ley aplicable.

La elección (que salvo acuerdo en contrario — y sin perjuicio de los derechos de terceros — solo surte efectos de futuro), solo puede recaer en una de las leyes que tengan vínculos con la unión registrada solo siendo posible tal elección (art. 22) entre: (a) la ley del Estado en el que los miembros o futuros miembros de la unión registrada, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo; (b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión registrada en el momento en que se celebre el acuerdo; (c) la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

La elección se ha de expresar por escrito, fechado y firmado por ambos miembros de la unión registrada, equiparando al escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. No obstante lo anterior si la ley del Estado miembro en el que ambos integrantes de la unión registrada tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo establece requisitos formales adicionales, dichos requisitos serán de aplicación (de residir en diferentes Estados miembros basta con cumplir los requisitos de una de las dos leyes).

En cuanto a los requisitos de consentimiento para la elección de la ley aplicable a los efectos económico patrimoniales de la unión registrada es en principio la ley elegida la que los determina, si bien uno de sus integrantes, para establecer que

no ha dado su consentimiento, puede invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley elegida.

Finalmente el Reglamento determina unos requisitos de validez formal para las capitulaciones de la unión registrada (en los Estados en que existan) con un régimen semejante al establecido para el documento en el que se elija la ley aplicable.

— Ley aplicable en defecto de elección.

Según el art. 26 lo es (y en cascada pues una solo opera en defecto de la anterior) la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

No obstante lo anterior, como excepción (y régimen restringido sobre todo en cuanto a efectos sobre terceros y los derechos de los mismos) y a instancia de cualquiera de los miembros de la unión registrada, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial (antes analizada) puede decidir que la ley de un Estado distinto del Estado cuya ley sea aplicable en virtud de los criterios anteriores rijan los efectos patrimoniales de la unión registrada si el demandante demuestra que se dan estos dos requisitos (han de concurrir ambos pues el Reglamento emplea el “y”): a) los miembros de la unión registrada mantuvieron su última residencia habitual común en dicho Estado durante un período de tiempo significativamente largo; y b) ambos miembros de la unión registrada se basaron en la ley de dicho Estado distinto para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. Esta ley de Estado distinto solo se aplica a partir de la creación de la unión registrada, a menos que uno de sus miembros no esté de acuerdo. En este último caso, la ley de ese otro Estado surtirá efecto a partir del

establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado.

— Estados con diversos regímenes jurídicos.

En este aspecto el régimen de este Reglamento es el mismo que el fijado para los regímenes económico matrimoniales lo que supone que en el caso de que la ley especificada por el Reglamento sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de efectos patrimoniales de uniones registradas, son las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado las que determinan la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas son de aplicación.

El Reglamento (que no es de aplicación a los conflictos meramente internos salvo que así se declare), contiene ello no obstante unas normas de determinación de la ley interna aplicable en caso de no existir normas internas de determinación de la ley aplicable cuando las conexiones son transnacionales y la ley interna comprenda varias.

Estas normas se fijan en el art. 33,2 y son las generales del Reglamento si bien con las siguientes precisiones: a) toda referencia a la ley del Estado se entiende, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual de los integrantes de la unión registrada, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que los miembros de la unión registrada tengan su residencia habitual; b) toda referencia a la ley del Estado de la nacionalidad de los integrantes de la unión registrada relativa a efectos de determinar la ley aplicable se entiende hecha como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que los integrantes de la unión registrada tengan una conexión más estrecha; c) toda referencia a la ley del Estado relativa a otros elementos que sean puntos de conexión

se entiende hecha a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

4.6. LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

Una vez concretado el derecho aplicable, en caso de ser éste el nacional, no se plantean problemas de cara a su aplicación (de hecho en la mayor parte de los casos la aplicación de las reglas antes analizadas conducen a la aplicación del derecho del foro).

No obstante lo anterior, cuando se deba proceder a aplicar un derecho de otro país, la situación es realmente compleja pues no solo es necesario conocerlo, sino aplicarlo de igual forma a como lo hacen los tribunales de ese país. Un ejemplo de ello sería el supuesto en el que de cara a regular un divorcio se tuviera que aplicar un derecho que estableciera un divorcio causal. Se puede citar a título de ejemplo la normativa austríaca que (según la información disponible en el portal web de la Comisión Europea “European E-Justice”: <https://e-justice.europa.eu>) indica que el Derecho austriaco distingue tres tipos de divorcio: el divorcio motivado por el incumplimiento de un deber matrimonial, el ocasionado por el cese de la convivencia conyugal desde al menos tres años y el divorcio de mutuo acuerdo. Si se trata del primer caso (el supuesto de mutuo acuerdo o el del cese de la convivencia conyugal durante mas de tres años no plantean en principio problemas), es necesaria una acreditación (así se detalla en la ficha elaborada por las autoridades austríacas en virtud de su normativa civil), de desavenencias irreparables en la convivencia conyugal. Dichas desavenencias pueden estar motivadas por el incumplimiento grave de alguno de los deberes matrimoniales por parte de uno de los cónyuges, sobre todo adulterio o malos tratos físicos o psicológicos graves. También puede ser causa de divorcio el propio comportamiento, aun cuando no pueda con-

siderarse una falta si es resultado de una alteración psíquica que haya desestabilizado el matrimonio del tal modo que no quepa esperar de forma razonable que pueda restablecerse la convivencia conyugal. Del mismo modo, cualquiera de los cónyuges puede solicitar el divorcio si su pareja padece una enfermedad mental, contagiosa o que le genere rechazo. En cualquiera de los casos expuestos, el cónyuge que solicita el divorcio tiene la obligación de demostrar la veracidad de los motivos alegados. Esta exigencia de prueba es tal y debe cumplirse de igual manera a como la llevan a cabo los tribunales austríacos, lo que imposibilita hacer interpretaciones en base a otros criterios nacionales (como la que se hacía en España en donde cuando el divorcio era causal en donde a pesar de la falta de acreditación de la causa que se invocaba como fundamento de la acción que se ejercitaba se accedía a la pretensión ejercitada por consecuencia de la apreciación de la denominada falta de “*affectio maritalis*”).

En relación a la prueba del derecho extranjero, el art. 22 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil indica que: “1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia. 2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica. 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español. 4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles”

La Ley de Enjuiciamiento Civil en el art. 281,2 LEC otorga al tribunal una posición activa, al disponer que: “2. También serán

objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”.

Para conocer el contenido del derecho extranjero existen tradicionalmente mecanismos de información entre Estados fundados en tratados bilaterales o multilaterales en los que se asume recíprocamente el compromiso de información (generalmente por medio de los respectivos Ministerios de Justicia).

A nivel europeo y entre los estados miembros de la Unión Europea (los integrantes de la Red Judicial Europea Civil y Mercantil) existe una vía de obtención de información acerca del derecho extranjero cual es la de los miembros de la propia Red. A tal efecto la Decisión 2001/470/CE del Consejo por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil tras la modificación introducida por la Decisión nº 568/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 fija en el art. 5,2 entre las funciones de los puntos de contacto las de: “... c) proporcionar cualquier información destinada a facilitar la aplicación del Derecho de otro Estado miembro que sea aplicable a la situación en virtud de un acto comunitario o de un instrumento internacional. A tal efecto, el punto de contacto al que se presente tal solicitud podrá recabar la ayuda de las otras autoridades de su Estado miembro mencionadas en el artículo 2 con el fin de proporcionar la información requerida. La información contenida en la respuesta no será vinculante ni para los puntos de contacto, ni para estas autoridades, ni para la autoridad que presente la solicitud... f) contribuir a informar en general al público, por medio de la página web de la Red, sobre

la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea, sobre los instrumentos comunitarios e internacionales pertinentes y sobre el Derecho interno de los Estados miembros, en particular por lo que se refiere al acceso a la justicia". Los puntos de contacto son accesibles a los puntos de contacto de otros Estados miembros y a las autoridades judiciales locales del propio Estado miembro. También están a disposición de las autoridades previstas en la normativa de la Unión o por los instrumentos internacionales relativos a la cooperación judicial en materia civil y mercantil.

Junto a lo anterior existen bases de datos de averiguación del derecho nacional. Así existe la base de datos europea N-Lex (<http://eur-lex.europa.eu/n-lex/>) que tiene también vínculos a la mayoría de las bases de datos nacionales oficiales. Como se indica en la web de la Comisión Europea "European E-Justice", N-Lex es un proyecto común gestionado por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, con la participación de los gobiernos nacionales. Actualmente permite acceder a la legislación de 23 Estados miembros. Además, a través del Foro Europeo de Boletines Oficiales se puede acceder a los sitios web de las organizaciones encargadas de publicar los diarios oficiales de los Estados miembros (y de algunos países candidatos a la adhesión y países de la AELC). En el ámbito iberoamericano una herramienta de gran utilidad es la web de la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial que tiene mucha información sobre los derechos nacionales de la Comunidad Iberoamericana (<https://www.iberred.org>).

Pero junto a estas vías mas recientes (y con una fiabilidad bastante alta por el carácter oficial de los organismos responsables de la gestión de las web), el sistema existente es el que se contiene en el Convenio Europeo acerca de la información sobre derecho extranjero hecho en Londres el 7 de junio de 1968 y su

Protocolo Adicional hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978 (el protocolo es referido a la materia penal, motivo por el que no va a ser objeto de análisis). En el Convenio son parte Albania, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, Serbia-Montenegro, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Macedonia, Ucrania, Turquía, Reino Unido, Costa Rica, Bielorrusia, México. De cara a su mecánica de funcionamiento se parte de la necesidad de hacer una solicitud en la que se detalle: * la autoridad judicial de la cual emanare; * la naturaleza del asunto; * determinación, lo más exacta posible, de los puntos sobre los que se solicita la información referente al derecho del Estado requerido; * exposición de los hechos, necesaria tanto para la buena comprensión como para la formulación de una respuesta exacta. Junto a ella se pueden acompañar las copias de documentos en la medida en que se estimasen necesarias para precisar el alcance de la petición. La petición de datos y sus anejos es necesario que se redacten en la lengua oficial, o en una de las lenguas oficiales del Estado requerido, o serán acompañados de una traducción en dicha lengua. La respuesta será redactada en la lengua del Estado requerido. La petición siempre ha de emanar de una autoridad judicial, formulándose con ocasión de un procedimiento ya iniciado y se remite directamente al órgano de recepción del Estado requerido por el órgano de transmisión designado, y, en su defecto, por la autoridad judicial de la cual emanare la petición. En el caso de España esta transmisión se ha de hacer por mediación del Ministerio de Justicia, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional que es la que se encarga de recibir las peticiones procedentes de los tribunales españoles y de hacerlas llegar a sus homólogos de otros países, encargándose igualmente de dar respuesta a las

peticiones que sobre información acerca del Derecho Español se reciben en ella.

A nivel iberoamericano, en el caso de que lo que vaya a ser objeto de prueba sea el derecho extranjero, es de aplicación la Convención Interamericana sobre petición e información acerca del derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 en la que son parte Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Con ella se pretende proporcionar información sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal del Derecho interno de cada Estado contratante. Este Convenio admite tres tipos de prueba del derecho extranjero: a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales. b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia. c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos. La tercera fuente de prueba (los informes del Estado requerido), exigen de una solicitud que ha de hacer el tribunal que solicite la información y en la que se debe contener lo siguiente: a) Autoridad de la que provienen y naturaleza del asunto. b) Indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan. c) Determinación de cada uno de los puntos a que se refiera la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión. Las solicitudes serán redactadas en el idioma oficial del Estado requerido o serán acompañadas de una traducción a dicho idioma. La respuesta será redactada en el idioma del Estado requerido. Las solicitudes podrán ser dirigidas directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la autoridad central del Estado requirente, a la corres-

pondiente autoridad central el Estado requerido, sin necesidad de legalización.

A nivel bilateral los mecanismos de petición de información del derecho del otro Estado son asimismo parte del contenido de los numerosos convenios bilaterales suscritos por España, siendo siempre los Ministerios de Justicia los que se encargan de hacer de intermediarios en las peticiones que se cursan desde sus órganos jurisdiccionales haciéndolas llegar a sus homólogos y dando respuesta a las que se reciben procedentes del otro estado. Éste es el mecanismo se fija en convenios como los de República Dominicana (15.09.03), Brasil (13.04.89), Bulgaria (23.05.93), República Checa y Eslovaquia (4.05.87), China (2.05.92), Marruecos (30.05.97), Tailandia (15.06.98), Uruguay (4.11.87), Rusia (26.10.90), Argelia (24.02.05), Mauritania (12.09.06). En algunos de estos tratados se prevé directamente que los tribunales puedan interesar el contenido del derecho extranjero por medio de las autoridades centrales (Ministerios de Justicia), supuesto en el que ninguna duda plantea el que sea posible el pedir esta información para un caso concreto. En otros supuestos, el convenio no establece directamente esta posibilidad, si bien si que indica que los Ministerios se van a mantener informados a nivel de su legislación e incluso jurisprudencia. En estos casos, aún cuando no esta expresamente previsto que sea un tribunal el que de origen a la petición a cursar por la autoridad central española, ello no obstante nada imposibilita el que ésta a la vista de una petición que reciba de un tribunal proceda a interesar la información con fundamento en ese deber recíproco de información.

Fuera de los supuestos analizados anteriormente, y en ausencia de tratado, cabe acudir a la autoridad central española interesando la información que la hará llegar por vía diplomática a su homóloga y en virtud del principio de reciprocidad podrá obtener respuesta o no.

En todo caso, si pese a los intentos verificados en virtud de los medios antes mencionados, no es posible averiguar el contenido del derecho de otro país el art. 33,3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil indica (como se ha señalado) que: “Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”. Este precepto no es sino el reflejo de la jurisprudencia que se había elaborado para tales casos y que sostenía que la falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho extranjero determina que la cuestión debatida se resuelva conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico (STS 7.09.1990; 11.05.1989, 13.12.2000). Y ello, porque como precisa la STS 17.07.2001: “... esta Sala tiene reiteradamente declarado que cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio (entre otras, SSTs de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 , 16 de julio de 1991 y 23 de marzo de 1994 , lo que es consecuencia de la doctrina jurisprudencial relativa a que la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (por todas, SSTs de 4 de octubre de 1982 y 12 de enero de 1989”).

5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Una vez obtenida la sentencia o resolución que ponga punto final al procedimiento de familia, se plantea en muchas ocasiones la necesidad de proceder a ejecutar parte de su contenido en otro estado. Para verificar tal actuación (y respetando las soberanías nacionales), nunca es posible ordenar directamente desde un estado a otro medidas de ejecución, sino que es necesario recurrir a los órganos encargados de la ejecución de ese otro estado (tribunales aunque no siempre) para interesar la ejecución que requiere (salvo en muchas materias a nivel de la Unión Europea), un previo procedimiento de exequátur.

Esto mismo es lo que sucede cuando se acude ante un tribunal español interesando del mismo el reconocimiento o alguna actuación de ejecución fundamentada en una resolución dictada por un tribunal de otro país. En tal caso, y de no existir previsión específica, para poder iniciar el proceso de ejecución (o para que la resolución extranjera pueda ser reconocida en España), va a ser siempre necesario (incluso con carácter general en los países con los que se tienen tratados reguladores de la materia) tramitar el correspondiente procedimiento de exequátur que aparece contemplado en los arts. 41 ss. de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil).

En todo caso, siempre será necesario analizar si con el país concreto de que se trate existe algún instrumento bilateral, multi-lateral aplicable al caso (todo ello sin perjuicio de las normas dictadas a nivel de la Unión Europea que son las mas numerosas).

En esta exposición se va a detallar el régimen aplicable a nivel de la Unión Europea por ser el que presenta mayores particularidades y distinguiendo entre cada uno de los diversos aspectos que se resuelven en un procedimiento de familia.

5.1. RESOLUCIONES SOBRE DECLARACIÓN DE NULIDAD, SEPARACIÓN, DIVORCIO

Para el de una decisión judicial en la que se decreta una nulidad, separación o divorcio de un matrimonio en otro Estado distinto de aquel en el que la resolución se ha dictado el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis) proclama el principio general del “reconocimiento automático” indicándose en el art. 21,1 que: “Las resoluciones dictadas en un Estado Miembro serán reconocidas en los demás Estados Miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno”.

Lo anterior significa que en base a la confianza mutua, la resolución adoptada en un Estado miembro distinto de aquel en el que se invoca, surte sus efectos como si en éste se hubiere dictado. En estos casos basta con la aportación de la copia de la resolución en la que se declare la nulidad, separación o divorcio con los requisitos necesarios para determinar su autenticidad (en el caso de España y para las resoluciones en ella dictadas un testimonio de la sentencia) y el certificado previsto en el anexo I del Reglamento (arts. 37 y 39), siendo subsanable la no aportación. A estos documentos hay que adjuntar una traducción certificada por persona habilitada a tal fin en uno de los Estados

miembros si así se solicitare por el órgano jurisdiccional (en el caso del reconocimiento de resoluciones dictadas en otro país de la Unión y a reconocer en España será necesario adjuntar una traducción a cualquiera de las lenguas que sean oficiales en el lugar de presentación).

No obstante lo anterior, puede suceder que en la práctica no baste con este mero reconocimiento automático, sino que cabe que sea necesaria la adopción de alguna previsión especial. Es por ello que el Reglamento prevé un reconocimiento registral (para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro y que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último), un reconocimiento incidental (cuando la cuestión del reconocimiento se suscite con ocasión de un procedimiento seguido con motivo de otra causa) y uno principal (en los casos en los que a fin de evitar que en cualquier momento se puedan plantear dudas, a cualquiera de las partes le interese solicitar que se resuelva de forma definitiva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución).

El reconocimiento registral es el que opera para la inscripción de una resolución de nulidad, separación y divorcio en un Registro Civil que se encuentra en un Estado diferente al del tribunal que decretó la nulidad, separación o divorcio. Para llevarlo a efecto no se requiere de ningún procedimiento especial bastando con la aportación de la sentencia dictada en otro país de la Unión Europea, la traducción a una de las lenguas oficiales del lugar en el que se ubica el Registro Civil en el que se va a inscribir y la certificación de Anexo I del Reglamento.

El reconocimiento incidental opera en los casos en los que se suscita la necesidad de reconocer efectos a una decisión de

nulidad, separación o divorcio en otro proceso tramitado por los tribunales de un Estado diferente a aquel en el que se dictó y en los que se abre un debate sobre la concurrencia o no de uno de los motivos que pueden comportar una negativa al reconocimiento. En tal caso se inicia en el proceso en el que se interesa que se produzcan los efectos un incidente (tramitado según el derecho procesal interno del Estado en el que se plantea el incidente que en el caso de España se estima debe ser el previsto en los arts. 387 ss. LEC conociendo de él el tribunal ante el que esté planteada la causa) decidiéndose en él en torno a tal reconocimiento que solamente puede ser rechazado en base a los motivos que especifica el Reglamento.

Por último el Reglamento asimismo prevé un reconocimiento general que actúa en los casos en los que se insta un procedimiento cuya finalidad específica es la de reconocer o no reconocer la resolución de nulidad, separación o divorcio con plenos efectos en todo tipo de situaciones. Este reconocimiento es el que se da cuando el matrimonio al que se refiere la resolución está inscrito fuera de España y se necesita atribuir valor general a la resolución.

Los motivos de oposición al reconocimiento son los que se enumeran en el art. 22 y son: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido; b) si, habiéndose dictado en rebeldía del demandado, no se hubiere notificado o trasladado al mismo el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución; c) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, o bien d) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro

Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes, siempre y cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

5.2. RESOLUCIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL

Afecta a las resoluciones referentes a la responsabilidad parental, tal y como ésta se entiende en el Reglamento 2201/2003.

Dentro de lo que son las resoluciones susceptibles de reconocimiento y ejecución presenta una especial problemática la referente a las medidas provisionales o cautelares urgentes que no se someten al sistema del Reglamento, cuestión ésta que ha sido objeto de un análisis detallado en la STJUE C-256/09 de 15.07.2010 (Purrucker). En ella (con referencia al art. 20 del Reglamento 2201/2003 que es el precepto que regula las medidas provisionales y cautelares) se indica que las previsiones del Reglamento referentes a la competencia, el reconocimiento y la ejecución no se aplican a las medidas provisionales en materia de derecho de custodia. Como base de esta conclusión indica esta sentencia que tales medidas dejan de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud de dicho Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas: "...82 Por lo que respecta al efecto de una resolución judicial incluida en el ámbito de aplicación del artículo 20 del Reglamento nº 2201/2003 en los Estados miembros distintos de aquel del órgano jurisdiccional que la ha adoptado, la Comisión y varios Estados miembros han sostenido que las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 20 deberían poder acogerse al sistema de reconocimiento y ejecución previsto por dicho Reglamento.

Mencionaron la hipótesis de un desplazamiento de personas o de bienes después de que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado, o la de un accidente o una enfermedad del menor que necesite una autorización de una persona que se encuentra en otro Estado miembro. 83 Procede estimar, no obstante, como señaló la Abogado General en los puntos 172 a 175 de sus conclusiones, que el sistema de reconocimiento y ejecución previsto por el Reglamento n° 2201/2003 no es aplicable a las medidas incluidas en su artículo 20. 84 En efecto, el legislador de la Unión no ha querido tal aplicabilidad. Como se desprende de la exposición de motivos de la propuesta de la Comisión de 2002 que condujo a la aprobación del Reglamento n° 2201/2003 [documento COM(2002) 222 final], el artículo 20, apartado 1, de este Reglamento encuentra su origen en el artículo 12 del Reglamento n° 1347/2000, que retoma lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio de Bruselas II. La exposición de motivos de la propuesta de la Comisión de 1999 que llevó a la aprobación del Reglamento n° 1347/2000 [documento COM(1999) 220 final] y el informe Borrás sobre el Convenio de Bruselas II señalan, ambos en términos idénticos, por lo que respecta a estos artículos, que «la regla contenida en este artículo se limita a establecer efectos territoriales en el Estado en el que las medidas se adoptan». 85 El informe Borrás destaca en este sentido la diferencia de redacción existente entre el artículo 12 del Convenio de Bruselas II y el artículo 24 del Convenio de Bruselas, consistente en que «las medidas a que se refiere el artículo 24 [de este último] quedan limitadas a las materias que entran en el ámbito del Convenio, y [...] en contrapartida, tienen efectos extraterritoriales». De esta comparación con el Convenio de Bruselas se desprende que los redactores del Convenio de Bruselas II pretendían establecer una conexión entre las materias sobre las que podían versar las medidas provisionales y el efecto territorial de estas medidas. 86 Puede explicarse esta conexión por el riesgo de elusión de las

reglas que aparecen en otras normas de la Unión, en concreto en el Reglamento n° 44/2001. Efectivamente, como destacan tanto la exposición de motivos de la propuesta de la Comisión de 1999 que llevó a la aprobación del Reglamento n° 1347/2000 como el informe Borrás, las medidas provisionales contempladas en el artículo 20 del Reglamento n° 2201/2003 se refieren tanto a personas como a bienes y engloban, en consecuencia, materias no comprendidas en este último Reglamento. La aplicación del sistema de reconocimiento y ejecución previsto por el Reglamento n° 2201/2003 permitiría, pues, el reconocimiento y la ejecución, en otros Estados miembros, de medidas referidas a materias no comprendidas en este Reglamento y que podrían haber sido adoptadas, por ejemplo, infringiendo reglas que prevean la competencia especial o exclusiva de otros órganos jurisdiccionales en virtud del Reglamento n° 44/2001. 87 El texto del Reglamento n° 2201/2003 no acredita de ninguna manera una voluntad de rechazar las explicaciones contenidas en estos trabajos preparatorios en cuanto a los efectos de las medidas comprendidas en el artículo 20 de este Reglamento. Al contrario, el lugar que ocupa esta disposición en dicho Reglamento y la expresión «no impedirán», que aparece en este artículo 20, apartado 1, y en el decimosexto considerando de dicho Reglamento, muestran que las medidas incluidas en dicho artículo 20 no forman parte de las resoluciones judiciales adoptadas con arreglo a las reglas de competencia previstas por el mismo Reglamento, que se acogen, por tanto, al sistema de reconocimiento y ejecución establecido por éste. 88 No cabe utilizar como argumento en contra de esta conclusión el artículo 11, apartado 1, del Convenio de La Haya de 1996. Según esta disposición, «en caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan». 89 Como destaca el Gobierno alemán en sus observaciones escritas, dos

aspectos importantes diferencian el artículo 11, apartado 1, del Convenio de La Haya de 1996 del artículo 20 del Reglamento nº 2201/2003. En primer lugar, el artículo 11 de este Convenio se concibe manifiestamente como una regla de competencia y sistemáticamente aparece en la lista de disposiciones de este tipo, lo que no ocurre en el caso del artículo 20 de este Reglamento, como se ha expuesto en el apartado 61 de la presente sentencia. 90 Por otra parte, aunque el Convenio de La Haya de 1996 prevea el reconocimiento y la ejecución de las medidas adoptadas con arreglo a su artículo 11, es preciso recordar que las reglas previstas por este Convenio, más en concreto el artículo 23, apartado 2, letra a), de este último, en relación con el reconocimiento, y su artículo 26, apartado 3, relativo a la ejecución, que se remite a dicho artículo 23, apartado 2, permiten el control de la competencia internacional del órgano jurisdiccional que adoptó la medida. No es éste el caso del sistema de reconocimiento y ejecución previsto por el Reglamento nº 2201/2003, dado que el artículo 24 de éste prohíbe el control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. 91 Como destacó el Gobierno del Reino Unido en la vista, admitir el reconocimiento y la ejecución de medidas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 20 del Reglamento nº 2201/2003 en cualquier otro Estado miembro, incluido el Estado que es competente sobre el fondo del asunto, crearía además un riesgo de elusión de las reglas de competencia previstas en este Reglamento y de «forum shopping», lo cual sería contrario a los objetivos perseguidos por dicho Reglamento y, en particular, a la consideración del interés superior del menor mediante la adopción de las decisiones que le afectan por parte del órgano jurisdiccional cercano geográficamente a su residencia habitual, que el legislador de la Unión considera el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés del menor. 92 El hecho de que las medidas incluidas en el ámbito del artículo 20 del Reglamento

nº 2201/2003 no se acojan al sistema de reconocimiento y de ejecución previsto por éste no impide, sin embargo, cualquier reconocimiento y ejecución de estas medidas en otro Estado miembro, como señaló la Abogado General en el punto 176 de sus conclusiones. Efectivamente, pueden emplearse otros instrumentos internacionales u otras normas nacionales, siempre que se respete dicho Reglamento...”.

1) Reconocimiento.

Respecto del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental, se parte igual que en el caso de las decisiones sobre nulidad, separación y divorcio, del principio del “reconocimiento automático” operando un régimen semejante de reconocimiento registral, incidental y general si se estimare necesario. La diferencia existente entre el régimen de reconocimiento de estas resoluciones y las de nulidad, separación y divorcio afecta únicamente a dos aspectos. El primero de ellos es el referente al modelo de certificado a expedir (y que es necesario acompañar al testimonio de la resolución para que se produzca el reconocimiento —en muchos casos además con la traducción). En la materia que aquí se analiza el certificado es el que aparece en el Anexo II (art. 39). La otra diferencia existente es la que afecta a los motivos de negativa al reconocimiento que para las resoluciones de responsabilidad parental son propios y son los que aparecen en el art. 23 que aparece armonizado con el Convenio de La Haya de 16 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores (firmada por España pero aún no en vigor en ella). Éstos son los siguientes (coincidentes con los del art. 23 del Convenio de La Haya antes mencionado): a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor; b) si se

hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido; c) si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución; d) a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona; e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido; f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido, o bien g) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56 (previsto en el Reglamento cuando se trate de una resolución en la que se acuerda el acogimiento de un menor en un Estado distinto a aquel en el que la resolución se dicta. En concreto el motivo de negativa al reconocimiento se centra en los casos en los que no se hubiese recabado del Estado en el que el acogimiento va a tener lugar la cooperación de sus autoridades para la efectividad de la medida).

Los motivos de oposición deben ser objeto de una interpretación estricta habiendo indicado la STJUE C-455/2015 19.11.2015 (“P) (que se refería a una oposición fundamentada en la vulneración del orden público por una potencial aplicación indebida de las normas de competencia judicial internacional del

propio Reglamento que: "...36. En ese sistema, el artículo 23 del Reglamento nº 2201/2003, que enuncia los motivos que pueden oponerse contra el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental, debe recibir una interpretación estricta, puesto que constituye un obstáculo a la realización de uno de los objetivos fundamentales de dicho Reglamento, tal como se recuerda en el apartado anterior de la presente sentencia... 38. Además, a diferencia de la cláusula de orden público que figura en el artículo 34, punto 1, del Reglamento (CE) nº 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 2001, L 12, p. 1), que fue objeto de la jurisprudencia citada en el apartado anterior de la presente sentencia, el artículo 23, letra a), del Reglamento nº 2201/2003 exige que la resolución sobre una eventual denegación del reconocimiento deba tomarse teniendo en cuenta el interés superior del menor. 39. Por tanto, sólo debería recurrirse a la cláusula de orden público que figura en el artículo 23, letra a), de dicho Reglamento en el caso de que, habida cuenta del interés superior del menor, el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro vulnerara de manera inaceptable el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro, prevista en el artículo 26 del mismo Reglamento, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento (véase, por analogía, la sentencia *Diageo Brands*, C-681/13, EU:C:2015:471, apartado 44)... 41. No obstante, P alega que, con arreglo al artículo 23, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, esta resolución no debe ser reconocida porque

dicho órgano jurisdiccional se declaró competente de modo contrario al artículo 15 del mismo Reglamento. 42. A este respecto, debe recordarse que el artículo 24 de dicho Reglamento prohíbe todo control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen y precisa incluso explícitamente que el artículo 23, letra a), del mismo Reglamento no puede utilizarse para proceder a tal control. ...44. No obstante, procede señalar que el artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003, que figura en el capítulo II de éste, titulado «Competencia», completa las normas de competencia establecidas en los artículos 8 a 14 del mismo capítulo mediante un mecanismo de cooperación que permite al órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del asunto en virtud de alguna de dichas normas proceder, excepcionalmente, a la remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto. 45. De esto se deriva, como ha señalado el Abogado General en el punto 72 de su opinión, que una presunta infracción del artículo 15 de dicho Reglamento por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro no permite al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro controlar, a pesar de que la prohibición establecida en el artículo 24 del mismo Reglamento no contiene ninguna referencia expresa a dicho artículo 15, la competencia de ese primer órgano jurisdiccional. 46. Por lo demás, debe señalarse que el juez del Estado requerido no puede, sin poner en peligro la finalidad del Reglamento n° 2201/2003, denegar el reconocimiento de una resolución emanada de otro Estado miembro por el mero hecho de que considere que, en esa resolución, se ha aplicado mal el Derecho nacional o el Derecho de la Unión... 53. De las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 23, letra a), del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada

esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico, dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor”.

2) Ejecución.

Junto con lo que es el reconocimiento, en materia de responsabilidad parental especialmente todo lo referente a la guarda y custodia (no el régimen de visitas o la problemática de la sustracción internacional de menores que son objeto de un tratamiento específico), es en muchas ocasiones necesario llevar a cabo medidas ejecutivas tendentes a dar cumplimiento a un determinado régimen de guarda y custodia. A tal respecto el Reglamento contiene unas disposiciones específicamente dedicadas a lo que llama “solicitud de declaración de ejecutoriedad”. La regla general que preside el Reglamento es la del “principio de la ejecutividad” que consagra el art. 28 al disponer que: “Las resoluciones dictadas en un Estado Miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado Miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado Miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado”.

En el caso de España la competencia para esta declaración de ejecutoriedad es de los Juzgados de 1ª Instancia, aplicándose las normas que se contienen en la Ley de Enjuiciamiento Civil con las peculiaridades que fija el Reglamento.

Los motivos en base a los que cabe denegar la ejecución son los antes mencionados y pueden ser apreciados (tanto su concu-

rrencia como la ausencia de los mismos que comporta la aplicación de medidas de ejecución) por el tribunal sin dar audiencia ni al menor ni a la persona frente a la que se solicita la ejecución, sin perjuicio de la vía de recurso (apelación y casación).

Finalmente y dada la trascendencia de la materia y en todos los aspectos que van asociados a la responsabilidad parental se prevé en el Reglamento (art. 55), un régimen específico de cooperación e información entre autoridades centrales que pueden actuar en estos procesos en salvaguarda del interés del menor.

5.3. RESOLUCIONES SOBRE DERECHO DE VISITAS

Debido a las especialidades que le son propias, el Reglamento 2201/2003 contiene un régimen especial en lo referente a la fuerza ejecutiva de las decisiones en materia de derecho de visitas, inspirándose en el principio de garantizar el mantenimiento de las relaciones entre el menor y todos aquellos que tengan responsabilidad parental sobre él.

Por derecho de visitas entiende el Reglamento (según su art. 2), el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado. Tal y como es concebido en el Reglamento puede no solamente corresponder a un progenitor sino también a otros parientes (abuelos o terceros) e incluso al cónyuge del progenitor con el que el menor haya convivido. Además dados los términos amplios de la definición, bajo la noción de visitas se integran junto a las relaciones personales presencial, también otras como los contactos telefónicos o por medio del correo electrónico.

A diferencia de lo que sucede con otras resoluciones dictadas en sede de responsabilidad parental, las que conciernen al régimen de visitas suponen una vía privilegiada y reforzada de

ejecución ya que respecto de ellas se procede directamente a la ejecución (sin necesidad de una previa declaración de ejecutoriedad) y los motivos en base a los que es posible negar la ejecución se limitan exclusivamente a la existencia de una resolución ejecutiva dictada con posterioridad que fuere incompatible con la que se interesa ejecutar (art. 47).

Para poder interesar en otro Estado de la Unión Europea la adopción de medidas tendentes al ejercicio de un derecho de visitas acordado en una resolución dictada en un Estado diferente, en primer lugar es necesario que la parte inste del Juez que ha dictado la resolución la certificación prevista en el Anexo III del Reglamento. Para expedir este certificado es necesario que el órgano judicial que ha dictado la resolución haga un control exhaustivo de los elementos que indica el Reglamento (pues no van a poder ser opuestos como motivo de oposición a la ejecución en el Estado de ejecución ante la existencia precisamente de este control en origen). Ello supone que el certificado solamente se puede expedir (art. 41,2): a) si, por lo que respecta a los procedimientos en rebeldía, el escrito de demanda o documento equivalente ha sido notificado o trasladado a la parte rebelde con la suficiente antelación y de tal manera que ésta pueda defenderse, o, de haberse notificado o trasladado el mencionado escrito o documento sin respetar estas condiciones, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución; b) si se ha dado posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas, y c) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. Si concurren tales elementos se expide el certificado del Anexo III que se redactará en la lengua de la resolución. En esta certificación y como elemento que la singulariza, destaca que junto con los elementos comunes a este tipo de certificaciones, es necesario el proporcionar toda una información

práctica que permita conocer los elementos básicos para que se pueda dar idónea satisfacción al ejercicio del derecho (nombres, direcciones, datos prácticos de lugares etc) que se hacen constar en el punto 12. Frente a la decisión de expedición del certificado no cabe recurso aunque siempre la posibilidad de pedir una rectificación de algún error material que en su emisión se haya podido cometer.

Con la certificación del Anexo III y testimonio de la resolución se interesa la ejecución directamente ante el órgano judicial del Estado de ejecución. De estos documentos en principio solamente se exige traducción del punto 12 de la certificación relativo a las modalidades de ejercicio del derecho de visita (art. 45). La demanda ejecutiva y toda la tramitación se acomoda a las normas procesales del Estado de ejecución (art. 47) con la única posibilidad de oposición antes mencionada (incompatibilidad con resolución ejecutiva dictada con posterioridad sobre la misma materia) y con las especialidades que establece el art. 48 del Reglamento que permiten al órgano judicial del Estado de ejecución poder modalizar provisionalmente el ejercicio del derecho de visita (la eficacia de ello es hasta que haya recaído una resolución posterior dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro competentes para conocer del fondo). Para poderse hacer uso de esta facultad por parte del órgano judicial del Estado de ejecución es presupuesto necesario el que la resolución dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro competentes para conocer del fondo del asunto no hubiera establecido las modalidades necesarias de ejercicio del derecho de visitas, o lo hubiera hecho de manera suficiente, y siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de dicha resolución.

5.4. ACOGIMIENTO DEL MENOR EN OTRO ESTADO MIEMBRO

También el Reglamento contiene una previsión específica para aquellos casos en los que el tribunal de un Estado miembro estime que una medida de protección de un menor se debe llevar a efecto en otro estado, en la medida en que en tal país existen centros que reúnen las características mas apropiadas para las circunstancias del menor o estima que lo idóneo es que el acogimiento se verifique en una familia de ese otro estado. En estos casos el art. 56 del Reglamento 2201/2003 indica que antes de adoptar la decisión el órgano jurisdiccional debe consultar previamente con la autoridad central u otra autoridad competente del estado en que esté el centro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores. Consecuencia de lo anterior es que la resolución sobre el acogimiento sólo puede adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento, aprobación que ha de ser de la autoridad (no del centro o de la familia) y previa a la adopción de la decisión tal y como se indicó en la STJUE C-92/12 de 26.04.2012 (Health Service Executive). En los casos en los que el acogimiento fuere a tener lugar en otro Estado miembro en el que no está prevista la intervención de una autoridad pública para los casos internos de acogimiento de menores, el órgano jurisdiccional basta con que informe de su decisión a la autoridad central u otra autoridad competente de ese Estado miembro.

5.5. ALIMENTOS

Junto a la materia de la ley aplicable y el régimen de entrada en vigor del Reglamento, la principal área en la que se manifies-

tan los vínculos del mismo con los Convenios de La Haya (y en particular con el Protocolo de 2007) es la materia de reconocimiento y ejecución, al establecerse en el mismo un régimen de dos velocidades, según que el Estado al que pertenezcan los tribunales que dictaron la resolución en materia de alimentos sean o no partes en él, siendo el primero de los supuestos mucho más ágil. Este Reglamento es de aplicación a todos los Estados miembros salvo Dinamarca (Reino Unido si participa en él pese a lo que se indica en el texto del Reglamento según resulta de la Decisión 2009/451/CE de la Comisión de 8 de junio de 2009). Dado además que la Unión Europea se ha adherido en cuanto tal al Protocolo (está en vigor desde el 1.08.2013, si bien la Unión Europea procedió a su aplicación provisional desde el 18.06.2011), ello significa que en la práctica el régimen que se aplica es el de las resoluciones dictadas en Estados vinculados por el protocolo.

El Reino Unido si bien si participa en el Reglamento 4/2009 (y al igual que Dinamarca que lo hace en virtud de la Comunicación de 14.01.2009 basada en el Acuerdo de 19.10.2005), no son parte del Protocolo de La Haya de 2007 con lo que en relación al mismo se aplica el régimen fijado en los arts. 23 ss. del Reglamento (el cual es muy semejante al derivado del Reglamento 44/2001) que parte del principio del reconocimiento automático (los motivos de oposición son los del art. 24) y mantiene en cuanto a la ejecución la declaración de ejecutoriedad como necesaria para que la misma se pueda llevar a cabo (art. 26).

En lo que el régimen del Reglamento 4/2009, se parte de la eliminación del “exequátur” si bien (y junto con un reexamen que cabe interesar ante los tribunales del Estado que dictó la resolución), se prevé la posibilidad de que exista una oposición a la ejecución basada (además de en los motivos que fije la ley del Estado de ejecución si no son incompatibles con el Reglamento) en la prescripción del derecho a instar la ejecución (tanto con-

forme a la ley del Estado de origen como la ley del Estado de ejecución) o en la incompatibilidad con otra resolución dictada en el Estado de ejecución o reconocida en él. En esta materia desaparece como motivo de oposición a la ejecución el orden público o la problemática del emplazamiento del demandado, que es controlado por el tribunal que dictó la resolución ante el que cabe plantear el reexamen.

1) El reexamen.

El reexamen es una de las innovaciones del Reglamento siendo su fundamento la desaparición de los problemas de emplazamiento entre los motivos de oposición a plantear ante el tribunal que conoce de la ejecución. A diferencia del Reglamento del Título Ejecutivo Europeo en el que se fijan normas mínimas de notificación, solamente pudiéndose expedir por el tribunal de origen el Título Ejecutivo Europeo si las mismas se respetan, en el caso del Reglamento 4/2009 la vía justificativa de la supresión de tal motivo de oposición es la previsión de una posibilidad de reexamen de la causa que el demandado puede plantear ante el tribunal que dictó la resolución (art. 19) en un plazo de 45 días desde el conocimiento efectivo o desde que tenga posibilidades de actuar, en los casos de no haber tenido la notificación con antelación suficiente o cuando haya concurrido fuerza mayor o circunstancias extraordinarias ajenas a su voluntad. Suscitado un reexamen, si estuviere planteado un proceso de ejecución de la resolución objeto del mismo, cabe interesar la suspensión del mismo (art. 21,3), si bien en principio ello no es obstáculo para el mantenimiento de medidas cautelares al amparo del art. 18). Si se aceptare el reexamen, se vuelve a abrir la causa desde el emplazamiento, quedando sin efecto la resolución dictada. En caso de no serlo mantendrá la misma su fuerza y vigor. La forma concreta de este procedimiento es uno de los elementos sobre los que los Estados deberán informar como se establece en el art. 71.

2) Ejecución.

La tramitación de la ejecución de estas resoluciones se acomoda a las normas del proceso de ejecución del Estado en que la misma se interese con la única especialidad referente a la limitación de los motivos de oposición (para cuya tramitación se está a la ley procesal de dicho Estado) y que son además de los previstos en la ley del estado de ejecución (y en tanto no sean incompatibles con los que fija el propio Reglamento). En cuanto a estos motivos se contienen en el art. 21 del Reglamento 4/2009 y son (siempre que se invoquen por el deudor) los siguientes: * Prescripción (en todo o en parte) del derecho a obtener la ejecución bien en virtud del Derecho del Estado miembro de origen o bien en virtud del Derecho del Estado miembro de ejecución, si este estableciera un plazo de prescripción más largo (en el caso de España esta norma es la que se contiene en el art. 518 LEC de caducidad de la acción ejecutiva a los cinco años de la firmeza de la sentencia o resolución a ejecutar); * Incompatibilidad de la resolución a ejecutar con una dictada en el Estado miembro de ejecución o con una resolución dictada en otro Estado miembro o en otro Estado que reúna las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado miembro de ejecución (se precisa que una resolución que tenga por efecto modificar otra anterior de obligación de alimentos debido a un cambio de circunstancias no se considera una resolución incompatible).

Junto a lo anterior, se prevé que en caso de haberse suscitado un reexamen al amparo del art. 19, a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución se puede interesar que suspenda total o parcialmente la ejecución de la resolución del órgano jurisdiccional de origen o en aquellos casos en los que el órgano jurisdiccional de origen hubiere suspendido la fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen (y sin perjuicio de poderse

interesar el mantenimiento o adopción de medidas cautelares al amparo del art. 18).

En cuanto a los documentos que es necesario aportar para instar la ejecución y que son: una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad (no es necesario traducirla salvo que hubiere impugnación), el extracto de la resolución expedido por el órgano jurisdiccional de origen mediante el formulario cuyo modelo figura en el anexo I (cuyo contenido —no los elementos impresos ya que siguen un sistema de numeración— sí es necesario traducir) (en el caso de transacciones judiciales y los documentos públicos con fuerza ejecutiva el formulario es el del anexo III) y si ha lugar, un documento que establezca el estado de los atrasos y que indique la fecha en que se efectuó el cálculo. En ocasiones se puede plantear el caso en que los alimentos hayan sido fijados por el tribunal de origen en un porcentaje de los ingresos del obligado a su abono, situación que en principio para nada a va a impedir que se pueda ejecutar tal resolución (no aparece esta circunstancia contemplada como motivo de oposición) si bien con carácter previo se deberá proceder a su cuantificación en forma contradictoria y por medio de un procedimiento que se estima puede ser el fijado en los arts. 712 ss. LEC entendiéndose posible el proceder a una previa averiguación patrimonial que interese la parte ejecutante de cara a que en virtud de la misma pueda verificar la propuesta de cuantificación.

3) El papel de las autoridades centrales

Una de las mas importantes novedades del Reglamento 4/2009 es la referente al reconocimiento de un papel destacado a las autoridades centrales ya que la materia de alimentos es de una gran importancia personal y en muchos de los casos aquellos que los interesan o solicitan la ejecución de una resolución

de alimentos en otro Estado carecen de los recursos suficientes. Es por ello que junto al papel tradicional de las autoridades centrales, el Reglamento las convierte en esenciales de cara al inicio de procedimientos de alimentos o de reconocimiento y ejecución de resoluciones a ellos referentes, proporcionando una ayuda esencial a los afectados. A sus funciones se refieren los arts. 51 y 56 del Reglamento. Entre estas funciones cabe distinguir las tradicionales inherentes a su papel en la cooperación judicial internacional y las mas novedosas que incorpora el Reglamento como partes activas en la facilitación de la obtención de los alimentos.

En esta segunda función los acreedores a una prestación de alimentos pueden presentar ante la autoridad central de su Estado las solicitudes que pretendan tanto la obtención (o modificación) de una resolución en materia de alimentos en el Estado miembro requerido cuando no exista resolución previa (formulario del anexo VI), como el reconocimiento o reconocimiento y otorgamiento de ejecución de una resolución en esta materia (formulario del anexo VII). Por su parte el deudor a una prestación de alimentos asimismo puede por medio de la autoridad central de su Estado interesar o bien el reconocimiento de una resolución dictada en él por medio de la que se suspenda o limite la ejecución (formulario del anexo VI), o bien interesar la modificación de la resolución de alimentos (tanto dictada en el Estado requerido como en otro Estado si la competencia para la modificación fuere del Estado requerido) empleando el formulario del anexo VII. En todo caso es necesario destacar que el recurso a las autoridades centrales y la posibilidad de que sean ellas las que se encarguen de la tramitación de las solicitudes con los contenidos antes mencionados es puramente voluntaria, ya que nada impide que las personas afectadas puedan directamente acudir ante los órganos jurisdiccionales del Estado requerido personán-

dose en ellos en la forma que fijen sus leyes procesales según cual fuere el trámite a seguir.

5.6. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES Y EFECTOS PATRIMONIALES DE UNIONES DE HECHO

En relación a esta materia existen dos instrumentos de la Unión Europea que son por una parte el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8.07.2016 y que será aplicable a partir del 29 de enero de 2019) y de otra el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8.07.2016 y que será aplicable a partir del 29 de enero de 2019). Ello supone que el régimen derivado de estos instrumentos solo es de aplicación a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de la fecha de su aplicación.

En todo caso (y a diferencia lo que sucede en materia de competencia judicial internacional o ley aplicable), el régimen previsto en tales Reglamentos solo es de aplicación cuando se trate de resoluciones dictadas en alguno de los 18 Estados miembros que participan en ellos y que ya se han dicho son Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia.

Es por ello seguidamente se analiza el régimen general y tras ello el régimen a aplicar en los Estados antes mencionados desde el ...

5.6.1. RÉGIMEN GENERAL Y A APLICAR TAMBIÉN A LOS 17 ESTADOS PARTÍCIPES EN LOS REGLAMENTOS 2016/1103 Y 2016/1104 HASTA EL 29 DE ENERO DE 2019

Este régimen general (a aplicar tanto a las resoluciones dictadas en relación a regímenes económico matrimoniales como en su caso respecto de potenciales efectos patrimoniales operativos respectod e parejas estables no casadas (como los previstos en los arts. 310 y 311 CDFA y para el caso en que se estime que su régimen no es el propio de los alimentos que en donde se considera pudieren tener mejor encaje, si bien es una cuestión discutible de ahí que se deje constancia de ello), hace que sea necesario el recurso al previo procedimiento de exequátur antes de instar cualquier actuación de ejecución. El procedimiento de exequátur aparece regulado en los arts. 41 ss. de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

5.6.2. RÉGIMEN A APLICAR A LOS 17 ESTADOS PARTÍCIPES EN LOS REGLAMENTOS 2016/1103 Y 2016/1104 DESDE EL 29 DE ENERO DE 2019

5.6.2.1. Resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales

— Reconocimiento

En materia de reconocimiento el Reglamento (art. 36) parte del principio de reconocimiento automático, destacándose en el art. 38 que este principio debe ser aplicado por los órganos

jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros respetando los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su artículo 21 sobre el principio de no discriminación.

El Reglamento prevé (como se da en otros instrumentos semejantes como los Reglamentos 1215/2012 o 650/2012), posibles procesos de reconocimiento a título principal (cabe entender que se verificará por el mismo procedimiento que el que se fije para la declaración de fuerza ejecutiva), incidental (cabe entender lo será por el procedimiento previsto en el art. 388 y concordantes LEC) o suspensión si la decisión ha sido objeto de recurso en el estado de origen (art. 41).

Como motivos de oposición al reconocimiento (art. 37), el Reglamento incluye los siguientes: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en que se solicita; b) cuando la resolución se haya dictado en rebeldía del demandado, si no se le hubiere notificado la demanda o documento equivalente con tiempo suficiente y de forma tal que le permitiera preparar su defensa, salvo que el demandado no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo; c) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada en un procedimiento entre las mismas partes en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento; d) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en un litigio, en otro Estado miembro o en un tercer Estado, con el mismo objeto y entre las mismas partes, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento. En todo caso se prohíbe toda posible revisión en cuanto al fondo.

— Ejecución

En materia de ejecución, se requiere de una previa declaración de ejecutividad (art. 42) siendo la competencia del tribunal del domicilio de la parte frente a la que se vaya a seguir la ejecución (art. 44), e incluye la de resoluciones judiciales, así como la de documentos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales. El procedimiento se rige por la ley del estado de ejecución con un mecanismo semejante al del Reglamento 1215/2012: Petición (en el caso de España demanda ejecutiva del art. 437 LEC) seguida de una declaración inmediata de fuerza ejecutiva y posible recurso (en España en principio corresponderá a la Audiencia Provincial) en 30/60 días en base a los mismos motivos que de oposición al reconocimiento y recurso ulterior que en el caso de España se estima lo será ante el Tribunal Supremo como recurso por infracción procesal o casación según el caso (con suspensión del procedimiento mientras ello se produce y posible adopción mientras tanto de medidas provisionales o cautelares —art. 53 del Reglamento).

La demanda de ejecución debe ir acompañada de los documentos siguientes: a) una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad; b) la certificación expedida por el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen mediante el formulario correspondiente. Tal formulario no se contiene en el Reglamento, sino que se establece en otra decisión aparte (con ello se evita tener que modificar el Reglamento cada vez que es necesario introducir alguna modificación en el formulario como ha sucedido con los dictados hasta la fecha). De no presentarse la certificación el órgano jurisdiccional o la autoridad competente podrán fijar un plazo para su presentación, aceptar documentos equivalentes o, si consideran que disponen ya de suficiente información, otorgar una dispensa a su presentación. De igual

modo el órgano jurisdiccional o la autoridad competente pueden exigir la presentación de una traducción o transliteración de los documentos. La traducción debe ser realizada por una persona cualificada para realizar traducciones en uno de los Estados miembros.

También se contiene en el Reglamento una regulación de la posibilidad de ejecución parcial si solo procede la ejecución de parte de las pretensiones contenidas en una resolución (art. 54), justicia gratuita (reconocimiento al solicitante que en el estado miembro de origen haya obtenido total o parcialmente el beneficio de justicia gratuita o una exención de las costas y los gastos ya que gozará, en el procedimiento de declaración de fuerza ejecutiva, del beneficio de justicia gratuita más favorable o de la exención más amplia prevista por el Derecho del estado miembro de ejecución —art. 55); así como la ausencia de exigencia de caución o depósito por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no ser residente en el estado miembro de ejecución (de existir para los nacionales se les exigirá de igual forma que a éstos —art. 56) o exención de impuestos derechos o tasas (art. 58)

5.6.2.2. Resoluciones en materia de efectos patrimoniales de uniones registradas

En relación a las mismas debe indicarse que el régimen a aplicar que seguidamente se analiza es solo respecto de las uniones registradas a los efectos del Reglamento pues en relación a aquellas que no lo sean (como las del art. 305 CDEFA que no reúnan a la vez los requisitos del Reglamento) operará el régimen general antes analizado y también incluso para el caso de que la resolución proceda de un estado partícipe en el Reglamento al ser una materia fuera de su ámbito de aplicación.

— Reconocimiento

En materia de reconocimiento el Reglamento (art. 36) parte del principio de reconocimiento automático, destacándose en el art. 38 que este principio debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros respetando los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su artículo 21 sobre el principio de no discriminación.

El Reglamento prevé posibles procesos de reconocimiento a título principal (cabe entender que se verificará por el mismo procedimiento que el que se fije para la declaración de fuerza ejecutiva), incidental (cabe entender lo será por el procedimiento previsto en el art. 388 y concordantes LEC) o suspensión si la decisión ha sido objeto de recurso en el estado de origen (art. 41).

Como motivos de oposición al reconocimiento (art. 37), el Reglamento incluye los siguientes: a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en que se solicita; b) cuando la resolución se haya dictado en rebeldía del demandado, si no se le hubiere notificado la demanda o documento equivalente con tiempo suficiente y de forma tal que le permitiera preparar su defensa, salvo que el demandado no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo; c) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada en un procedimiento entre las mismas partes en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento; d) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en un litigio, en otro Estado miembro o en un tercer Estado, con el mismo objeto y entre las mismas partes, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se solicita el

reconocimiento. En todo caso se prohíbe toda posible revisión en cuanto al fondo.

— Ejecución

En materia de ejecución, se requiere de una previa declaración de ejecutividad (art. 42) siendo la competencia del tribunal del domicilio de la parte frente a la que se vaya a seguir la ejecución (art. 44), e incluye la de resoluciones judiciales, así como la de documentos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales. El procedimiento se rige por la ley del estado de ejecución: Petición (en el caso de España demanda ejecutiva del art. 437 LEC) seguida de una declaración inmediata de fuerza ejecutiva y posible recurso (en España en principio corresponderá a la Audiencia Provincial) en 30/60 días en base a los mismos motivos que de oposición al reconocimiento y recurso ulterior que en el caso de España se estima lo será ante el Tribunal Supremo como recurso por infracción procesal o casación según el caso (con suspensión del procedimiento mientras ello se produce y posible adopción mientras tanto de medidas provisionales o cautelares —arts. 53 del Reglamento).

La demanda de ejecución debe ir acompañada de los documentos siguientes: a) una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad; b) la certificación expedida por el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen mediante el formulario correspondiente. Tal formulario no se contiene en el Reglamento, sino que se establece en otra decisión aparte (con ello se evita tener que modificar el Reglamento cada vez que es necesario introducir alguna modificación en el formulario como ha sucedido con los dictados hasta la fecha). De no presentarse la certificación el órgano jurisdiccional o la autoridad competente podrán fijar un plazo para su presentación, aceptar documen-

tos equivalentes o, si consideran que disponen ya de suficiente información, otorgar una dispensa a su presentación. De igual modo el órgano jurisdiccional o la autoridad competente pueden exigir la presentación de una traducción o transliteración de los documentos. La traducción debe ser realizada por una persona cualificada para realizar traducciones en uno de los Estados miembros.

También se contiene en el Reglamento una regulación de la posibilidad de ejecución parcial si solo procede la ejecución de parte de las pretensiones contenidas en una resolución (art. 54), justicia gratuita (reconocimiento al solicitante que en el estado miembro de origen haya obtenido total o parcialmente el beneficio de justicia gratuita o una exención de las costas y los gastos ya que gozará, en el procedimiento de declaración de fuerza ejecutiva, del beneficio de justicia gratuita más favorable o de la exención más amplia prevista por el Derecho del estado miembro de ejecución —art. 55); así como la ausencia de exigencia de caución o depósito por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no ser residente en el estado miembro de ejecución (de existir para los nacionales se les exigirá de igual forma que a éstos —art. 56) o exención de impuestos derechos o tasas (art. 58)

6. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Finalmente la última de las cuestiones que se estima necesario hacer objeto de una atención especial es la referente a la problemática que genera la sustracción de menores y cuya regulación a efectos civiles (de cara a su restitución y que asimismo se puede plantear en el marco de un proceso penal, sin perjuicio de las responsabilidades penales que en paralelo pudieren existir).

Sobre esta cuestión el régimen esencial es el que se contiene en el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores que se ve complementado a nivel de la Unión Europea (con la exclusión de Dinamarca) por el Reglamento 2201/2003.

El Convenio de La Haya tiene una importancia capital al ser de aplicación en 93 estados y que son: Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chile, China, República Popular, Chipre, Corea, República de, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, La ex República Yugoslava de Macedonia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos (país con quien también existe

un convenio bilateral en la materia), Mauricio, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Rusia, Federación de, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela, Zambia, Bahamas, Belice, Colombia, El Salvador, Fiji, Gabón, Guatemala, Guinea, Honduras, Iraq, Kazajstán, Lesotho, Nicaragua, República de Moldova, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Marino, Seychelles, Tailandia, Trinidad y Tabago, Turkmenistán, Uzbekistán y Zimbabwe.

La labor de la Conferencia de La Haya en esta materia es de gran interés y se encuentra muy desarrollada existiendo una base de datos muy completa sobre esta cuestión gestionada desde la Conferencia de La Haya y que es Incadat (<http://www.incatat.com>) existiendo una Red de Jueces expertos en la materia.

Por menor se entiende toda persona menor de 16 años (no contiene previsión alguna el Reglamento 2201/2003 es la edad de 16 años el límite que fija el Convenio de La Haya de 25 de Octubre de 1980 al que el Reglamento complementa).

Respecto de lo que se deba considerar como traslado o retención ilícitos de un menor, el art. 2 del Reglamento indica se da cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta

cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

Esta definición es semejante a la del Convenio de La Haya que en su art. 3 entiende que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

A diferencia del Convenio de La Haya (en donde la última palabra sobre la restitución del menor la tiene el órgano jurisdiccional del lugar en donde el menor se encuentre), el Reglamento 2201/2003 mantiene la jurisdicción por parte de los tribunales del Estado de origen (donde el menor residía antes de producirse la sustracción). Así el art. 10 del Reglamento dispone que en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro

durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor, ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i), iii) que se haya archivado, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

Pero junto a lo anterior que es la concreción de la jurisdicción finalmente competente para decidir si procede o no acordar la restitución, el Reglamento contempla toda la mecánica a llevar a cabo en caso de haberse producido una situación de sustracción internacional de menores, en una regulación que es complementaria de la que existe a nivel general y se contempla en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Esta mecánica consta de las siguientes fases: 1/ Solicitud ante la entidad central. 2/ Fase ante los tribunales del Estado en el que el menor se encuentre. 3/ Fase ante los tribunales del Estado de origen del menor.

Como novedades del Reglamento frente al régimen del Convenio de La Haya (se va a proceder a un análisis armónico

de ambos si bien se destacan para incidir en lo novedoso que ha sido el Reglamento) se destacan las siguientes (como indica la Guía Práctica sobre la aplicación del Reglamento elaborada por la Comisión Europea): 1) Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen conservan la competencia. 2) Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido asegurarán la rápida restitución del menor. 3) Si el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido decide no restituir al menor, debe transmitir copia de su resolución al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, que lo notificará a las partes. Los dos órganos jurisdiccionales cooperarán. 4) Si el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen decide que debe restituirse al menor, se suprime el exequátur para esta resolución que tendrá fuerza ejecutiva en el Estado miembro requerido. 5) Las autoridades centrales del Estado miembro de origen y del Estado miembro requerido cooperarán y asistirán a los órganos jurisdiccionales en su misión.

1) Solicitud ante la entidad central.

Para la petición de restitución opera el régimen previsto en el Convenio de La Haya de 1980 que estima que ha habido un traslado o retención ilícitos de un menor: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El mecanismo del Convenio (que mantiene el Reglamento), se fundamenta en una estrecha colaboración entre las autorida-

des centrales designadas por cada país (en el caso de España es la Subdirección General de Cooperación Judicial Internacional del Ministerio de Justicia) que son las que de forma activa llevan a cabo las actuaciones necesarias a fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. A tal efecto son ellas las que ya sea directamente o a través de un intermediario adoptan todas las medidas apropiadas que permitan entre otras cuestiones: a) Localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita; b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) Garantizar la restitución inmediata del menor o facilitar una solución amigable; d) Intercambiar información relativa a la situación social del Menor, si se estimase conveniente; e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con objeto de conseguir la restitución del menor, y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita (ello en el caso de España se traduce en la participación directa de la Abogacía del Estado en estos procedimientos); g) Conceder, o, en su caso, facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un Abogado; h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

Una vez se tiene conocimiento de la sustracción de un menor, toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción

del derecho de custodia, puede dirigirse (directamente y sin necesidad que se haga por medio del Juzgado que conozca de la causa en la que se ha decidido sobre la custodia del menor, aún cuando nada se opona a que se interese del Juzgado que sea éste el que haga la solicitud) a la Autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado Contratante, para que, con su asistencia quede garantizada la restitución del menor. En esta solicitud se incluirá: a) Información relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona de quien se alega que ha sustraído o retenido al menor; b) La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; c) Los motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor; d) Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor. La demanda podrá ir acompañada o complementada por: e) Una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes; f) Una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el niño tenga su residencia habitual o por una persona calificada relativa al derecho vigente en esta materia de dicho Estado; g) Cualquier otro documento pertinente.

La solicitud debe ir redactada en el idioma del Estado requerido y si ello o es factible en inglés o francés y se hace llegar por la autoridad central del Estado de residencia del menor a la de aquel en el que se ha averiguado que se encuentra (por las vías pertinentes y especialmente las policiales).

2) Fase ante los tribunales del Estado en el que el menor se encuentre.

Una vez enviada la solicitud por parte de la autoridad central del Estado de residencia anterior del menor a aquella en la que se considere que éste se encuentra, se trata de conseguir

una decisión consensuada de retorno del menor como indica el art. 10 del Convenio de La Haya.

De no ser ello posible, es cuando se produce la intervención de las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes que en todo caso (y dada la materia), han de actuar con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, se prevé en el Convenio de La Haya que el demandante o la Autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora (este plazo aparece asimismo en el art. 11,3 del Reglamento).

En España esta cuestión se regula en los arts. 778 quáter ss. LEC correspondiendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda.

Los motivos en base a los que cabe negar la restitución son los del art. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1.980. Así el art. 12 indica que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución del inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los

procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. Cuando la autoridad judicial o administrativa tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor. No obstante lo anterior, el art. 20 indica que la restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá ello no obstante denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Por su parte el art. 13 señala que no obstante la regla de la restitución si hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos (con el matiz que fija y que antes se ha indicado), la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. No obstante lo anterior, debe destacarse que el Reglamento refuerza el principio de la necesidad de restitución del menor siempre que sea posible la protección del

mismo en el Estado de origen hasta el punto de que si bien es cierto que el Convenio de La Haya estipula la no obligación de acordar el retorno del menor si existe el riesgo de que éste pueda ser expuesto a un daño físico o psicológico (motivo b antes enumerado), ello no obstante el Reglamento permite incluso la restitución en estos casos siempre que las autoridades del Estado de origen puedan adoptar las medidas oportunas para evitarlo.

Una vez dictada la sentencia (frente a la que cabe apelación a interponer en tres días) siempre que sea de no restitución (si lo es no es problemático ya que se acuerda la misma y por medio de las autoridades centrales se arbitran los medios para hacerla efectiva), y en el caso de afectar a un Estado miembro de la Unión Europea (salvo Dinamarca) ya que en el caso de los restantes Estados parte en el Convenio de La Haya la decisión es final, se ha de transmitir ésta (con los documentos pertinentes que dependen de cada caso si bien es idóneo que sean cuanto mas completos mejor a fin de que posteriormente cuando haya de decidir el tribunal del Estado de origen pueda contar con los suficientes elementos de juicio —en concreto son idóneas las actas de declaraciones, informes sociales y demás documentos que permitan conocer de la forma mas precisa posible la concreta situación del menor), al tribunal del Estado de origen (en el caso de que sea el que tenga la competencia para resolver en virtud del criterio antes señalado) en el plazo de un mes (bien directamente o a través de las autoridades centrales para lo que es de gran utilidad la información que aparece en el Atlas Judicial Europeo. Esta información desde agosto de 2016 está previsto que definitivamente pase a la web European E-Justice - <https://e-justice.europa.eu/home.do> <https://e-justice.europa.eu> - al haber terminado el proceso de migración de datos) el cual ha de hacerla llegar a las partes a fin de que en tres meses puedan hacer las alegaciones pertinentes (art. 11 del Reglamento).

En cuanto al idioma en el que se hacen llegar los documentos al tribunal del Estado de origen, la Guía Práctica que para la aplicación del Reglamento ha elaborado la Comisión Europea indica que a este respecto los jueces deberán encontrar una solución pragmática que corresponda a las necesidades y circunstancias de cada caso. Dependiendo de la legislación procesal del Estado requerido, la traducción puede no ser necesaria si se transmite el asunto a un juez que comprende la lengua del caso. Si fuera necesaria una traducción, podría limitarse a los documentos más importantes. Las autoridades centrales pueden también ayudar a proporcionar traducciones informales. Si no es posible realizar la traducción en el plazo de un mes, deberá hacerse en el Estado miembro de origen.

3) Fase ante los tribunales del Estado de origen del menor.

Esta fase se inicia con el traslado por parte del Tribunal competente (según las normas que antes se han indicado y se contienen en el art. 10 del Reglamento 2201/2003) de la resolución dictada por el tribunal del Estado en el que se encuentra el menor a la partes y que se ha hecho llegar al tribunal del Estado de origen como se ha indicado. Ante tal decisión existen dos posibilidades: a) Silencio de las partes ante tal notificación; b) Solicitud de las partes.

En caso de silencio de las partes al transcurrir el plazo de tres meses sin nada manifestar, la decisión adoptada por el tribunal donde se encuentre el menor deviene plenamente ejecutiva y el tribunal del Estado de origen archiva las actuaciones.

Si por el contrario media solicitud de las partes y éstas verifican alegaciones, la decisión última sobre la procedencia o no de la restitución corresponde al tribunal del Estado de origen (siempre que mantenga su competencia conforme al art. 10 del Reglamento). A tal efecto y antes de resolver, se ha de dar audiencia a

todas las partes, al menor (para ello se emplean los mecanismos del Reglamento 1206/2001 siendo muy útil la videoconferencia) y tomar en consideración los argumentos indicados por el tribunal del Estado en el que el menor se encuentra (para ello es básico el poder contar con la resolución y sus argumentos, los documentos anexos e incluso entablar una comunicación directa intercambiando experiencias entre los tribunales). La decisión que se adopte es directamente ejecutiva (expidiéndose el certificado del Anexo IV) y prevalece sobre la que se pudo adoptar por los tribunales del lugar en el que el menor se encuentre. En todo caso la expedición de la certificación del Anexo IV (por el tribunal del Estado de origen que mantiene la competencia y que ha acordado la restitución del menor aún cuando los tribunales del Estado en el que se encuentra el menor hayan estimado que no es procedente), exige de unos requisitos (detallados en el art. 42 del reglamento 2201/2003): a) Que se haya dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) Que se haya dado a las partes posibilidad de audiencia; c) Que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida por el órgano del Estado donde se encuentra el menor. Frente a la expedición del certificado no cabe recurso aunque si la petición de rectificación de errores. En relación a los requisitos de cara a la emisión se esta certificación la STJUE C-491/10 de 22.12.2010 (Aguirre Zarraga) TJCE 2010\410 ha indicado en cuanto a la audiencia del menor que: "... el juez del Estado miembro de origen sólo puede emitir un certificado conforme a las exigencias del artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003 tras haber comprobado que, en función del interés superior del menor y habida cuenta de todas las circunstancias del caso de que se trate, la resolución a que se refiere ese certificado se ha adoptado respetando el derecho del menor a expresarse libre-

mente y que se ha ofrecido a éste una posibilidad real y efectiva de expresarse, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional...". En caso de haberse planteado problemas en la audiencia del menor (en concreto la legalidad de la emisión del certificado si la misma no se ha producido), quien es competente para resolver sobre ello son (así se destaca en la sentencia) los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, no pudiendo el juez competente del Estado miembro de ejecución oponerse al reconocimiento y a la ejecución de la mencionada resolución en base a tales potenciales problemas habida cuenta del certificado expedido por dicho juez del Estado miembro de origen y el principio de la confianza recíproca entre los Estados miembros en cuanto al hecho de que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la Carta de los Derechos Fundamentales.

Esta resolución es la que prevalece y se ejecuta de forma automática por el tribunal del Estado en el que el menor se encuentra por las normas internas de su procedimiento de ejecución a la vista del certificado del Anexo IV y la resolución del tribunal del Estado de origen que se le presenta y sin posibilidad de oposición (art. 47), aplicándose un régimen semejante al fijado para las decisiones en materia de derecho de visitas, si bien sin posibilidades de modalizar la ejecución ya que lo que se ha de llevar a cabo no es otra cosa que la de dar cumplimiento a la restitución del menor, siendo el tribunal del lugar en donde el menor se encuentre el que ha de dar las instrucciones precisas contando con la cooperación general que en esta materia presta la autoridad central tal y como antes se ha indicado (solamente cabe denegar la restitución en caso de incompatibilidad con una

decisión ejecutiva dictada con posterioridad, algo que es difícil que se produzca dadas las reglas de competencia que sobre la materia existen y que se han analizado en un capítulo anterior).

Ejemplo de la prevalencia de esta decisión del tribunal del estado de origen del menor, lo es el caso analizado en la STJUE C-195/08 de 11.07.2008 (Rinau) en la que se analizaba la problemática de haberse suscitado en el estado de ejecución recursos ulteriores respecto de la procedencia o no de la restitución a la que finalmente había accedido el tribunal de origen, negando el Tribunal de Justicia cualquier efecto a los mismos. A tal efecto se dice: "... 76 En efecto, el artículo 11, apartado 3, del Reglamento exige que los órganos jurisdiccionales ante los que se interponga la demanda de restitución actúen con urgencia, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. El párrafo segundo de la misma disposición establece, además, que, sin perjuicio de este objetivo de celeridad, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda. 77 Más concretamente, el apartado 6 de dicho artículo 11 dispone que, en caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista. El carácter urgente de estos trámites queda igualmente de manifiesto en virtud de la última frase del mismo apartado, que establece que el órgano jurisdiccional de origen «deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución». 78 Estas

disposiciones tienen por objeto no sólo garantizar la restitución inmediata del menor al Estado miembro en el que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, sino también permitir al órgano jurisdiccional de origen evaluar las razones y las pruebas sobre las que se fundamenta la resolución de no restitución. 79 En particular, el órgano jurisdiccional de origen debe examinar si se cumplen los requisitos indicados en el apartado 67 de la presente sentencia. 80 Puesto que, en último término, esta apreciación incumbe al órgano jurisdiccional de origen en virtud de los artículos 10 y 40, apartado 1, letra b), del Reglamento, los incidentes procesales que se produzcan o reproduzcan en el Estado miembro de ejecución después de que se haya dictado una resolución de no restitución no son determinantes y pueden considerarse irrelevantes a efectos de la aplicación del Reglamento. 81 Si no fuera así, el Reglamento correría el riesgo de verse privado de su efecto útil, pues el objetivo de la restitución inmediata del menor quedaría subordinado al requisito del agotamiento de las vías procesales admitidas por el Derecho nacional del Estado miembro en el que el menor está retenido ilícitamente. Este riesgo debe ponderarse particularmente en el caso de los menores de corta edad, ya que el tiempo biológico no puede medirse según criterios generales, dada la estructura intelectual y psicológica de estos menores y la rapidez con la que ésta evoluciona”.

Por último se ha de destacar que en caso de haberse trasladado el menor a otro Estado no es necesario incoar de nuevo el proceso ya que es en éste directamente ejecutiva la decisión que se haya adoptado por el tribunal del Estado de origen. Esta realidad ha sido especialmente declarada en la STJUE C-211/10 de 1.07.2010 (Povse) en la que partiendo del principio del mantenimiento de la jurisdicción de los tribunales de la residencia anterior del menor, en sede de ejecución se señala que una reso-

lución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor. Ello hace que la ejecución de una resolución certificada de restitución dictada por el tribunal de la residencia anterior del menor no puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución.

