

**Máster en Abogacía por la Universidad de León**  
**Facultad de Derecho**  
**Universidad de León**  
**Curso 2017/2018**



**LAS CRISIS MATRIMONIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO EUROPEO: REVISIÓN TEÓRICA Y JURISPRUDENCIAL**

**MARITAL CRISIS AND INTERNATIONAL CIVIL LAW: A THEORETICAL  
AND JURISPRUDENTIAL REVIEW**

Autor: D. Christian Jacobs Ardines

Tutor académico: Dr. D. David Carrizo Aguado

## ÍNDICE

1. RESUMEN .....	3
2. OBJETO DEL TRABAJO .....	4
3. METODOLOGÍA .....	5
4. ABREVIATURAS.....	7
<b>I. INTRODUCCIÓN: LA INTERNACIONALIDAD EN LA REGULACIÓN DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO.....</b>	<b>8</b>
<b>II. LA COMPETENCIA JUDICIAL Y RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES: EL REGLAMENTO (CE) 2201/2003 .....</b>	<b>10</b>
1. Consideraciones previas.....	10
2. Ámbitos de aplicación .....	11
3. Los foros de competencia judicial internacional.....	12
3.1 Articulación de los foros de competencia .....	13
3.2 Foros de competencia en la legislación interna.....	17
3.3 Litispendencia internacional .....	19
4. Normativa interna .....	20
5. Ejecución y reconocimiento de resoluciones extranjeras .....	20
<b>III. LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO: EL REGLAMENTO ROMA III .....</b>	<b>23</b>
1. Consideraciones previas.....	23
2. Aspectos generales y ámbito de aplicación.....	23
3. El <i>Forum shopping</i> .....	24
4. Puntos de Conexión: la determinación de la ley reguladora del divorcio y separación .....	25
4.1 La elección por las partes de la ley aplicable .....	26
4.2 La ausencia de elección de ley por las partes: Los puntos de conexión .....	27
5. Supuestos de no aplicación de las normas de conflicto .....	31
<b>IV. BREVE REFERENCIA A LA LEY APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL: EL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL .....</b>	<b>33</b>
5. CONCLUSIONES .....	35
6. BIBLIOGRAFÍA .....	38
7. ANEXO JURISPRUDENCIAL .....	41

**RESUMEN:**

Los conflictos jurídicos con elemento extranjero, son frecuentes en nuestro país; los procesos de integración territorial como la Unión Europea, han intensificado las migraciones y en la búsqueda de soluciones uniformes para todo el territorio de la Unión, el legislador europeo ha elaborado textos legales que regulan los conflictos transnacionales. En el ámbito de las crisis matrimoniales es necesario detenerse sobre dos textos relevantes; por un lado, el Reglamento (CE) 2201/2003 que delimita la competencia judicial internacional y el reconocimiento de resoluciones y por otro, el Reglamento (UE) 1259/2010 de cooperación reforzada sobre ley aplicable. A través del presente Trabajo de Fin de Master se lleva a cabo un análisis de ambos Reglamentos, desde una perspectiva tanto jurisprudencial como doctrinal, describiendo sus aspectos más relevantes. La unificación normativa en la Unión Europea es verdaderamente importante para evitar problemas derivados de la internacionalidad de la vida jurídica de sus ciudadanos, más aún dentro de un ámbito tan común e importante como lo son las crisis surgidas del matrimonio.

**Palabras Clave:** Derecho Internacional Privado / Divorcio/ Separación / Unión Europea / Reglamento

**ABSTRACT:**

International civil conflicts are frequent in our country. Unification processes such as the European Union have increased international migration, and in the need of legal certainty the EU legislator needed to unify the regulation of the different laws across its Member States. Around the marital crisis there are two relevant European Regulations, on one side, the Council Regulation (CE) 2201/2003, that develops itself around the international jurisdiction and the (UE) 1259/2010, regarding applicable law. Through this paper, both Regulations are analyzed, from two different perspectives: International Jurisprudence and case-law and legal doctrine. The unification of the legislation through the EU is truly important in order to avoid problems derived from the international migration and international litigation of its citizens, and it is even more important in such a sensitive branch as family law.

**Keywords:** International Civil Law / divorce / legal separation / European Union / Regulation

## **OBJETO DEL TRABAJO:**

El Derecho Internacional Privado es una de las disciplinas jurídicas más complejas y extensas del Derecho, su conocimiento requiere de una gran labor de estudio y actualización, ya que en las últimas décadas la actividad legislativa llevada a cabo por la UE aumentado de manera exponencial.

Por lo anterior es necesario llevar a cabo procesos de investigación relacionados con la materia, puesto que la producción normativa unida la realidad polícroma y lábil de la sociedad española ha conllevado hace que las dificultades de carácter jurídico con elemento internacional sean cada vez más frecuentes.

Dentro del estudio del Derecho Internacional Privado uno de los sectores más complejos y fraccionados, es el del Derecho de Familia, coexistiendo numerosos Reglamentos y Convenios que hacen que no sea tarea sencilla su puesta en marcha ni su aplicación. Ni jueces ni juristas tienen claro en muchas ocasiones cómo solventar las incógnitas jurídicas internacionales que ante ellos se dirimen.

El divorcio y la separación judicial además de la nulidad, son de las situaciones jurídicas más comunes en el Derecho de Familia, sin embargo, cuando tienen algún elemento internacional, se vuelven bastante complejos. Para ello la Unión Europea en su labor legislativa ha desarrollado dos Reglamentos, que regulan todo lo relacionado con la Competencia Judicial Internacional y la Ley aplicable a este tipo de conflictos.

El sentido del presente trabajo es desentrañar la actualidad jurisprudencial y doctrinal respecto de estos dos Reglamentos, arrojando luz sobre la cuestión. Para ello se adopta un enfoque práctico, a través del cual se resumen las cuestiones más importantes a valorar sobre los dos textos legales, justificando pertinentemente las afirmaciones a través de la doctrina y jurisprudencia actual al respecto.

El ejercicio de la abogacía, precisa de soluciones rápidas y prácticas a los conflictos que se presentan en un despacho día tras día. A través del presente, se ofrece al lector concreción, precisión y facilidad en la búsqueda de respuestas a las cuestiones jurídicas de carácter internacional que se surjan en torno al divorcio, separación y nulidad matrimonial.

## **METODOLOGÍA:**

La investigación en ciencias sociales y jurídicas es y siempre ha sido determinante para aquellas naciones que busquen desempeñar un rol protagónico y activo en la sociedad del conocimiento.

Desde la mitad del siglo pasado, la investigación científica ha empezado a tener cierta importancia dentro de las sociedades modernas, creyendo firmemente que a través del método científico es posible mejorar la convivencia.

Es por tanto una obligación para todos aquellos que formamos parte del sistema de educación superior, contribuir a la sociedad del conocimiento a través del método científico y la rigurosidad que ello comporta.

En el contexto de la metodología de investigación en ciencias sociales y jurídicas, no debemos olvidar que existen numerosos recursos al alcance de estudiantes e investigadores. No podemos dejar languidecer nuestro compromiso con el método de investigación y limitarnos a reproducir puntualizaciones teóricas o jurisprudenciales.

Por ello, y para la realización del presente trabajo, se ha acudido tanto a obras de divulgación científica y a doctrina respecto de la materia en concreto, cruzando referencias y creando sinergias entre las diversas opiniones al respecto. También, se ha llevado a cabo una revisión jurisprudencial, de la que se han extraído las diversas conclusiones a la que han llegado los tribunales.

Las referencias doctrinales, compuestas principalmente por monografías, manuales y artículos de revista publicados en revistas especializadas, se han consultado tanto desde bases de datos online fiables y utilizadas tradicionalmente para la elaboración de trabajos de investigación (*Dialnet, Google-Scholar*), así como a través de la consulta de las mismas en formato físico en bibliotecas públicas.

En relación con la jurisprudencia, se han utilizado plataformas de búsqueda de jurisprudencia tanto públicas como privadas, tales como Aranzadi-Digital, Cendoj o El Derecho para analizar los pronunciamientos de los tribunales nacionales. En relación con la doctrina marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha acudido al portal web “Curia”. Para dotar al trabajo de cierta rigurosidad se ha acudido en proporción tanto a unas como a otras fuentes, complementando la jurisprudencia y todo lo referente a la doctrina.

Una vez se ha recopilado y sistematizado la información extraída de las fuentes que se han citado, se llevó a cabo un primer borrador sobre el tema a desarrollar, desde una perspectiva amplia y sin demasiadas concreciones.

Tras la sistematización anterior y una vez teniendo claro el desarrollo del trabajo, se procedió a la elaboración de un índice como guía para la redacción concreta de todos los aspectos importantes que se han tratado. A continuación, se fue elaborando el cuerpo del trabajo, siempre supervisado por el tutor académico, que a través de sucesivas correcciones y explicaciones orientó la confección de este TFM.

## ABREVIATURAS:

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CJI	Competencia Judicial Internacional
DIPr	Derecho Internacional Privado
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
R. 2201/2003 (Reglamento Matrimonial, o, Bruselas II)	Reglamento (CE) núm. 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 Reglamento (CE) N1.1347/2000.
R.1259/2010 (Reglamento Roma III)	Reglamento (UE) núm 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.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea

## I. INTRODUCCIÓN: LA INTERNACIONALIDAD EN LA REGULACIÓN DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO.

El DIPr. justifica su existencia en torno a dos razones principales, por un lado, la existencia en la comunidad internacional de más de doscientos ordenamientos jurídicos propios de los estados que la integran y de otro, la trascendencia de la actividad de los particulares de su ordenamiento jurídico en la que ésta les vincula a uno o más ordenamientos jurídicos extranjeros.

Estos son los dos presupuestos que justifican la existencia del Derecho Internacional Privado y que se conocen como el fraccionamiento del Derecho y la internacionalidad de la vida jurídica<sup>1</sup>.

Desde finales del siglo pasado y hasta años recientes se ha producido un considerable aumento de los flujos migratorios<sup>2</sup>, debido a la modernización de los medios de transporte y a la democratización de su uso. La globalización ha permitido que se produzcan intercambios culturales en gran medida debido la apertura de fronteras y la revolución de las nuevas tecnologías.

Así ha ocurrido con los procesos de integración territorial, como en Unión Europea, donde la ciudadanía tiene libertad de circulación y residencia dentro de su territorio<sup>3</sup>.

Derivadas de estos intercambios de personas surgen nuevas necesidades y demandas en todas las dimensiones de la sociedad (desde el plano educativo, protección social, garantía de derechos...).

Tristemente, la diversidad cultural trae consigo en muchas ocasiones el conflicto (y no solo jurídico), ya que quedan enfrentados dos (o más) modos de vida distintos, tradiciones, costumbres, religiones y como no, ordenamientos jurídicos. Es conveniente,

---

<sup>1</sup> La Dra. Abarca Junco, examina detalladamente los presupuestos que caracterizan el Derecho Internacional Privado. Vid. AA.VV.: *Derecho Internacional Privado*, ABARCA JUNCO, A.P. (Dir.), UNED, Madrid, 2015, pp. 37-58.

<sup>2</sup> El devenir migratorio en nuestro país es generador de necesidades y demandas de la población para con sus legisladores. Vid. PALAO MORENO, G., “*Crisis matrimoniales internacionales: cinco elementos a tomar en cuenta*”, ALVENTOSA DEL RÍO, J. / MOLINER NAVARRO, R.M<sup>a</sup>. (Coords.). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. II, Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 1610-1632.

<sup>3</sup> La realidad migratoria en español no es un secreto para nadie, han sido muchos autores quienes han puesto de manifiesto los importantes movimientos migratorios que han ocurrido en nuestro país y los retos que ello ha supuesto para la sociedad española. Vid. ROJAS MULLOR, M., “España y los retos de la inmigración”, *Cuadernos de pensamiento político*, 2010, pp. 165-187.



legislar en torno a dichas necesidades, para atajar los problemas que puedan surgir de esta nueva realidad jurídica en la que colisionan distintos órdenes jurídicos y así garantizar una convivencia pacífica.

El DIPr, como disciplina, no tiene otro objetivo que la resolución de conflictos jurídicos existentes en los distintos países de la comunidad internacional, estableciendo las directrices básicas a seguir para resolver litigios transfronterizos en los que exista un elemento extranjero y que necesariamente vinculen uno o más ordenamientos.

El divorcio y la separación así como la nulidad matrimonial, han sido, sin lugar a dudas uno de los sectores del Derecho de Familia más polémicos y cambiantes, se trata de una parte especial del Derecho de Familia<sup>4</sup> por cuanto su tratamiento ha estado ligado íntimamente a las convicciones sociales respecto del matrimonio. Distintos ordenamientos jurídicos incluyen diversas concepciones sobre el divorcio y la separación causando severos problemas a la hora de concretar la idoneidad de una u otra ley aplicable.

Para resolver los problemas que pudieran surgir en torno a las crisis matrimoniales con elemento extranjero, tanto el legislador español como el legislador europeo, se han preocupado por dotar al divorcio y separación de una regulación prácticamente completa de cara al tráfico externo.<sup>5</sup>

Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales relacionadas con la disolución del vínculo matrimonial, han sido objeto de armonización en el ámbito de la UE, reuniendo en dos instrumentos jurídicos, las disposiciones normativas relativas a la competencia judicial internacional en las crisis matrimoniales (Reglamento Bruselas II-BIS 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003)<sup>6</sup> y la ley aplicable a dichas crisis

---

<sup>4</sup> Vid. ARENAS GARCÍA, R., *Crisis Matrimoniales internacionales (nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español)*. Santiago de Compostela, USC, 2004, pp. 21-30.

<sup>5</sup> No son todos los autores los que están de acuerdo con la expansividad de la producción normativa en materia de derecho de familia, existen corrientes de pensamiento que abogan la libertad de los propios ciudadanos para configurar sus relaciones personales, sin embargo el volumen de producción normativa tanto comunitaria como interna, deriva en un único modelo familiar. Vid. LINDE PANIAGUA, E., “El marco general de intervención de la Unión Europea en el ámbito personal y Familia”, *Revista de Derecho de la UE*, 2012, pp. 19-41; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho Internacional privado y Derecho de Familia Europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 4, 2004, pp. 117-186.

<sup>6</sup> 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 Reglamento (CE) N1.1347/2000. (UE). DOCE de 23-XII-2003.

(Reglamento Roma III 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010)<sup>7,8</sup>.

La producción normativa interna en relación con las crisis matrimoniales también es importante puesto que, dentro de los supuestos en los que no le es aplicable la legislación comunitaria, resulta de aplicación aquella, y por ello resulta conveniente hacer referencia al artículo 22 de la LOPJ<sup>9</sup> en materia de competencia judicial internacional y la remisión pura del artículo 107.2 CC<sup>10</sup> a las normas de la Unión Europea en cuanto a la Ley Aplicable

La realidad social y cultural así como la dimensión jurídica que de aquellas deriva, es cada vez más polícroma y está más diversificada. Resulta verdaderamente necesario, un esfuerzo legislativo para elaborar instrumentos jurídicos que garanticen la seguridad jurídica de las soluciones de conflictos con elemento extranjero, procurando que éstas sean justas, adecuadas y evitando la aplicación arbitraria del derecho.

Tras los numerosos cambios normativos que se han producido en el marco del DIPr desde que la UE asumió las competencias para desarrollar normas de cooperación judicial y en concreto, en el ámbito de las crisis matrimoniales, resulta oportuno llevar a cabo un análisis que arroje luz sobre el estado de la cuestión, analizando régimen jurídico y jurisprudencia al respecto.

## **II. LA COMPETENCIA JUDICIAL Y RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES: EL REGLAMENTO (CE) 2201/2003.**

### **1. CONSIDERACIONES PREVIAS**

El R. 2201/2003, es el instrumento jurídico que regula la competencia judicial internacional, el reconocimiento de resoluciones dictadas en otros países e incluye un procedimiento para resolver la sustracción de menores en el contexto de la UE. Es de

---

<sup>7</sup> 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. *DOUE* de 29-XII-2010.

<sup>8</sup> El aumento de divorcios y separaciones entre cónyuges de nacionalidades distintas llevó a la UE a completar el reglamento 2201/2003 con el 1259/2010 en materia de Ley aplicable al divorcio y separación. *Vid.* HERRANZ BALLESTEROS, M., “Régimen Jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: El Reglamento (UE) 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”, *Revista de Derecho de la UE*, núm. 22, 2012, pp. 43-66

<sup>9</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial *BOE* núm. 157, 02-VII-1985

<sup>10</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil *BOE* núm. 206, 25-VII-1889

aplicación para aquellos casos en los que haya más de una legislación implicada y relativos al divorcio, separación judicial, nulidad matrimonial y a procedimientos que versen sobre responsabilidad parental. Está en vigor desde el 1 de marzo de 2005.

Cabe mencionar que a pesar de que el Reglamento incluye disposiciones relacionadas con la responsabilidad parental, no se entrará a valorar las mismas, refiriéndome únicamente a la separación, nulidad y el divorcio, es decir las crisis matrimoniales entendidas como la disolución del vínculo.

## 2. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

En primer lugar, resulta conveniente determinar el ámbito de aplicación material del R. 2201/2003 en relación con las crisis matrimoniales, donde será aplicable a todo procedimiento judicial o no, que tenga que ver con separación, divorcio o nulidad<sup>11</sup>.

A este respecto es importante destacar que se limita al efecto principal de la institución, esto es, al efecto constitutivo, la modificación o relajación del vínculo, no aplicándose a otras cuestiones derivadas de dicha relajación (relaciones patrimoniales, filiación, alimentos etc.).

De manera general tampoco se aplica en casos de nulidad matrimonial, divorcios o separaciones de carácter religioso, si bien su artículo 63<sup>12</sup> excepciona a los acuerdos de los estados con la Santa Sede; tampoco se aplica a las parejas de hecho.

A pesar de lo anterior, el R. 2201/2003, no incluye una definición de matrimonio y existen diversidad de criterios al respecto. Algunos autores delimitan la institución de manera extensiva, incluyendo como tal todas aquellas uniones que de modo autónomo y en cada estado se entiendan como matrimonio; otros limitan el concepto a matrimonios heterosexuales, sin embargo, la mayoría de ellos coinciden en que con el R. 2201/2003, el legislador europeo quiso dejar libertad a los Estados miembros para configurar su concepción del matrimonio<sup>13</sup>.

En relación con la aplicación espacial del R. 2201/2003, en lo que se refiere a competencia judicial internacional obliga a todos los Estados miembros menos a Dinamarca y tiene efectos *erga omnes*, se aplica de manera universal, esto quiere decir

---

<sup>11</sup> Vid. STS (Sala de lo Civil) de 21 de noviembre de 2017, recurso 2202/2016.

<sup>12</sup> Vid. Art. 63 R. 2201/2003

<sup>13</sup> Vid. VAQUERO LÓPEZ, C. “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: Una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el favor divortii”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, XI, 2011, pp. 597-980.

que no se limita a exclusivamente a la regulación de situaciones conectadas con Estados Miembros. A efectos de reconocimiento internacional de resoluciones judiciales se aplicará si el estado requerido y el de origen son Estados Miembros.<sup>14</sup>

Sobre la aplicación personal del R. 2201/2003, regulada en los artículos 6 y 7, el texto comunitario responde de forma confusa<sup>15</sup>. La regla general<sup>16</sup> establece que un cónyuge que sea nacional o tenga residencia habitual en un Estado miembro, solo podrá ser demandado ante los tribunales de otro en virtud de los foros contenidos en el Reglamento 2201/2003, pero, en caso de que ningún estado fuera competente con arreglo al Reglamento entonces entrarían en acción los foros contenidos en normas internas<sup>17</sup>. A pesar de que el artículo 7 se aplique de manera residual, este juego normativo genera problemas, que poco a poco han sido aclarados a través de pronunciamientos del TJUE<sup>18</sup>.

### 3. LOS FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Los foros de competencia previstos en el artículo 3 del R. 2201/2003 en materia de separación nulidad y divorcio suman un total de siete. Estos foros están caracterizados porque son foros excluyentes, de manera que constituyen una lista exclusiva y cerrada.

Tienen carácter alternativo<sup>19</sup>, no existiendo jerarquía alguna entre ellos (creando el efecto indirecto *race to the courthouse*<sup>20</sup>), siendo suficiente que concurra uno para la

---

<sup>14</sup> Vid. CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2006, pp. 215-258.

<sup>15</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Comares, 2013, p. 132.

<sup>16</sup> Vid. Art. 6 R. 2201/2003

<sup>17</sup> Vid. artículos 3-7 R. 2201/2003

<sup>18</sup> El TJUE en su Sentencia de la Sala Tercera de 29 de noviembre de, Asunto C-68/07, Kerstin Sundelind López v. Miguel Enrique López Lizazo, aclaran el funcionamiento de los artículos 6 y 7 de ámbito personal de aplicación. En este caso, una mujer sueca pedía el divorcio frente a su marido cubano. Al momento de presentar la demanda, la actora, residía en Francia, que era el Estado Miembro en el que la pareja había residido durante un tiempo. El esposo había regresado a Cuba. En este caso, se cumplía una de las condiciones referidas de la norma general del artículo 6, es decir el demandado no residía habitualmente en un Estado Miembro ni tenía la nacionalidad de ninguno de ellos. De esta manera, las autoridades suecas y en virtud del artículo 7 del Reglamento podrían haber aplicado su ley interna (la cual les atribuía la competencia, en base a sus criterios) si la segunda de las condiciones también se hubiese dado, sin embargo, los tribunales franceses, tenían atribuida dicha competencia en tanto que Francia había sido el último lugar de residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos aún residiera ahí. Las autoridades suecas debían declararse de oficio incompetentes y la demandante debía interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales franceses.

<sup>19</sup> Vid. SABIDO RODRIGUEZ, M., “La nueva regulación del divorcio en la UE. Su proyección en el Derecho Privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm 45, 2013, p.512

<sup>20</sup> Uno de los grandes errores del Reglamento Bruselas II-bis, es que llegada la posibilidad de que quedase atribuida la competencia judicial internacional a dos o más estados, debido a que existiese vinculación con

declaración de competencia de los tribunales de los Estados Miembros, significando también que se dota a los litigantes de la elección del que quieran utilizar si concurre más de uno.

Son foros de competencia judicial internacional puesto que no concretan el tribunal interno del Estado Miembro al que deben acudir los litigantes para resolver la cuestión planteada.

Se controlan de oficio. En caso de que el tribunal ante el que se presente la demanda no fuera competente para conocer de ella, deberá declararse incompetente. También deberá el juez comprobar que no es competente en virtud de sus normas de producción interna en caso de que no fuera competente ningún otro Estado Miembro.

Los foros de competencia responden a un principio de proximidad razonable, esto quiere decir que entre los tribunales competentes y el objeto del litigio debe existir una vinculación razonable. Pueden clasificarse en foros basados en la residencia habitual, nacionalidad y mixtos (ambos criterios)<sup>21</sup>.

Por último destacar que existe la posibilidad de que ninguno de los tribunales de un Estado miembro se declaren competentes para conocer de un litigio con arreglo a las disposiciones del R. 2201/2003 y por ello el mismo instrumento dispone que se aplicarán las normativa interna para la determinación de la competencia ( art. 22 quater c) LOPJ).

### **3.1 ARTICULACIÓN DE LOS FOROS DE COMPETENCIA**

A continuación, se detallan los foros de competencia contenidos en el R. 2201/2003, puntualizando, los problemas que pueda suscitar su aplicación además de aspectos relevantes a tener en cuenta.

---

el litigio y al no permitir que las partes elijan el tribunal, una de ellas acudirá rápidamente a aquel tribunal ante el cual les resulte más económico plantear la controversia..

<sup>21</sup> Éste tipo de foros mixtos son criticados por algunos autores por cuanto que puede producirse discriminación entre ciudadanos nacionales de Estados Miembros de la Unión, produciéndose la paradoja de exigir distintos plazos al demandante que quiere activar el *fórum actoris* en función de si es o no nacional del estado en el que reside habitualmente. *Vid.* GÓMEZ JENE, M., “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *Diario La Ley*, núm. 5321, pp. 1-6. Recordemos también que existe consolidada jurisprudencia del TJUE, respecto del artículo 12 TCE (ahora artículo 18) *Vid.* STJCE de 13 de abril de 2000, asunto C-176/96 Lehtonen y Castors Braine,; STJCE de 13 abril de 2000, , asunto C-251/98, Baars,; STJCE de 28 de octubre de 1999, asunto C-55/98, Vestergaard ; entre otras.

**a) Residencia habitual<sup>2223</sup> de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda.**

Respecto de este foro, caben realizar varias puntualizaciones. Existe todavía jurisprudencia contradictoria en relación con su aplicación. Esta se debe a la diversidad de interpretaciones en torno a la trascendencia de nacionalidad de los cónyuges cuando presenta la demanda. En muchas ocasiones e ignorando el R. 2201/2003, tribunales siguen aplicando la LOPJ en cuanto alguno de los cónyuges no ostentan la nacionalidad de ningún Estado miembro, otros se declaran incluso incompetentes<sup>24</sup>. No obstante lo anterior, el criterio que ha de seguirse y el que adopta la doctrina mayoritaria, es la de la determinación de la competencia y aplicación de este foro independientemente de la nacionalidad de los cónyuges y siempre aplicando el R. 2201/2003, relegando la aplicación de LOPJ para aquellos casos en los que se establece la remisión expresa desde el reglamento. Para la determinación de la residencia habitual común de los cónyuges debe de atenderse a los medios de prueba que establezcan las legislaciones internas; para que el tribunal aplique el foro, debe este quedar acreditado.

**b) Última residencia habitual de los cónyuges cuando uno de ellos todavía resida allí en el momento de presentación de la demanda.**

---

<sup>22</sup> Delimitación del concepto residencia habitual: La residencia habitual a la que se refiere el R. 2201/2003, constituye un concepto autónomo y de cada Estado miembro, que deberá establecer los límites de lo que entienden por residencia habitual. En el caso de España, la residencia habitual se entiende como el “centro social de la vida” o “centro permanente de intereses con carácter estable”. *Vid.* SAP de Tarragona núm 440/2015 de 10 de abril en la que se establece de manera muy ilustrativa lo siguiente al respecto: “ Por residencia habitual debe entenderse el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses, siendo este un criterio autónomo del Reglamento que no coincide necesariamente con el concepto de residencia legal, bastando la simple permanencia en el territorio en que se encuentran los Tribunales cuya competencia internacional se cuestiona”. De ello podemos deducir que lo determinante para entender un lugar como residencia habitual es el centro social de vida, no siendo relevante que sea una residencia temporal (no debemos entender temporal por pasajera o precaria), o que se prevea un traslado futuro mientras se mantenga como residencia habitual el domicilio actual, el foro debe adaptarse a alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial. Debemos señalar también que la intención de residir en algún lugar tampoco es suficiente para constituir una residencia habitual.

<sup>23</sup> *Vid.* ATS (Sala de lo Civil) de 26 de febrero de 2013, recurso 1766/2012.

<sup>24</sup> A pesar de que en la SAP Cáceres núm. 279/2012 de 23 de mayo, el recurso se funda en un error de aplicación de ley en un procedimiento de divorcio, dentro de la misma resolución, la Audiencia Provincial determina la competencia en base a las reglas contenidas en la LOPJ, criterio erróneo en tanto que por aquel entonces ya existía el R. 2201/2003. En el mismo sentido y de manera directa o indirecta, otras sentencias (*Vid.* SAP Castellón núm. 54/2015 de 25 de mayo; SAP Huelva núm. 190/2013 de 21 de octubre) también hacen alusión a la determinación del tribunal competente en materia de disolución matrimonial en función de la LOPJ.

De la redacción literal de este foro debe además extraerse que resulta indiferente quién sea el cónyuge que reside todavía en la que fue la “última residencia habitual”, ya que se admite que sea tanto el demandante como el demandado. Deberán tenerse siempre en cuenta los criterios de atribución del domicilio habitual que jurisprudencialmente se han ido desarrollando y que anteriormente hemos expuesto.

**c) Residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda.**

Este foro hace más práctica la notificación de la demanda al demandado y su defensa.

**d) Residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta.**

Una demanda conjunta se entiende como la iniciación de un proceso civil, contencioso o no, ante cualquier tribunal, en el cual ambas representaciones (y defensas si existieren) presentan y expresan sus respectivas pretensiones (comunes o no), los puntos litigiosos de hecho o de derecho y la relación de pruebas que traen al proceso.

**e) Residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.**

De la lectura de este foro podemos adelantar que resulta bastante complejo en su aplicación, es más, existen varios problemas que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto.<sup>25</sup>

En primer lugar, es un foro al cual puede acceder cualquier persona que tenga un poder adquisitivo suficiente, ya que podría trasladarse de país simulando un traslado de residencia habitual, para de esta manera forzar que el pleito se desarrolle en el país de su elección. Con medios de prueba relativamente sencillos de conseguir, como el acceso al padrón municipal en nuestro país u otros análogos en otros países, se puede invocar este foro, puesto que los jueces suelen admitirlos como prueba suficiente.

---

<sup>25</sup> Vid. SAP Barcelona núm. 866/2013 de 18 de diciembre; SAP Madrid núm 512/2013 de 25 de junio.

**f) Residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y o bien es nacional del Estado miembro en cuestión o en el caso de Reino Unido e Irlanda, tiene allí su “domicile”.**

Este foro como el anterior es de fácil acceso, ya que de igual manera se puede simular la residencia habitual si se cuentan con los recursos económicos suficientes.

**g) Nacionalidad común de ambos cónyuges o en el caso de Reino Unido y de Irlanda “domicile” de ambos cónyuges en dichos países.**

En este foro es conveniente destacar que no se tiene en cuenta la residencia habitual de los cónyuges, sin embargo sí que es importante que esa nacionalidad común siga existiendo en el momento de la presentación de la demanda. Los problemas pueden surgir en tanto que uno o los dos cónyuges ostenten varias nacionalidades; para ello se prevén jurisprudencialmente varias soluciones.

En primer lugar es importante tener en cuenta que son los propios estados miembros, los que establecen los términos para la atribución de su nacionalidad y el reglamento R. 2201/2003 no puede ni debe entrar a valorar qué nacionalidades prevalecen sobre otras en el caso de que se pretenda un divorcio de dos sujetos con varias nacionalidades.

Por ello y a pesar de que el foro tal y como está articulado puede crear *Forum*



*Shopping*<sup>26</sup> en los casos de doble nacionalidad<sup>27</sup>, donde el cónyuge que primero presente la demanda puede fijar el desarrollo del litigio en el país que quiera (y del cual ostente la nacionalidad), el principio de litispendencia internacional evita que existan dos tribunales que conozcan el caso al mismo tiempo.

### **3.2 FOROS DE COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN INTERNA Y CONTROL DE COMPETENCIA**

En el ámbito de la crisis matrimoniales, la norma de competencia judicial internacional más importante, es el analizado Reglamento 2201/2003, Bruselas II-bis, sin embargo en nuestro derecho interno, la competencia judicial internacional, está regulada en la LOPJ.

Aunque su aplicación sea de carácter residual no debemos olvidar que la LOPJ se utiliza de manera subsidiaria en defecto del R. 2201/2003 o en caso de que existan

---

<sup>26</sup> En los supuestos de cónyuges con doble nacionalidad de dos Estados miembros de la UE, serán competentes conforme al Reglamento CE 2201/2003, los Tribunales de ambos Estados, pudiendo elegirse aquél de los dos ante el que se sustanciará el litigio, de esta manera la STJUE de 16 de Julio 2009, asunto C-168/08 *Laszlo Hadadi*, establece claramente lo siguiente: "Por consiguiente, en el supuesto de doble nacionalidad común, el tribunal que conoce del asunto no puede pasar por alto el hecho de que los interesados posean la nacionalidad de otro Estado miembro, tratando de este modo a personas que tienen una doble nacionalidad común como si tuvieran únicamente la nacionalidad del Estado miembro al que pertenece dicho tribunal. En efecto, lo anterior tendría como consecuencia impedir que esas personas, en el marco de la norma transitoria de reconocimiento recogida en el artículo 64, apartado 4, del Reglamento nº 2201/2003, pudieran invocar ante un tribunal del Estado miembro requerido el artículo 3, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento a fin de determinar la competencia de los tribunales de otro Estado miembro, a pesar de que tales personas posean la nacionalidad de este último Estado. Por el contrario, en el marco del citado artículo 64, apartado 4, en el supuesto de que los cónyuges posean a la vez la nacionalidad del Estado miembro al que pertenezca el juez que conoce del asunto y la nacionalidad común de otro Estado miembro, dicho juez deberá tener en cuenta el hecho de que cabría haber sometido legalmente el asunto ante los tribunales de ese otro Estado miembro, en virtud del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 2201/2003, debido a la circunstancia de que los interesados poseen la nacionalidad de este último Estado. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que, cuando el tribunal del Estado miembro requerido deba verificar, en aplicación del artículo 64, apartado 4, del Reglamento nº 2201/2003, si el tribunal del Estado miembro de origen de una resolución judicial habría sido competente en virtud del artículo 3, apartado 1, letra b), del mismo Reglamento, esta última disposición se opone a que el tribunal del Estado miembro requerido considere que son nacionales únicamente del Estado miembro requerido unos cónyuges que poseen ambos tanto la nacionalidad de dicho Estado como la nacionalidad del Estado miembro de origen. Dicho tribunal deberá, por el contrario, tener en cuenta el hecho de que los cónyuges poseen igualmente la nacionalidad del Estado miembro de origen y que, por lo tanto, los tribunales de este último podrían haber sido competentes para conocer del litigio. [...]"

<sup>27</sup> MAESTRE CASAS, P.: "Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales (notas a la STJUE de 16 de julio 2009, Hadadi, As. C-168/08)". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm 2, 2010, p. 295.

remisiones a la misma, para determinar la competencia judicial internacional. En concreto la LOPJ solo se aplicará en caso de que ninguno de los tribunales de los Estados Miembros puedan ser competentes para dirimir la cuestión, con arreglo al propio R. 2201/2003 (art.7).

Respecto a la verificación de oficio de la falta de competencia judicial internacional, debemos acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>28</sup>, en sus artículos 36, 38 y 39, en los que se establece que solo en una serie de casos tasados<sup>29</sup> será verificada tal competencia de oficio ya que en los demás casos será el demandado el cual mediante el escrito de declinatoria deba argüir los motivos por los cuales no existe la competencia internacional atribuida.

Las reglas de competencia judicial internacional se encuentran entre los artículos 22 a 22 nonies y tienen un ámbito de aplicación reducido, ya que en muchos de los casos y tras la reforma del año 2015<sup>30</sup>, se limitan a reproducir la solución europea<sup>31</sup>. El artículo 22 LOPJ está compuesto por nueve sub-artículos, en los que se desarrollan los foros exclusivos, los foros generales donde se incluye la sumisión expresa o tácita, el domicilio del demandado, los foros especiales por razón de materia y por último la adopción de medidas cautelares o provisionales, añadiendo una remisión a la ley concursal, desarrollando una regla sobre el control de la competencia y una norma en materia de litispendencia y conexidad.

---

<sup>28</sup> *Vid.* Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil *BOE* núm. 7, 08-I-2000.

<sup>29</sup> El artículo 36 de la LEC 2000 establece claramente que los tribunales españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando: Se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de los sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución. Cuando exista una atribución expresa en virtud de tratado internacional a otra jurisdicción o cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en los que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes.

<sup>30</sup> *Vid.* Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *BOE* núm 239, 6-X-2015.

<sup>31</sup> Art 22. quater c) LOPJ: Los tribunales españoles serán competentes: En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, 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.

### 3.3 LITISPENDENCIA INTERNACIONAL

Regulada en el artículo 19 del R. 2201/2003, es una cuestión de vital importancia ya que debido a la cantidad de foros de competencia existentes, los problemas de litispendencia son frecuentes.

El R.2201/2003 regula esta cuestión dentro del territorio comunitario (litispendencia intra-europea) sin embargo y como novedad también es necesario hacer referencia a la nueva Ley de cooperación jurídica internacional<sup>32</sup>, que viene a solucionar las cuestiones de litispendencia extra-europea o con terceros estados cuando los reglamentos europeos no son aplicables.

El R. 2201/2003 hace referencia a la regla *prior in tempore, potior in iure* (primero en el tiempo, mejor en el derecho). En virtud de dicha regla, aquel juez ante el que se interpone la demanda en segundo lugar, deberá de oficio suspender el procedimiento, de manera que si el tribunal que ha conocido antes del litigio se declara competente, el segundo se inhibirá a favor del primero. La apreciación de competencia es relevante por cuanto si el primer tribunal se declara incompetente el proceso se reanudará ante el segundo tribunal.

Es necesario aclarar que en el reglamento estudiado, se regulan también las cuestiones de competencia también respecto de la nulidad y la separación, y por ello la jurisprudencia ha aclarado al respecto que en caso de existir acciones dependientes (demandas de divorcio y nulidad), también se aplicarán las reglas de la litispendencia ordinaria.<sup>33</sup>

Respecto de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, será aplicada en caso de que los Reglamentos Comunitarios puedan hacerlo. Dicha ley, en vigor desde el veinte de agosto de 2015, regula la litispendencia internacional en su artículo 39<sup>34</sup>, el cual

---

<sup>32</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil *BOE* núm. 182, 31-VII-2015.

<sup>33</sup> *Vid.* AAP Girona núm 782/2009 de 30 julio, que desestima un recurso de apelación en el que se alega la inexistencia de litispendencia en relación con una demanda de separación presentada en Italia y otra de divorcio presentada en España. El Auto afirma con rotundidad la existencia de la misma en base a la dependencia de las acciones ejercitadas. El ponente aclara que aunque los efectos jurídicos de la separación y el divorcio sean distintos, no se debe olvidar que en ambos procedimientos se solicita lo mismo, en este caso la regulación de medidas respecto de sus hijos, con lo cual si se permitiera que el mismo procedimiento lo conocieran dos tribunales de dos países distintos, las resoluciones podrían resultar contradictorias e imposibles de ejecutar.

<sup>34</sup> *Vid.* Art. 39 Ley 29/2015.

también establece la regla temporal a la que hace referencia el R. 2201/2003. No obstante lo anterior, la litispendencia opera de manera distinta, ya que la suspensión del procedimiento se produce a instancia de parte y no de oficio como lo establece el R.2201/2003, además la admisión de la litispendencia es potestativa y no obligatoria, por lo cual la suspensión del proceso se podrá producir pero no hay obligación a ello.

#### **4. NORMATIVA INTERNA**

Como se ha venido adelantando a lo largo del análisis del R.2201/2003, existe una aplicación subsidiaria y residual de la normativa interna española a los casos en los que existe un conflicto de competencia respecto de la crisis matrimoniales. Las dos normas internas más importantes para la determinación de la competencia judicial, son la LOPJ, la cual dispone los foros de competencia aplicables y la LEC que viene a determinar el tribunal territorialmente competente para conocer del litigio.

El R.2201/2003 establece que solo podrán aplicarse los foros de competencia recogidos en la normativa interna de los Estados miembros en caso de que según el mismo Reglamento, ningún tribunal de ningún Estado miembro sea competente, de esta manera el ámbito de aplicación de los foros recogidos en la LOPJ, se ve muy limitado.

En caso de que la competencia judicial internacional sea atribuida al Estado Español (bien a través del R.2201/2003 o de la LOPJ) y para determinar el tribunal territorialmente competente, se atenderá a lo dispuesto por la LEC en su artículo 50.<sup>35</sup>

#### **5. EJECUCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS**

Las resoluciones de divorcio, separación y nulidad, son susceptibles de ser reconocidas a través del R.2201/2003 atendiendo en primer lugar al criterio de la

---

<sup>35</sup> Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio. Quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor. Los empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrán ser demandados en el lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor.

procedencia de la resolución. En este sentido, los sistemas de reconocimiento del reglamento operan en tanto las resoluciones que se pretendan ejecutar, se hayan dictado en el seno de un órgano judicial de un país miembro, independientemente de la nacionalidad de los demandantes y demandados.

En relación a los órganos judiciales, hay que precisar que se entienden como tales aquellos competentes en la materia en cualquier país miembro, no cabría la ejecución de resoluciones dictadas por órganos manifiestamente incompetentes. De igual manera solamente serán reconocidas aquellas resoluciones positivas de divorcio, separación o nulidad, como hemos expuesto con anterioridad y en concreto aquellas dictadas en virtud de la relajación del vínculo matrimonial.

La intención del Reglamento es la de facilitar y poder acudir a un reconocimiento automático sin necesidad de exequátur. Además, intenta ampliar el número de resoluciones susceptibles de reconocimiento (ya que hay muy pocos motivos para la denegación del mismo).

Éste reconocimiento de carácter automático y sin procedimiento especial alguno, implica que las resoluciones puedan invocarse ante órganos judiciales o registros públicos, pero esto no significa que no existan controles de idoneidad de las resoluciones para que puedan ser reconocidas. Serán las autoridades ante las que se pretende el reconocimiento de las resoluciones, las que de oficio controlen una serie de condiciones<sup>36</sup> que han de guardar las mismas y por ello, dicho control tiene un valor relativo, puesto que solo tiene efectos ante el órgano que se plantea; además también será provisional en tanto que no se reconozca la resolución a través del procedimiento especial que especifica el reglamento.

---

<sup>36</sup> El reconocimiento automático registral que desarrolla el R. 2201/2003 incluye unas condiciones reducidas las cuales debe cumplir la resolución. En virtud del artículo 37 del texto legal, se deberán presentar los documentos exigidos, estos son el certificado del artículo 39, copia de resolución que reúna los requisitos para determinar su autenticidad; si se tratara de una resolución dictada en rebeldía, el documento que acredite la entrega o notificación o cualquier documento que demuestre que el demandado ha aceptado la resolución y un documento que dé prueba de que la resolución no puede recurrirse. No se exigirá legalización o traducción, sólo si así lo pide el Juez. Por otro lado si lo que se pretende con la resolución extranjera es su invocación a título incidental, se prevé otro procedimiento, y aunque no sea el exequátur si se deben cumplir una serie de condiciones que son las mismas que las exigidas en el procedimiento especial (o exequátur) previsto en el Reglamento (art. 22). Es el caso cuando la resolución se invoca como excepción de cosa juzgada en un proceso sobre el mismo objeto, o cuando el tribunal ante el que se invoca esté conociendo de otro asunto e interese el reconocimiento a efectos del fallo.

La relatividad de dicho control se deriva principalmente de su automaticidad, ya que para este procedimiento no está previsto el control de todas las condiciones exigidas para el procedimiento especial<sup>37</sup>. Esta fragilidad implica que la eficacia de las inscripciones sean temporales ya que cabe su oposición.

Por lo anterior, si la pretensión de aquel que insta el reconocimiento es que el valor del reconocimiento sea general en el Estado requerido, se debe acudir al procedimiento especial incluido en el R. 2201/2003, en las secciones 2 y 3. Las condiciones para el reconocimiento tanto a título principal como incidental a través del procedimiento especial son aquellas detalladas en el artículo 22 del texto legal.

Respecto de la denegación del reconocimiento de resoluciones cabe hacer varias precisiones. En primer lugar, existe una prohibición expresa a no reconocer la resolución por diferencias en el derecho aplicado por el tribunal de origen, es decir que la resolución se funda en hechos por los que el Estado requerido no autoriza el divorcio, separación o nulidad. Además, una vez se reconoce la resolución, el estado requerido no puede impedir que los ex cónyuges celebren un nuevo matrimonio, aunque la ley nacional lo impidiera<sup>38</sup>. Sí que se denegará el reconocimiento por los motivos expresados en el artículo 22 del Reglamento: Que la resolución sea manifiestamente contraria al orden público, dictada en rebeldía del demandado (si no se le hubiere notificado de forma y en tiempo suficiente para organizar su defensa), inconciliable con otra dictada entre las mismas partes en el Estado requerido, sea cual sea la fecha, anterior o posterior a la misma, o, inconciliable con otra entre las mismas partes, dictada con anterioridad en un Estado miembro o no miembro, cuando la primera reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el foro. Estamos en este último caso ante dos resoluciones, ninguna del Estado requerido, y se atiende a la prioridad en el tiempo, bien provengan ambas resoluciones de países miembros, bien cuando solamente una (la que se trata de reconocer), sea de un país de la UE, la otra de un Estado tercero.

---

<sup>37</sup> Las cuestiones de orden público e inconciabilidad de resoluciones son dos de las condiciones que no se aprecian de oficio por la autoridad competente para el reconocimiento.

<sup>38</sup> El R. 2201/2003 prohíbe además la revisión del fondo de las resoluciones extranjeras; tampoco permite la comprobación de competencia del tribunal que dicta la resolución (artículos 24 y 26).

### **III. LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO: EL REGLAMENTO ROMA III**

#### **1. CONSIDERACIONES PREVIAS**

El R. 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada entre 16 países de la UE (Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Grecia, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Lituania.) tiene como objetivo dotar de seguridad jurídica a los cónyuges que deciden disolver su vínculo matrimonial, permitiendo que estos sepan exactamente qué ley es la que se les aplicará a su divorcio.

De la misma manera el Reglamento intenta poner fin al *fórum shopping*, permitiendo a nacionales extracomunitarios la sustitución de su ley nacional por la de su residencia.

#### **2. ASPECTOS GENERALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN**

El artículo primero del Reglamento determina el ámbito de aplicación material del mismo. En primer lugar es necesario puntualizar que como el R. 2201/2003, el R. 1259/2010 se circunscribe a los conflictos de leyes en torno a la disolución y relajación del vínculo matrimonial<sup>39</sup>, esto es al divorcio y la separación, no aplicándose a la nulidad matrimonial.

Para lograr comprender el R. 1259/2010 es necesario valorar a lo que se refiere cuando hace alusión a la relajación del vínculo matrimonial. En este sentido la noción que se tiene de matrimonio en relación con el Reglamento es: “toda relación jurídica formal y estable entre particulares, creada bajo un procedimiento legal específico”<sup>40</sup>. Por tanto resulta irrelevante la naturaleza de la relación o que no sea reconocida como matrimonio en el Estado miembro ante cuya jurisdicción se solicite el divorcio.<sup>41</sup>

Es también necesario destacar que el Reglamento es aplicable a aquellos litigios en los que exista el elemento de internacionalidad, es decir el conflicto de leyes. Para

---

<sup>39</sup> Considerando (10.II) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

<sup>41</sup> *Vid.* Art. 13 R. 1259/2010, el cual establece que aquellas legislaciones que no reconozcan el divorcio podrán abstenerse de pronunciarse al respecto.

determinar tal internacionalidad, es necesario que existan elementos objetivos tales como la residencia habitual o la nacionalidad.

El R.1259/2010 es tan solo aplicable a divorcios y separaciones matrimoniales de carácter civil, no se aplica a matrimonios religiosos, tampoco a la nulidad o anulación del matrimonio, disolución de parejas de hecho o uniones para-matrimoniales, la separación de hecho y los efectos jurídicos de la declaración de divorcio.

Respecto del ámbito de aplicación espacial del R. 1259/2010, tenemos que tener en cuenta el mecanismo de cooperación reforzada que motivó su elaboración. En este sentido el Reglamento solo es aplicable a los países descritos con anterioridad, sin embargo sí que posee carácter *erga omnes*, es decir que trasciende de los límites de los Estados miembros participantes<sup>42</sup>. Éste carácter *erga omnes* se advierte por un lado de que se aplica independientemente de la nacionalidad de los cónyuges y por otro ya que su aplicación puede derivar en la designación de una ley extracomunitaria para la disolución del matrimonio. En cuanto al ámbito temporal de aplicación, el Reglamento no establece retroactividad en su aplicación y entra en vigor el 30 de diciembre de 2010, siendo aplicable desde el 21 de junio de 2012.

### 3. EL *FORUM SHOPPING*

Para evitar el *forum shopping* es uno de los objetivos principales del R.1529/2010. El *forum shopping* es un concepto autónomo del Derecho Internacional privado que consiste en el inicio de una acción judicial de manera interesada y dirigida a que sea resuelta a través de la aplicación de una ley determinada<sup>43</sup>. Quien interpone la demanda intenta elegir el foro que debe conocer el litigio, no en torno a un criterio razonable, sino interesado en que las normas que se apliquen en ese tribunal sobre conflictos de leyes, le beneficien de alguna manera.

Este intento por evitar el fenómeno del *forum shopping* tiene su origen en la elaboración de un Reglamento que vincula a un número determinado de países y que sirve

---

<sup>42</sup> Vid. ABARCA JUNCO, P., “Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III”. En J. FORNER I DELAYGUA; C. GONZÁLEZ BEILFUSS; R. VIÑAS FARRÉ (Coords.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013, p. 48. Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. “La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7193, 2012, pp. 3-4.

<sup>43</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm 1, 2009, p. 47.



de instrumento para determinar la Ley aplicable en todos ellos y que dota de certeza a los demandantes y demandados ya que la misma se determinará a través de las normas de conflicto del mismo Reglamento.

Esta unificación conflictual era necesaria<sup>44</sup> puesto que antes de la promulgación de este Reglamento y debido a la gran cantidad de foros recogidos en el R. 2201/2003, los casos de *fórum shopping* y *fórum running (race to the courthouse)*, eran numerosos. Existía una gran diversidad de legislaciones internas<sup>45</sup> en virtud de las cuales se atribuían leyes distintas para la resolución de litigios causando esto una grave inseguridad jurídica.

#### **4. PUNTOS DE CONEXIÓN: LA DETERMINACIÓN DE LA LEY REGULADORA DEL DIVORCIO Y SEPARACIÓN**

El R.1259/2010, ha querido dotar de un papel importantísimo a la autonomía de la voluntad de las partes<sup>46</sup>. En este sentido, el Reglamento ofrece la posibilidad a las partes de la elección de la ley aplicable a su separación judicial o divorcio de entre un concreto abanico de leyes, determinadas por unos puntos de conexión. Es la posibilidad de elección de leyes el primer criterio que establece el reglamento para determinar la ley que debe aplicarse al divorcio, siendo este también la principal novedad del Reglamento.

La introducción de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones familiares contribuye no solo a la libre circulación de ciudadanos dentro de la UE que ya saben que pueden pactar la ley que les sea de aplicación estén donde estén, sino que además facilita los divorcios de mutuo acuerdo<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Vid. CAMPUZANO DÍAZ, B. “El reglamento (UE) n. o 1259/2010, 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”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 15(39), 2011, p. 568; DETHLOFF, N., Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe, Intersentia, Amberes, 2003, p. 51; MEEUSEN, J.: “System shopping in European private international law in family matters”, *International family law for the European Union*, Intersentia, Amberes – Oxford, 2007, p. 263.

<sup>45</sup> En el trabajo de la comisión, analizando las distintas leyes aplicables al divorcio antes del reglamento se pueden apreciar la variedad de soluciones que existían al respecto dentro de la misma Unión: Vid. The Commission staff working paper, annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, Brussels, 14.3.2005, COM (2005) 82 final.

<sup>46</sup> Vid. DIAGO DIAGO, M.: “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm 25 2014, p. 62.

<sup>47</sup> Vid. Considerando (15) R. 1259/2010.

#### 4.1 LA ELECCIÓN POR LAS PARTES DE LA LEY APLICABLE

El R 1259/2010, establece en su artículo 5 una serie de opciones entre las que los cónyuges podrán elegir la ley que rija su divorcio<sup>48</sup>. De la redacción del mismo se desprende que la autonomía de la voluntad de las partes, que se presenta como protagonista no es ilimitada en absoluto, es más se limita a ciertas leyes de Estados con los que los cónyuges presentan un vínculo o punto de conexión relevante.

Las distintas leyes elegibles para aplicar a la relajación del vínculo matrimonial en caso de elección, están ideadas para ser cercanas a ambos cónyuges (bajo el paraguas de los principios de proximidad y razonabilidad), de manera que se puedan proteger los intereses de los sujetos implicados. De esta manera se intenta evitar la elección de “leyes exóticas” o poco vinculadas con los cónyuges.

Sin embargo, la elección no está solo sometida a las limitaciones determinadas por los puntos de conexión, también existen una serie de requisitos para que la elección se considere válida.

En cuanto a los requisitos de fondo, solo los cónyuges estarán legitimados para elegir la ley aplicable, por lo cual no cabe que progenitores o terceras personas escojan la ley aplicable al divorcio. Además, la ley elegida debe ser tan solo una, es decir, no cabe la posibilidad de elegir varias leyes a una separación o divorcio determinado ya que esto dañaría el principio de seguridad jurídica.

Es necesario destacar también que para poder elegir la ley aplicable al divorcio, la decisión debe ser tomada antes de la interposición de la demanda, de la misma manera que es imposible pactar una ley aplicable antes de contraer matrimonio (*pactum de lege utenda*). Dentro de estos dos criterios el R. 1250/2010 es flexible en cuanto al momento de elección, ya que podrá estipularse en las mismas capitulaciones matrimoniales, a lo largo de la vida del matrimonio e incluso mutar las veces que los cónyuges consideren necesario. La ley designada debe ser de carácter civil, siendo imposible la elección de una ley o norma de tipo religioso.

En caso de que se produzca un pacto de ley aplicable entre cónyuges, este debe

---

<sup>48</sup> Art. 5.1 R. 1259/2010: 1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: 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 d) La ley del foro”

cumplir también una serie de requisitos de forma. Dicha elección debe realizarse por escrito, mediante la redacción de un convenio de ley aplicable<sup>49</sup>, bien sea en documento público o privado. Además el artículo 7.1 R.1259/2010 puntualiza que la elección además de por escrito debe incluir la fecha del acuerdo y la firma de ambos cónyuges. De lo anterior podemos deducir que nunca cabrá la elección de ley de manera tácita.

Otros requisito indispensable para el pacto de ley aplicable es la valoración previa del acuerdo de elección, esto es la necesidad de que los cónyuges tengan conocimiento de la ley que van a elegir para regir la disolución de su vínculo matrimonial. Los cónyuges deben ser plenamente conscientes de a lo que se obligan. Esta elección informada<sup>50</sup> resulta vital para que los cónyuges sepan de las consecuencias jurídicas y económicas que la elección de una u otra ley les va a acarrear.

#### **4.2 LA AUSENCIA DE ELECCIÓN DE LEY POR LAS PARTES: LOS PUNTOS DE CONEXIÓN**

El R.1259/2010 dota de gran importancia a la elección de las partes a la hora de determinar elegir la ley aplicable sin embargo no es ajeno a la realidad de las crisis matrimoniales y por lo anterior el legislador ha querido configurar diversos criterios conflictuales para aquellas disoluciones contenciosas en las que los cónyuges no se pongan de acuerdo respecto de la ley aplicable a su litigio.

Por ello, en aquellas situaciones en las que los cónyuges no hayan acordado la ley aplicable (o el pacto no fuera válido) por no reunir los requisitos antes expuestos y para evitar los abusos de un cónyuge sobre otro, el R. 1259/2010 propone en su artículo 8 una norma de conflicto compuesta por varios puntos de conexión determinados en virtud principio de proximidad y razonabilidad.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Arts. 5.2 “(...) el convenio por el que se designe la ley aplicable (...)” y 6.1 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) “la existencia y la validez de un convenio de elección de la ley aplicable y de sus cláusulas (...)”

<sup>50</sup> *Vid.* SILLERO CROVETTO, B.: “Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III”, *Paper presented at the Diversidad Cultural*, Género y Derecho, 2014, p. 463.

<sup>51</sup> Según lo dispuesto en el art. 8 R. 1259/2010: “A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a 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

Dicha norma de conflicto tiene carácter jerárquico, esto es que la escalera de puntos de conexión se aplican en manera de cascada, siendo el de ley de la residencia habitual el más importante, pudiendo los cónyuges prever la ley aplicable y evitando el fórum shopping.

El legislador europeo ha tratado mediante los puntos de conexión establecidos en la norma de conflicto determinar la ley aplicable en virtud de la estrecha vinculación de los cónyuges y la ley que se trate. Esto quiere decir, en virtud del principio de proximidad o centro de gravedad de la relación jurídica, apostando por la previsibilidad y la seguridad jurídica.

Además, el R. 1259/2020 tiene como objetivo la reducción de los costes de litigación de los cónyuges, a través de la autonomía de la voluntad en primer lugar pero también en su relación de puntos de conexión, ya que el principio de proximidad hace que los cónyuges puedan conocer la ley atribuida por la norma de conflicto, reduciendo los costes que les acarrearán el divorcio o separación judicial.

#### **a) Residencia habitual común en el momento de la interposición de la demanda**

La residencia habitual común<sup>52</sup> es el primer punto de conexión que establece el R. 1259/2010, estableciendo la prevalencia de la “conexión social” frente a la “conexión cultural”<sup>53</sup>. El problema que surge en torno a este punto de conexión es análogo al del R. 2201/2003 y tiene que ver con la delimitación conceptual de la residencia habitual. Como ocurre con el Reglamento referido, dicha delimitación debe configurarse jurisprudencialmente, y esta adquiere el mismo significado que para el R. 2201/2003 que ya hemos expuesto: “Por residencia habitual debe entenderse el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses, siendo este un criterio autónomo del Reglamento que no coincide necesariamente con el concepto de residencia legal.”

El punto de conexión de la residencia habitual como ya hemos expuesto responde

---

la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”.

<sup>52</sup> En relación con la determinación de la ley aplicable en función del punto de conexión de la residencia habitual. Vid. SAP Asturias, núm 40/2015 de 2 de febrero.

<sup>53</sup> FRANZINA, P.: “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm 3, 2011 p. 115.

a la reducción de costes conflictuales para los cónyuges, además de ser una ley previsible y de estrecho vínculo con el matrimonio. A mayor proximidad, mayor beneficio para los cónyuges. Este punto de conexión además responde a las necesidades de movilidad social actuales.

### **b) Última residencia habitual común**

El segundo punto de conexión que el Reglamento dispone en defecto la ley de la residencia habitual, es aquella del Estado de la última residencia habitual común de los cónyuges siempre y cuando uno de ellos, sin haber pasado más de un año desde que aquel Estado ya no fuera residencia de ambos, aún resida allí.

La intención del legislador con esta opción es la de compensar la volubilidad y el carácter dinámico de la residencia habitual ya que se exige por un lado que no haya pasado un año desde que la residencia habitual dejara de serlo y que uno de los cónyuges siga residiendo en dicho Estado (evitando la manipulación del punto de conexión).

El sentido de este foro tiene que ver con el alto grado de vinculación de la ley con la situación matrimonial, ya que lo más normal es que los cónyuges tengan su centro social de vida (familiares, bienes, trabajos...) allí donde residieron. También y como sucede con el punto de conexión anterior, la ley es predecible y además imparcial ya que no se favorece a ninguno de los dos cónyuges, siendo la vinculación de ambos similar.

El legislador europeo ha querido mediante la utilización (de nuevo) del criterio de la residencia habitual como punto de conexión subsidiario, que la ley atribuida para la disolución de matrimonio guarde un vínculo estrecho con los cónyuges, de nuevo en virtud del principio de proximidad.

### **c) Nacionalidad (común) de ambos cónyuges**

En tercer lugar, el legislador decide introducir la nacionalidad como punto de conexión entre el litigio y los cónyuges, estableciendo que se aplicará la ley nacional de ambos, en caso de que esta sea común. Es necesario hacer referencia a la diferencia que existe respecto del artículo 5 del Reglamento, donde se permitía elegir como ley aplicable la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges; en éste caso, la nacionalidad ha de ser común.

Así como en los casos anteriores, este punto de conexión presenta ventajas de

estabilidad, no discriminación (al ser una nacionalidad común), y previsibilidad, ya que la nacionalidad no es tan sencilla de cambiar para los cónyuges, en contraposición con otros puntos de conexión que son más fáciles de modificar. El carácter legal de la nacionalidad, hace también que sea sencillo determinar el punto de conexión.

Como hemos explicado con anterioridad en relación con el R. 2201/2003, la complicación puede surgir en torno a los cónyuges que ostenten doble nacionalidad,<sup>54</sup> sin embargo el R. 1259/2010 determina en su considerando 22, que cuando se hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a los efectos de aplicación de una ley determinada, en caso de nacionalidad múltiple, debe regirse por la legislación interna. En el caso de España, deberemos acudir a las normas contenidas en los artículos 9.9 y 9.10 CC . Tiene sentido la remisión a lo dispuesto en el derecho interno ya que la nacionalidad tiene un componente de expresión cultural y social.<sup>55</sup>

De cualquier manera y como se puede deducir del orden de prelación de los puntos de conexión, el legislador europeo ha incorporado el criterio de la nacionalidad subsidiariamente al de residencia habitual, probablemente en aras de evitar las discriminaciones por razón de nacionalidad.

#### **d) *Lex fori***

Por último, el artículo 8 del R.1259/2010, hace referencia en cuarto y último lugar a la ley del Estado antes cuyos órganos jurisdiccionales se haya interpuesto la demanda, esto es la ley del foro o *lex fori*.

Éste último punto de conexión es una cláusula de cierre, ya que se aplicará siempre como última opción y en caso de que los cónyuges no hayan tenido residencia habitual común o no la conservaran por lo menos durante el transcurso del año antes de la interposición de la demanda y que no ostenten la misma nacionalidad. La aplicación de la *lex fori*, esto es la ley de los tribunales que conocen el asunto, es la última opción como especifica el artículo 5 del Reglamento: “a falta de una elección según lo establecido en el art. 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado (...)d) ante

---

<sup>54</sup> Vid. STJUE de 16 de Julio 2009 , asunto C-168/08 *Laszlo Hadadi*

<sup>55</sup> Ya han sido varios los pronunciamientos del TJUE en los que se reconoce la idoneidad de los Estados miembros para decidir en materias de conflicto relacionadas con dobles nacionalidades. Vid. STJUE de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02; STJUE de 7 de julio de 1992, asunto 369/90, Micheletti; STJUE de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, Grunkin y Paul.

cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda” (siempre en defecto de lo establecido en los puntos a, b y c del mismo art. 8 R. 1259/2010).<sup>56</sup> Es conveniente resaltar que los Estados miembros que no participan en la cooperación reforzada del R. 1259/2010, también han acogido la solución de la ley del foro, para evitar la aplicación de una ley extranjera en los supuestos de divorcio o separación.

## **5. SUPUESTOS DE NO APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONFLICTO.**

En virtud de las notorias diferencias que existen entre las distintas legislaciones de los Estados miembros que suscriben el R. 1259/2010, se prevén una serie de mecanismos a través de los cuales se pretende dar salida a los conflictos que puedan surgir a la hora de aplicar la norma de conflicto, estableciendo unos límites de aplicación de la ley extranjera. Estos mecanismos facultan a los jueces encargados de las separaciones o divorcios a sustituir o desplazar a la ley extranjera por la ley del foro.

El Reglamento, permite la aplicación de la ley del foro cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no lo conceda a cualquiera de los cónyuges, por motivos de sexo e igualdad de acceso al mismo.<sup>57</sup>

De la redacción del artículo podemos distinguir dos supuestos claros, por un lado, que la ley sustantiva aplicable no prevé el divorcio y por otro que en virtud de la ley aplicable no se conceda a alguno de los cónyuges el acceso al divorcio atendiendo a motivos discriminatorios.

El primero de los casos hace alusión a la falta de normativa al respecto, se trata de una norma de carácter *pro divortii*, orientada a permitir que los cónyuges que deseen divorciarse y volverse a casar, así puedan hacerlo, por ello se habla de una cláusula de rechazo de plano de la ley extranjera, ya que habrá obligatoriamente que aplicar la ley del foro. La cláusula fue ideada en relación con Malta, país que por aquel entonces no contemplaba la posibilidad del divorcio. Hoy en día sin embargo no tiene demasiada razón de ser ya que la totalidad de los Estados miembros suscriptores del Reglamento tienen regulado el divorcio. Es necesario poner de manifiesto que la cláusula de rechazo, opera de igual manera en caso de que la ley designada a la disolución sea

---

<sup>56</sup> Vid. Art. 8.d R. 1259/2010

<sup>57</sup> Vid. Art. 10.d R. 1259/2010

extracomunitaria<sup>58</sup>, así mismo ocurre en caso de que la ley contemple tan solo la separación. En el mismo sentido se entiende que el país que no tenga regulado determinados tipos de matrimonio civil ( por ejemplo el matrimonio homosexual) tampoco podrá regular la disolución del mismo, por lo que el juez deberá aplicar la cláusula de rechazo, sin embargo la doctrina ha desarrollado mecanismos para el tratamiento conflictual de estas cuestiones previas.<sup>59</sup>

Respecto del segundo supuesto y en relación con el rechazo de plano de la ley que establezca una regulación discriminatoria de acceso al divorcio, es necesario resaltar que como de la redacción literal del artículo se desprende, tan solo opera en caso de discriminación por razón de sexo. La principal diferencia entre esta cláusula y el mecanismo de orden público internacional tiene que ver con que no es necesario que la aplicación de la ley perjudique el orden público español, tan solo es necesario el presupuesto de discriminación por razón de sexo. En estos casos será el cónyuge<sup>60</sup> que alegue el rechazo el que deba probar la efectiva discriminación por razón de sexo.

En el R.1259/2010, como en la mayoría de las normas comunitarias se incluye una cláusula de orden público internacional<sup>61</sup>, que de manera excepcional dispone la posibilidad de la exclusión de la ley designada por el Reglamento en caso de que la aplicación de la misma sea contraria al orden público del foro.

Esta cláusula de orden público internacional debe ser aplicada excepcionalmente<sup>62</sup> al funcionamiento ordinario de la norma de conflicto, por ser contraria a la legislación de los tribunales que están conociendo el asunto, es decir la *lex fori*, pero no solo desde una perspectiva de diferencias sustantivas entre leyes sino desde la interpretación del orden público como aquel que garantiza la convivencia y cohesión jurídica de una nación

---

<sup>58</sup> Vid. SAP Barcelona núm 274/2013 de 17 de abril, en la que se aplica el artículo 107.2 CC en un divorcio entre filipinos, al no recoger la ley de dicho país la posibilidad del divorcio.

<sup>59</sup> Vid. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “La cuestión previa de la existencia de matrimonio en el proceso de divorcio con elemento extranjero.” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 5, 2013, p. 164.

<sup>60</sup> Vid. SAP Barcelona núm 580/2013 de 24 de julio. Aunque al momento de la presentación de la demanda no fuera de aplicación el R. 1259/2010, en esta sentencia se hace alusión al mecanismo de rechazo de la ley discriminatoria que en ese momento era de aplicación en relación con el artículo 107.2, párrafo. 2º c) CC. Cabe mencionar que la cláusula prevista en el Reglamento, toma el nombre de la “cláusula española” al haberse inspirado en la normativa interna de nuestro país utilizada para evitar la aplicación de leyes discriminatorias.

<sup>61</sup> Vid. Art. 12 R. 1259/2010

<sup>62</sup> Vid. SAP Cáceres núm 279/2012 de 23 de mayo; SAP Barcelona núm 771/2003 de 7 de julio. Es necesaria una suficiente fundamentación para la activación de la cláusula de orden público internacional, siendo esta de carácter restrictivo.



(contenido en contraposición a aplicación de las leyes) ; protegiendo los valores fundamentales del Estado del foro. El R. 1259/2010, incluye dicha posibilidad de exclusión en tanto que concurren circunstancias extraordinarias y manifiestas, en aras de proteger los valores antes referidos. A pesar de lo anterior y para la incertidumbre de los órganos jurisdiccionales, el Reglamento no especifica cuál ha de ser el mecanismo que determinará la nueva ley aplicable

#### **IV. LEY APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL: EL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL**

Como hemos expuesto con anterioridad R. 1259/2010 no determina la Ley aplicable a la nulidad matrimonial, interpretando a sensu contrario el ámbito de aplicación material de su artículo 1. Debido a ello la determinación de la ley aplicable en relación con la nulidad matrimonial deberá ser fijada con arreglo a las normas de conflicto internas.

Dicha exclusión dentro del ámbito de aplicación del Reglamento atiende a tres motivos principales<sup>63</sup>. En primer lugar, en la elaboración de la norma, se entendió que la nulidad matrimonial, no constituía realmente una relajación del vínculo y no tenía nada que ver con las crisis matrimoniales. Tanto el divorcio como la separación judicial requieren de la existencia de un matrimonio preexistente, por el contrario, la nulidad tiene su base jurídica en la falta de dicho vínculo y por lo cual no constituye parte del ámbito de aplicación del Reglamento.

Por otro lado, y en aras de introducir la autonomía de la voluntad como novedad y parte importante a la hora de determinar la ley aplicable al conflicto, incluir la nulidad hubiera supuesto reconocer la arbitrariedad en cuanto a la validez del matrimonio, por ello se determinó que la ley que regulara la nulidad debía ser la misma que regulara su validez.

Por último, en algunos de los países que participaron en la redacción del Reglamento no existía el concepto de nulidad matrimonial y por ello hubiera sido muy compleja su introducción en el Reglamento.

---

<sup>63</sup> Vid. GUZMÁN ZAPATER, M.: “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: A propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III”, *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum*, Valencia, 2012, p. 522.

En el derecho interno español, la norma que regula la ley aplicable a la nulidad matrimonial es aquella contenida en el artículo 107 CC. En relación con los motivos de la no inclusión de la nulidad matrimonial dentro del ámbito de competencia material del Reglamento, el art. 107.1 CC establece que la nulidad el matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración. Del mismo modo que el legislador europeo, el Código Civil español considera que debe ser la ley reguladora de la nulidad la misma que regula su presunta validez.<sup>64</sup>

En relación con lo anterior los jueces españoles deberán pronunciarse en relación con la nulidad de acuerdo con las leyes reguladoras que determinan, tanto la capacidad matrimonial y consentimiento matrimonial (9.1CC) así como la ley aplicable a la forma (49 y 50 CC).

---

<sup>64</sup> *Vid.* SAP Guadalajara núm 22/2012 de 19 de enero; SAP Tenerife núm 375/2009 de 14 de septiembre.

## 5. CONCLUSIONES

1. En nuestro país, hemos vivido varios períodos determinantes en materia de flujos migratorios, encontrando un amplio balance positivo a principios de siglo, debido a una situación de esplendor económico transitoria que vivimos durante esa época. Ello derivó en que España fuera un destino favorito para inmigrantes de muchos países, la mayoría de América Latina pero muchos otros del continente africano pero sobre todo y gracias al proceso de integración territorial de la UE, desde el mismo continente europeo. Estos flujos migratorios produjeron una diversificación cultural y religiosa que tuvo serias implicaciones para la UE, en particular relacionadas con el surgimiento de nuevos modelos de relaciones jurídicas, en las que estaban implicados varios ordenamientos jurídicos. De ahí, al destacado desarrollo normativo en el Derecho Internacional Privado dentro de la UE.

2. En aras de facilitar las soluciones a conflictos jurídicos internacionales de derecho privado en el ámbito de la UE, el legislador europeo ha desarrollado normas de conflicto inspiradas en torno a los principios de seguridad jurídica, previsibilidad y proximidad. Estos principios pretenden garantizar que los reglamentos y normas conflicto resuelvan los litigios de manera justa. La UE intenta a través estos reglamentos, la armonización de las normas internas entre los estados miembros, asegurando que los litigios internacionales no favorezcan a ninguna de las partes implicadas. Además, de esta manera se evitan fenómenos como el *fórum shopping* o *race to the courthouse*.

3. En el ámbito del Derecho de Familia y respecto de la disolución del vínculo matrimonial, la UE ha desarrollado dos reglamentos específicos que regulan por un lado la competencia judicial internacional en materia de separación judicial, nulidad y divorcio (R. 2201/2003) y por otro la ley aplicable a dichos litigios (R.1259/2010), exceptuando la ley aplicable a la nulidad matrimonial que vendrá determinada por las normas internas de cada Estado miembro.

4. El R. 2201/2003, es el instrumento jurídico que regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento de resoluciones dictadas en otros países en litigios relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. En él se incluyen los foros de competencia, concretamente un total de siete, de carácter alternativo y

excluyente, facilitando sin duda las acciones del divorcio que disponen los cónyuges adaptándose a los eventuales cambios de residencia que pudieran tener alguno de los miembros de la parejas. Los foros responden a un criterio de proximidad razonable. Para evitar problemas a la hora de determinar el foro competente el propio reglamento incluye la posibilidad de acudir al derecho interno en caso de que ningún tribunal de un Estado miembro fuera competente. En el caso de España, su demarcación deberá estar sustentado en la LOPJ.

5. El legislador europeo de manera acertada, desarrolla un Reglamento tan flexible y con muchos foros de competencia, facilitando la atribución de la misma y garantizando que en la mayoría de los casos, siempre exista un tribunal cercano que puede conocer del litigio. La contrapartida a tal flexibilidad se advierte a primera vista ya que el Reglamento produce en cierta medida el fenómeno *race to the courthouse*, donde los cónyuges intentarán demandar en primer lugar, allí donde les convenga (debido a la alternatividad de los foros). Este fenómeno se intenta amortiguar a través de las reglas de litispendencia y de la misma redacción de los foros, en los que el legislador europeo se inspira en el principio de proximidad razonable, intentando no perjudicar a ninguna de las partes.

6. El R. 2201/2003 incluye además de las reglas de atribución de competencia en el ámbito de la UE, un sistema de reconocimiento de resoluciones. El reconocimiento se circunscribe a las resoluciones que emanan provengan de un órgano jurisdiccional de un país de la Unión y la intención del Reglamento es la de facilitar tal reconocimiento. Para ello se prevé un reconocimiento de carácter automático que no requiere de procedimiento especial alguno, a través del cual será la autoridad ante la que se invoque la resolución la que comprobará unas condiciones contenidas en el mismo para autorizar su reconocimiento. Este carácter automático del reconocimiento implica que sea también de carácter provisional y relativo, puesto que el otro cónyuge, puede impugnar el reconocimiento de la resolución. La automaticidad en el reconocimiento está limitada por los motivos de denegación, que cumplen la función de salvaguarda ante la llegada de una resolución judicial extranjera. Por otro lado y con mayor número de condiciones exigidas para su reconocimiento existe un el sistema de reconocimiento especial previsto en sus secciones segunda y tercera.

7. El R.1259/2010, de cooperación reforzada, determina la ley aplicable al divorcio y separación judicial, no siendo aplicable a la nulidad matrimonial. Dicho Reglamento está inspirado en los principios de seguridad jurídica, previsibilidad y proximidad en la atribución de la ley aplicable, sin embargo, la gran novedad que introduce es la posibilidad para los cónyuges de elegir la ley aplicable a su divorcio o separación judicial de entre una serie de leyes (autonomía de la voluntad limitada). Ahora bien, el pacto de ley debe reunir una serie de requisitos formales para el otorgamiento del convenio de elección de ley. También contempla el supuesto de ausencia de elección de ley, estableciendo otros puntos de conexión que de manera jerárquica operan para definir la ley aplicable.

8. El R. 1259/2010 establece la residencia habitual de los cónyuges como vértice sobre el cual giran los puntos de conexión, estableciendo por último la conexión de la ley del foro como cláusula de cierre. El punto de conexión de la residencia habitual, responde a la reducción de costes conflictuales para los cónyuges, además de ser una ley previsible y de estrecho vínculo con el matrimonio; por ello, resulta muy acertada a la hora de establecerla como el punto de conexión preferente para la determinación de ley aplicable. El Reglamento también incluye una serie de motivos para el rechazo de leyes; dado su carácter *erga omnes*, pueden resultar de aplicación leyes extracomunitarias. Prevé un mecanismo de sustitución de leyes cuando resulte de aplicación alguna que no contempla el divorcio o separación judicial, tampoco si la ley aplicable resulta discriminatoria por razón de sexo. Por último, el reglamento incluye una cláusula de orden público.

9. En lo que concierne a la nulidad matrimonial, el R.1259/2010 no es de aplicación ya que el legislador europeo estimó que debía ser la ley que rigiera la constitución del vínculo la que también debiera decidir sobre su inexistencia o nulidad. La postura del legislador es discutible, pues tal exclusión responde únicamente a la complejidad para legislar, ya que hay países que siguen sin contemplar la nulidad matrimonial. Debería la UE replantearse completar el Reglamento con disposiciones que homogeneizaran lo relativo a la nulidad en el ámbito de la Unión.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “La cuestión previa de la existencia de matrimonio en el proceso de divorcio con elemento extranjero.” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 5, 2013, pp. 140-208.
- AAVV., *Derecho Internacional privado*, ABARCA JUNCO, P. (Dir.), Ed. Colex, Madrid, 2015.
- ABARCA JUNCO, P.: “*Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III*”. En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013, p. 45-58
- ARENAS GARCÍA, R., *Crisis Matrimoniales internacionales (nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español)*, Santiago de Compostela, USC, 2004, pp. 21-30.
- CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2009, p. 36-71.
- CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, Comares, 13ª ed, 2012.
- CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El reglamento (UE) n. o 1259/2010, 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”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, 2011, pp. 568-587
- CORDERO ÁLVAREZ, C.I.: “Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2006, pp. 215-258.
- DETHLOFF, N.: “Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe”, *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 35-51.
- DIAGO DIAGO, M. P.: “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 66, 2014, pp. 49-79.

- FRANZINA, P.: “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm 3, 2011 pp. 85-129.
- GÓMEZ JENE, M.: “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *La Ley*, núm. 5321, 2010.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho Internacional privado y Derecho de Familia Europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, pp. 117-186.
- GUZMÁN ZAPATER, M.: “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III”. *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea*, Liber Amicorum, Valencia, 2012, pp. 521-536.
- HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Régimen Jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: El Reglamento (UE) 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”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, 2012, pp. 43-66
- LINDE PANIAGUA, E.: “El marco general de intervención de la Unión Europea en el ámbito personal y Familia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, 2012, pp.19-41.
- MAESTRE CASAS, P.: “Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales (notas a la STJUE de 16 de julio 2009, Hadadi, As. C-168/08)”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm 2, 2010, pp. 290-304.
- MEEUSEN, J.: “System shopping in European private international law in family matters”, *International family law for the European Union*, Intersentia, Amberes – Oxford, 2007.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm, 7193, 2012, pp. 1-14.
- PALAO MORENO, G.: *Crisis matrimoniales internacionales: cinco elementos a tomar en cuenta*, en: AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique*

*Lalaguna Domínguez*, Valencia, Universitat de València, 2008, vol. II, pp. 1610-1632.

ROJAS MULLOR, M., “España y los retos de la inmigración”. *Cuadernos de pensamiento político*, 2010, pp. 165-187.

SABIDO RODRIGUEZ, M.: “La nueva regulación del divorcio en la UE. Su proyección en el Derecho Privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 45, 2013. pp. 499-534.

SILLERO CROVETTO, B.: “Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III”, *Paper presented at the Diversidad Cultural, Género y Derecho*, 2014, pp. 451-482.

VAQUERO LÓPEZ, C. “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: Una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el favor divortii”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. XI, 2011, pp. 597-980



## 7. ANEXO JURISPRUDENCIAL

<b>JURISDICCIÓN ESPAÑOLA</b>	<b>REFERENCIA</b>
AAP de Girona núm. 782/2009 de 30 julio	ECLI: ES:APGI:2009:782A
SAP Barcelona núm. 771/2003 de 7 de julio	ECLI: ES:APB:2003:4479
SAP Tenerife núm. 375/2009 de 14 de septiembre	ECLI: ES:APTF:2009:2192
SAP Guadalajara núm. 22/2012 de 19 de enero	ECLI: ES:APG:2012:31
SAP Cáceres núm. 279/2012, de 23 de mayo	ECLI: ES:APCC:2012:403
SAP Barcelona núm. 274/2013 de 17 de abril	ECLI: ES:APB:2013:3131
SAP Madrid núm 512/2013 de 25 de junio	ECLI: ES:APM:2013:11501
SAP Barcelona núm. 580/2013 de 24 de julio	ECLI: ES:APB:2013:7540
SAP Huelva núm. 190/2013 de 21 de octubre	ECLI: ES:APH:2013:1112
SAP Barcelona núm. 866/2013 de 18 de diciembre	ECLI: ES:APB: 2013:14651
SAP Asturias, núm. 40/2015 de 2 de febrero	ECLI: ES:APO:2015:10
SAP Tarragona núm. 440/2015 de 10 de abril	ECLI: ES:APT:2015:440
SAP Castellón núm. 54/2015 de 25 de mayo	ECLI: ES: APCS:2015:527
ATS (Sala de lo civil) de 26 de febrero de 2013, recurso 1766/2012	ECLI: ES:TS:2013:1668A
STS (Sala de lo civil) de 21 de noviembre de 2017, recurso 2202/2016	ECLI: ES:TS:2017:4113
<b>TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE</b>	<b>REFERENCIA</b>
STJUE de 7 de julio de 1992, asunto 369/90, Micheletti	ECLI:EU:C:1992:295
STJUE de 28 de octubre de 1999, asunto C-55/98, Vestergaard	ECLI:EU:C:1999:533
STJUE de 13 de abril de 2000, asunto C-176/96, Lehtonen	ECLI:EU:C:2000:201
STJUE de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98, Baars	ECLI:EU:C:2000:205
STJUE de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello	ECLI:EU:C:2003:539
STJUE de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, Sudelind	ECLI. EU:C:2007:740
STJUE de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, Grunkin y Paul	ECLI:EU:C:2008:559
STJUE 16 de Julio 2009 , asunto C-168/08 Laszlo Hadadi	ECLI EU:C:2009:474