

**EL REGLAMENTO (UE) Nº 1259/2010 DEL CONSEJO DE 20 DE DICIEMBRE
DE 2010 POR EL QUE SE ESTABLECE UNA COOPERACIÓN REFORZADA
EN EL AMBITO DE LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO Y A LA
SEPARACION JUDICIAL**

I.- INTRODUCCION

Cada vez son más usuales las familias transfronterizas, y digo familias, y no me refiero a matrimonios, por que según Eurostat¹ el número de matrimonios ha disminuido en los últimos tiempos y el número de divorcios ha aumentado, aunque quizás pueda ser que esa tendencia también se deba al envejecimiento de la población en Europa. Sin embargo, y dato curioso es que cada vez nacen más niños fuera del matrimonio y aquellos países con un número elevado de nacimientos extramatrimoniales provienen de países con un porcentaje elevado de fertilidad.

En general y ligado a este hecho también ha aumentado en los últimos años el número de divorcios y rupturas de pareja internacionales (Programa Erasmus, etc.), y por tanto las medidas que deben adoptarse tras la ruptura si hay hijos en común.

Asimismo, partimos de la base que no se ha podido materializar de momento y a largo plazo por lo que parece, el denominado proyecto legislativo “Roma III” por falta de unanimidad y de la existencia de dificultades insuperables que hacen imposible en un futuro próximo toda unanimidad, por tanto ha sido necesario recurrir al procedimiento de “cooperación reforzada”.

Los días 28 de julio y 12 de agosto de 2008 y 12 de enero de 2009, catorce Estados miembros: **Malta, Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia,**

¹ Oficina de Estadísticas de la Unión Europea (Eurostat). <http://ec.europa.eu/eurostat/>.

Italia, Luxemburgo, Letonia, Hungría, Austria, Portugal, Rumania y Eslovenia dirigieron una solicitud a la Comisión en la que indicaban que tenían intención de establecer entre ellos una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial. Por tanto el ámbito espacial se refiere a estos países.

Los antecedentes de la cooperación reforzada los encontramos en el Tratado de Ámsterdam que introdujo el método de la cooperación reforzada creando la posibilidad para que un determinado número de países instauren entre ellos una cooperación más estrecha. El Tratado de la Unión Europea en su artículo 20 del TUE introduce el método de la cooperación reforzada en relación con los artículos 326 a 334 del Tratado Fundacional de la Unión Europea. Este mecanismo queda abierto para los otros Estados miembros que deseen adherirse en un futuro. La presente propuesta sigue esa línea para ser realista con la situación real existente.

No existía en la Unión Europea una norma que regulara las normas de conflicto sobre la Ley aplicable a la separación o divorcio pese a la disparidad de legislación sobre la materia en los Estados Miembros.

En los procedimientos matrimoniales de carácter transfronterizo, las notables diferencias entre los distintos Derechos nacionales, en particular por lo que se refiere a las normas de conflicto de leyes, son fuente de una gran inseguridad jurídica. La gran disparidad y complejidad de las normas de conflicto nacionales hacen muy difícil a los matrimonios “internacionales” prever que ley se aplicará a su procedimiento de divorcio o separación judicial.

Por otro lado, los Estados miembros participantes no ofrecen a los cónyuges ninguna posibilidad de elegir la ley aplicable a estos procedimientos, lo que puede llevar a la aplicación de una ley con la que los cónyuges tengan vínculos débiles y a un resultado que no satisfaga sus expectativas legítimas. Ello tampoco fomenta las soluciones amistosas.

Actualmente, la autonomía de las partes en los asuntos matrimoniales es muy limitada. Según el artículo 3 del TEU uno de los objetivos es promover un

espacio de libertad, seguridad y justicia, por tanto la presente propuesta flexibiliza el marco jurídico, ofreciendo a los cónyuges una posibilidad limitada de elegir otra ley que sea aplicable a los procesos de divorcio o separación judicial.

La elección de los cónyuges está circunscrita a las leyes con las que el matrimonio presenta una estrecha vinculación, a fin de evitar la aplicación de leyes poco o nada vinculadas a los cónyuges.

Por último, la propuesta aborda el problema de la “carrera a los tribunales” por parte de uno de los cónyuges, es decir, el caso en el que un cónyuge solicita el divorcio antes que el otro para asegurarse de que el proceso se regirá por una ley dada, que estime más favorable a la protección de sus intereses. Al no existir una norma europea sobre la ley aplicable a la separación o al divorcio cuando una de las partes es extranjera, provoca que el cónyuge que puede permitirse los costes del viaje y los gastos de abogado presente la demanda en el Estado miembro cuya legislación le pueda ser más favorable en perjuicio del demandado y en ocasiones de los hijos comunes. Es lo que se denomina “Forum shopping”. Esto puede conducir a la aplicación de una ley con la que el otro cónyuge no esté estrechamente vinculado, o que no tenga en cuenta sus intereses.

La formulación de normas de conflicto uniformes aplicables a todos los Estados Miembros participantes hace que sea irrelevante donde se presente la demanda de separación o divorcio, es decir ante que Tribunal de dichos estados se interponga la demanda, pues todos aplicarán la misma Ley.

Con la aplicación de este reglamento se da un paso más a la creación de un efectivo espacio de justicia en la Unión Europea, ya que los sistemas en los países de los estados miembros son muy diversos. Hay sistemas basados en el divorcio sanción, en la previa separación de hecho, y otros sin causa como el sueco, finlandés y español desde la Ley 13/2005.

El Reglamento (UE) nº 1259/2010 que se ha venido a llamar Roma III, determina normas de conflicto para establecer la ley aplicable en caso de

separación y divorcio, pero no es aplicable a la demanda de nulidad, ni a la separación de las parejas de hecho.

Entró en vigor el 30/12/2010, y será aplicable a partir del 21/06/2012 y desde esa fecha será inaplicable el artículo 107.2 del Código Civil para determinar la ley aplicable a los divorcios internacionales.

En cuanto a la nulidad, las normas de conflicto españolas siguen siendo los artículos 9.2 y 107.1 del Código Civil que señalan que la nulidad del matrimonio se determinará de conformidad a la ley aplicable a su celebración.

II.- Ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 Roma III.

- a) **Ámbito de aplicación espacial del Reglamento 1259/2010.** Como ya avanzaba en la introducción este Reglamento sólo vincula a aquellos Estados miembros participantes en el procedimiento de “cooperación reforzada” en la Ley aplicable al divorcio y la separación. En concreto se aplica en 14 Estados miembros: **Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania y Eslovenia.** El resto de estados miembros pueden incorporarse en cualquier momento ya que el mecanismo citado lo permite (artículo 21).
- b) **Ámbito de aplicación temporal del Reglamento 1259/2010.** El reglamento entro en vigor el día 30 de diciembre de 2010, su aplicación efectiva esta prevista a partir del día 21 de junio de 2012. Los divorcios o separaciones judiciales que se susciten ante los Tribunales Españoles antes de dicha fecha se seguirán rigiendo por la Ley determinada en virtud de lo dispuesto en nuestras normas de conflicto **del artículo 107.2 del Código Civil.**

Como norma de derecho transitorio se prevé que el Reglamento se aplique a demandas interpuestas y a los acuerdos de elección de ley aplicable (art. 5) celebrados a partir del 21.6.2012 (artículo 18 Reglamento 1259/2010. Sin embargo, se dará también efecto a los

acuerdos de elección de ley celebrados antes del 21.6.2012, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 (exigencias de fondo y de forma).

- c) **Ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010.** No se trata de una regulación sustantiva es decir de una ley de divorcio o separación europea, sino que se trata de fijar normas uniformes de conflicto para precisar la Ley aplicable al divorcio o separación transfronterizo. En resumen, y para una correcta comprensión cada país tiene su propia norma/ley de separación y/o divorcio, y lo regula libremente. Lo que se trata es que en los casos de divorcio o separación transfronterizos se fije de antemano la ley aplicable en base a unos criterios preestablecidos.
- d) **Ámbito de aplicación personal del R. 1259/2010.** El Reglamento es de aplicación universal o Erga omnes (considerando 12 y 14 del R.): Las autoridades de los estados miembros vinculados por este R. determinarán, siempre y en todos los casos la ley aplicable a las separaciones y divorcios conforme a lo previsto en el R. 1259/2010. Por tanto a partir del 21 de junio de 2012 es inaplicable el artículo 107.2 CC para determinar la Ley aplicable a los divorcios internacionales, quedando dicho precepto relegado a solucionar los conflictos de leyes internos, es decir, como norma de Derecho Interregional.

III. Puntos de conexión.

El Reglamento contiene varios puntos de conexión.

El principio general es la aplicación de la ley elegida por las partes al divorcio y separación judicial, (principio de autonomía de las partes) **artículos 5 y 7 del Reglamento,** en base a los siguientes parámetros:

5.1 a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;

b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;

c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o

d) la Ley del Foro (Lex fori).

Este pacto de elección de Ley ha de cumplir unos estrictos requisitos formales y materiales, cuya finalidad es garantizar que los cónyuges conozcan exactamente las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial.

OJO IMPORTANTE: El principio de “elección informada” de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento considerandos 17, 18 y 19.

A falta de una elección de los cónyuges, 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 los cónyuges aún resida allí en el momento de interposición de la demanda, o en su defecto;

c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda, o en su defecto; d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

Supuestos especiales.

a) conversión de la separación judicial en divorcio.

Para el caso de conversión de la separación judicial en divorcio, la ley reguladora del divorcio será: 1º) la ley elegida por las partes; 2º) en defecto de elección de ley que se aplicó a la separación; 3º) si la ley aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, entonces se rige por las conexiones previstas en el artículo 8 (artículo 9 R. 1259/2010).

b) Inaplicación de la Ley designada por las normas de conflicto: artículos 10 y 12 R. 1259/2010.

Las normas de conflicto previstas en los artículos 5 a 9 del R. 1259/2010 pueden señalar como ley rectora del divorcio o separación judicial la Ley de cualquier Estado del mundo con independencia de su contenido. Sin embargo, el R. prevé que no se apliquen ciertas leyes extranjeras que no permitan la disolución intervivos del matrimonio o que conduzcan a resultados inaceptables: Leyes estatales que no contemplan el divorcio; Leyes estatales que no conceden a uno de los cónyuges por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (artículo 10). En cuyo caso la ley extranjera no se aplicará y el divorcio o separación judicial se regirá por la Ley del foro.

c) Leyes estatales cuya aplicación resulte contraria al orden público del foro. (Artículo 12 R. 1259/2010).

La cláusula de orden público es la cláusula a la que se suele recurrir cuando alguna disposición extranjera no pueda ser aplicable por se contraria a nuestras leyes o vulnere algún derecho fundamental. Por ejemplo es el caso de los “divorcios revocables”, por la mera voluntad de uno de los ex cónyuges; cuando la aplicación de la Ley extranjera resulte discriminatoria por razones de raza, religión, o cualquier otra condición, etc.

BALANCE

Se trata de una norma que apuesta por la novedad, ya que se ha superado la habitual pugna entre los puntos de conexión nacionalidad, domicilio y lex fori.

Desde el punto de vista técnico es una norma cuidada, ya que facilita reglas sencillas y coherentes inspiradas en el principio de vinculación más estrecha, y así aplicar la ley que presenta vínculos más estrechos con la situación de que se trate, lo que es más ajustado a la realidad.

Lo único de desalentador es contemplar como la UE avanza a velocidades diferentes, y todavía queda mucho por recorrer para que esto cambie. El problema es que todavía deben utilizarse instrumentos jurídicos diferentes para un mismo caso, y eso siempre es complicado para el operador jurídico.

Esther Susin Carrasco

16/03/2012