

Recibido: 13 mayo 2020
Aceptado: 26 mayo 2020

Elección de la ley aplicable a las obligaciones transfronterizas de alimentos

Vésela ANDREEVA ANDREEVA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio de la autonomía de la voluntad. II. Designación de la ley aplicable a los efectos de un procedimiento específico. III. Regulación general de la elección de ley aplicable: art. 8 del Protocolo. Particularidades de la norma. 1. Ámbito de aplicación del art. 8. 2. Posibilidades de elección de ley aplicable: A) La ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación. Doble nacionalidad; B) La ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; C) La ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; D) La ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación. 3. Condiciones de validez del convenio de elección de la ley aplicable: art. 8.2º Protocolo: A) Supresión de la renuncia de la obligación de alimentos del ámbito de aplicación de la ley designada; B) Cláusula de protección de la aplicación de una ley manifiestamente injusta para las partes. IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: Las crisis matrimoniales, a parte del impacto emocional, presentan una complejidad jurídica importante que requiere una regulación adecuada de los distintos aspectos de estas relaciones. Las obligaciones de alimentos son consecuencia directa de dichas crisis y necesitan una regulación que proporcione seguridad jurídica y previsibilidad a las partes. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad es una de las mayores novedades introducidas por el Protocolo de la Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Esta solución corresponde a la creciente tendencia mostrada por instituciones internacionales al reconocimiento de la libertad de elegir la ley aplicable, incluso en áreas en las que tradicionalmente ha estado excluida. Las disposiciones de los arts. 7 y 8 del Protocolo, aunque de manera limitada, permiten a las partes designar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. El art. 7 regula la elección de la ley aplicable en un procedimiento específico, mientras que el art. 8 permite designar dicha ley en cualquier momento del procedimiento. El presente trabajo pretende ofrecer un análisis de los arts. 7 y 8 del Protocolo y las posibilidades que tienen las partes a designar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

PALABRAS CLAVE: OBLIGACIONES DE ALIMENTOS – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – LEY APLICABLE.

Choice of law to transnational maintenance obligations

* Profesora ayudante doctora y miembro del Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado de la Universitat de Girona

ABSTRACT: Matrimonial crises, apart from the emotional impact, present an important legal complexity that requires a proper legal regulation of the different aspects of these relationships. Maintenance obligations are direct consequence of these crises and need an accurate legal framework that provides legal certainty and predictability to the parties. The acceptance of the principle of party autonomy is one of the main innovations introduced by the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations. This solution corresponds to the growing trend shown by international institutions to recognize the freedom to choose the applicable law, even in areas where it has traditionally been excluded. The provisions of Articles 7 and 8 of the Protocol, although in a limited way, allow the parties to designate the law applicable to maintenance obligations. Article 7 rules the choice of the applicable law in a specific procedure, while article 8 allows the parties to designate the law at any time of the process. This study pretends to analyse articles 7 and 8 of the Protocol and the possibilities the parties have to designate the applicable law to maintenance obligations.

KEYWORDS: MAINTENANCE OBLIGATIONS – PARTIES’ AUTONOMY – CONFLICT-OF-LAW RULES.

I. INTRODUCCIÓN

1. Las relaciones de familia en un mundo globalizado y cambiante hace tiempo que han traspasado las fronteras nacionales. Las condiciones político-económicas en las que vive una generación se diferencian sustancialmente de las de generaciones anteriores. Estos cambios inciden sobre el Derecho de familia. Las viejas tradiciones contrastan con nuevas circunstancias y obligan al legislador adaptar la normativa existente a la realidad. Las relaciones personales y, sobre todo, las de familia son complicadas, a la vez que complejas y el Derecho intenta regular cada una de ellas con el mayor rigor posible, considerando los intereses de las partes implicadas. Las relaciones, personales y/o patrimoniales, entre los cónyuges, las relaciones entre padres e hijos, los temas de las obligaciones de alimentos están presentes en la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, de las instituciones europeas y del legislador nacional. La complejidad jurídica, tanto en el ámbito de competencia judicial internacional, como de la ley aplicable, requieren soluciones adecuadas, acordes con las nuevas circunstancias que afrontan las familias. Uno de los temas de particular interés es la regulación de las obligaciones de alimentos en una relación con elemento extranjero.

Desde el 18 de junio 2011 en la UE se aplica el Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos¹ (de aquí en adelante Reglamento

¹ DO nº L 7, de 10 enero 2009

4/2009). De acuerdo con el art. 15 del Reglamento la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determina por el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que están vinculados por este instrumento²(de aquí en adelante el Protocolo). El Protocolo sustituye entre los Estados contratantes al Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y al Convenio de La Haya de 24 octubre 1956 sobre obligaciones alimenticias respecto a menores. Incluye una novedad en la regulación de la materia – en una relación con elementos internacionales a las partes se les concede la posibilidad de elegir la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. El presente estudio se centra en el análisis de las normas de conflicto previstas en los art. 7 y 8 del Protocolo.

II. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

2. La posibilidad de que las partes designen ley aplicable a sus relaciones es reflejo de la autonomía de la voluntad, principio básico en el Derecho internacional privado que consiste en la reconocida y regulada por las normas jurídicas posibilidad de las partes en una relación con elementos extranjeros elegir la ley que regula dicha relación. Tal designación prevalece sobre el Derecho que resultaría aplicable a falta de elección de ley. Este principio está previsto tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales, como en las fuentes internacionales como regulador de las relaciones con elementos internacionales. Su introducción en los convenios multilaterales es resultado del trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado³. La posibilidad de elegir la ley aplicable a las obligaciones de alimentos no está prevista en los Convenios de la Haya de 1956 y 1973 que regulan esta materia⁴. Tradicionalmente, las normas en materia de Derecho de familia tenían carácter imperativo y las partes no podían regular sus derechos y obligaciones. En este contexto, el principio de

² El Protocolo se adoptó el 23 noviembre 2007. El texto completo se puede consultar en [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=133>]. Con la Decisión del Consejo, 30 noviembre 2009 la UE se adhiere al Protocolo (DO n° 331 de 16 diciembre 2009, páginas 17 a 23; Referencia DO-L-2009-82439).

³ A. S. de Sousa Gonçalves “El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones”, *La Ley Unión Europea* n° 40, 2016.

⁴ Convenio de 24 octubre 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores, el Convenio de 2 octubre 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias y Convenio de 2 octubre 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, coordinación y estudio preliminar de A. Borrás y J.D. González Campos, 2ª ed., Madrid. Marcial Pons, 2008” –y revisada en colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

la autonomía de la voluntad no se aplicaba a las obligaciones de alimentos⁵. Con los años, sin embargo, el ámbito de aplicación del principio se amplía y se establece como base de regulación de las relaciones con elementos extranjeros entre las cuales se encuentran las relaciones de familia⁶.

3. La razón principal de la aplicación de la autonomía de la voluntad en las normas europeas que regulan cuestiones específicas en el ámbito de Derecho de familia es la necesidad de conseguir un compromiso en la UE entre los tribunales de países de tradición anglosajona que en su jurisprudencia casi nunca aplican el derecho extranjero, y los tribunales de los Estados del sistema jurídico continental que, en ejecución de las normas de conflicto, aplican la ley extranjera⁷. Aplicar el principio de autonomía de la voluntad a la hora de elegir la ley aplicable llevaría a decisiones judiciales compatibles con ambos sistemas. El motivo principal, es la necesidad de integración en la UE y la creación de un espacio europeo de libre circulación de decisiones judiciales. Con el tiempo, el principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia con elementos extranjeros empieza a adoptarse como norma básica en los ordenamientos jurídicos nacionales también. La posibilidad tanto de elegir el tribunal competente, como la ley aplicable presenta importantes ventajas – facilita la solución de los conflictos, aporta previsibilidad para ambas partes, proporciona seguridad jurídica, disminuye los gastos en los procedimientos de prueba del Derecho extranjero.

En primer lugar, el principio de la autonomía de la voluntad proporciona el deseado nivel de seguridad jurídica. Las partes en una obligación de

⁵ M. Župan, "Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol", en P. Beaumont, B. Hess, L. Walker y S. Spancken., *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 314

⁶ R. Arenas García, "Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en material de persona y familia", M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota, *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2017, pp. 21-50; P. Jiménez Blanco, "Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia", *ibíd.*, p. 51-74; P. Gannagé, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, vol. 81, nº 3, pp. 425-454; E., Jayme, "Party autonomy in international family and succession law: new tendencies", *Yearb. Pr. Int'l L.*, 2010, vol. 11, pp. 1-10; I. Nagy, "What function may party autonomy have in international family and succession law?: an European Union perspective", *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol. 30, nº 4, 2012, pp. 576-586; T. Yetano, "The constitutionalisation of party autonomy in European family law", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 6, nº. 1, 2010, pp. 155-193; S. Peari, "Choice-of-law in family law: Kant, Savigny and the parties' autonomy principle", *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol. 30, nº 4, 2012, pp. 597-604; E. A. Oprea "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *Cuadernos de Derecho trnasnacional*, vol.10, nº 2, pp. 579-596; G. Rühl. "Choice of law by the parties", Basedow, J., Hopt, K., Zimmerman, R., *Max Planck encyclopedia of European private law*, 2012, p. 190;

⁷ E. Jayme, "Party autonomy...", *loc. cit.*, p. 3

alimentos determinan el Derecho regulador antes de que se produzca el conflicto, de modo que saben con seguridad qué ley estatal regirá su obligación. Los cambios posteriores de la nacionalidad o la residencia habitual de una o de ambas partes no afectan a la ley designada. El Derecho que regula la obligación de alimentos siempre será la elegida en el acuerdo. En segundo lugar, la autonomía de la voluntad conflictual facilita la labor del órgano judicial competente: el tribunal tan sólo ha de comprobar si la ley designada por las partes en su acuerdo permite la elección de ley en materia de obligaciones de alimentos y si se cumplen los requisitos de validez formal. En tercer lugar, las partes pueden elegir una ley material cuyo contenido ya conocen y, a su juicio, protege mejor sus intereses e implica costes más reducidos en cuanto a su prueba o sus efectos⁸.

Lo relevante en relación con la materia de alimentos es el hecho de que el principio de autonomía de la voluntad ha estado y está presente en la unificada reglamentación de la competencia judicial internacional en materia de obligaciones de alimentos en el Convenio de Bruselas, el Convenio de Lugano en sus dos redacciones y en el Reglamento 44/2001⁹. El Reglamento 4/2009 en sus arts. 4 y 5 también establece la posibilidad de las partes a que elijan el tribunal competente para resolver la controversia. El Protocolo de la Haya es el instrumento que en la práctica introduce y establece dicho principio en materia conflictual y esta es una de sus principales características. La elección de la ley aplicable se regula de dos maneras – general y especial–. La regulación especial se encuentra en el art. 7 del Protocolo y hace referencia a la designación de la ley aplicable a los efectos de un procedimiento específico incoado en un Estado participante. La norma general está prevista en el art. 8 del Protocolo y permite a las partes elegir, dentro de ciertos límites, la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

II. DESIGNACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS EFECTOS DE UN PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO

4. La posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a su obligación alimenticia está prevista en el art. 7 del Protocolo de La Haya. La disposición

⁸ A.L. Caravaca y J. Carrasosa González González, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III”, *CDT*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 36–71, esp. p. 20

⁹ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299 de 31.12.1972, p. 32/42, Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Celebrado en Lugano el 16 septiembre 1988, DO L 319 de 25.11.1988, p. 9/48, Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 339 de 21.12.2007, p. 3/41

tiene dos párrafos. El primero contiene una norma de conflicto dispositiva que permite a las partes elegir la ley aplicable si se cumplen determinadas condiciones. El segundo párrafo es una norma imperativa directa que establece la forma de la elección.

El art. 7 tiene un ámbito de aplicación limitado y se aplica tan sólo a las materias previstas en el art. 1.1º del Protocolo: a las obligaciones de alimentos que se basan en una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad. La norma permite a las partes elegir de manera expresa la *lex fori* como la ley aplicable a la obligación de alimentos, pero tan sólo en el marco de un procedimiento específico. Es un acuerdo procesal que tiene validez tan sólo en relación con dicho procedimiento. La aplicación de la disposición se limita al cumplimiento de determinados requisitos previstos en la hipótesis del texto de ambos párrafos – la existencia de una deuda, resultado de la obligación de alimentos; un procedimiento judicial específico relativo a esta obligación y la celebración de un acuerdo entre el deudor y el acreedor. La relación, objeto del conflicto, ha de ser una de las enumeradas en el art. 1.1º. Así que, la autonomía de la voluntad cubre tanto las relaciones entre adultos, como las paterno-filiales. En caso de separación o divorcio, los cónyuges pueden someter sus pretensiones de alimentos a la *lex fori*, lo que facilita el desarrollo del proceso y la resolución de la controversia. Por otro lado, el art. 7 permite designar la ley sustantiva del tribunal competente en demandas de alimentos entre padres e hijos. Esta es una diferencia importante respecto de la autonomía de la voluntad del art. 8 en el que las partes no pueden designar la ley aplicable en relación con los alimentos a favor de menores.

En cuanto al momento procesal, la elección se puede hacer tanto en el marco de un procedimiento ya iniciado ante el órgano judicial de un determinado Estado o en una demanda antes de su incoación. Es irrelevante si el procedimiento se inicia a petición del acreedor o del deudor de la obligación. La elección ha de ser expresa y se debe hacer a través de un acuerdo entre las partes que se puede celebrar antes del inicio del proceso, en el momento de la presentación de la demanda o en un procedimiento ya incoado. En el caso de que la elección se hace durante el proceso, el Protocolo no establece el modo, la forma y el momento de la elección. Estas cuestiones quedan reguladas por las normas procesales del órgano judicial competente.

5. El ap. 2 del art. 7 establece las condiciones de validez del acuerdo de elección de ley aplicable cuando la designación se ha hecho antes de la iniciación del procedimiento. La elección ha de ser objeto de un acuerdo, celebrado libremente y sin coacción, en el que las partes elijan la ley aplicable a la obligación de alimentos. Se debe hacer por escrito y ha de ser

firmado por ambas partes. El Protocolo también reconoce como válidos los acuerdos hechos a través de medios electrónicos siempre que éstos últimos permitan un registro duradero y acceso posterior al texto del documento. La designación de ley aplicable proporciona previsibilidad y seguridad jurídica dado que las partes conocen de antemano la existencia y la naturaleza de la prestación de alimentos.

Si se dan las condiciones previstas en el ap. 2, se permite a las partes elegir tan sólo la ley del Estado cuyos órganos jurisdiccionales son competentes en un procedimiento específico a resolver la controversia. Si la designación de ley aplicable se hace en un acuerdo antes de inicio del procedimiento, la elección será válida si las partes han determinado expresamente el derecho aplicable o el órgano judicial competente. El ap. 1 del art. 7 del Protocolo formula de manera general que se aplicará el Derecho del Estado cuyos tribunales son competentes en un procedimiento específico y esto no permite determinar con seguridad cuál exactamente es la ley aplicable puesto que la demanda todavía no está presentada y no se ha determinado el tribunal competente¹⁰.

La elección de la *lex fori* se hace tan sólo para los propósitos de un procedimiento específico en un determinado Estado. La ley elegida será válida sólo para el procedimiento en cuestión y no se aplicaría en los procedimientos siguientes a la misma obligación de alimentos, lo que limita “el riesgo de efectos negativos a esa elección”¹¹. Si el deudor o el acreedor deciden presentar posteriormente una nueva demanda o modificar la ya presentada ante el mismo órgano judicial o ante las autoridades de otro Estado, la ley designada con anterioridad en el acuerdo no surtirá efecto. En este caso, la ley aplicable se debe determinar de acuerdo con las disposiciones de los art. 3 a 6 del Protocolo. Si se dan las condiciones del art. 7, el tribunal competente está obligado a aplicar su propio derecho sustantivo. De esta manera se facilita la labor tanto del órgano judicial como de las partes que a través del acuerdo de elección de la *lex fori* indirectamente declaran su conocimiento y su consentimiento a la aplicación a la obligación de alimentos de las normas sustantivas del Estado cuyos órganos jurisdiccionales resultan competentes.

¹⁰ A. Bonomi, “Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias” [<www.hcch.net>], p. 30

¹¹ M.A. Rodríguez Vázquez, “¿Qué requisitos deben cumplirse para que se aplique la ley del foro a una obligación alimenticia? El asunto C-214/17, Mölk”, *CDT*, vol. 11, n° 2, 2019, pp. 760–767, esp. p. 765

III. REGULACIÓN GENERAL DE LA ELECCIÓN DE LEY APLICABLE – ART. 8 DEL PROTOCOLO

6. El Protocolo, en su art.8 permite a las partes elegir la ley aplicable a las pretensiones alimenticias. La norma no establece ningún límite en cuanto al momento de la designación, de modo que la elección se puede hacer tanto antes como después del inicio del litigio. La regulación de la designación de la ley aplicable presenta algunas particularidades: del ámbito de aplicación de la norma se excluyen determinadas categorías de personas; se limita la elección de ley al Derecho de determinados Estados; se regula la forma de la designación; se introducen disposiciones específicas sobre la renuncia a la obligación de alimentos y se establece una cláusula de protección de las partes.

1. Ámbito de aplicación del art. 8

7. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se considera especialmente apropiada en las relaciones entre cónyuges. Se permite que los esposos elijan antes o después de la celebración del matrimonio la ley aplicable que regule las obligaciones de alimentos a lo largo del matrimonio o después del divorcio. De esta manera, el Derecho aplicable se determina con antelación y se evitan las futuras dificultades en caso de que alguna de las partes cambie el lugar de residencia habitual¹². La posibilidad de elegir la ley aplicable no se extiende a todas las relaciones familiares. La disposición del art. 8 tiene un ámbito de aplicación limitado. Se excluyen dos categorías de personas, los menores de 18 años y los adultos que como consecuencia de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no pueden proteger sus intereses. Esta regulación tiene una función protectora: pretende evitar posibles abusos y proteger los intereses de personas que no disponen de la capacidad intelectual y jurídica para hacerlo por sí solos. La exclusión de los menores se explica con el hecho de que existe un potencial riesgo de conflicto de intereses cuando la obligación de alimentos se debe por algún progenitor que, al mismo tiempo, también representa legalmente a sus hijos. La edad mínima que establece el Protocolo en su ap. 3 del art. 8 es de 18 años puesto que en la mayoría de los Estados este es el momento en la que se cumple la mayoría de edad.

La segunda categoría incluye las personas vulnerables que son objeto de una protección especial prevista en el Convenio de la Haya de 13 enero 2000

¹² A. Bonomi, *loc. cit.*, p. 31, párr. 126.

sobre Protección Internacional de los Adultos¹³. La autonomía de la voluntad no se aplica a esta categoría de adultos vulnerables porque se considera que no tienen la capacidad jurídica de expresar su voluntad y a defender a sus intereses. De modo que, sólo podrá elegirse la ley aplicable a las obligaciones alimenticias cuando se trate de obligaciones entre cónyuges, o respecto de hijos mayores de edad, o para obligaciones que un ascendiente reclame a sus descendientes u otros, obligados legamente a darles alimentos.

8. Una de las formas más habituales para determinar el régimen aplicable a las obligaciones de alimentos es a través de un acuerdo antes de la celebración del matrimonio. Los acuerdos prematrimoniales son una figura contractual poco aplicada en países como España. Sin embargo, son ampliamente utilizados en los países de tradición anglosajona. En el Derecho alemán también encuentran una regulación específica los acuerdos prematrimoniales que incluyen cláusulas de obligación de alimentos, son objeto de “control social” por parte del Tribunal Constitucional alemán que pretende proteger los intereses de las personas vulnerables ofreciendo una protección especial a las esposas embarazadas¹⁴. En este sentido, interés especial tiene el asunto *Friedl vs. Friedl*¹⁵. Se trata de un acuerdo prematrimonial celebrado entre ciudadanos alemanes ante un notario en Alemania. En el pacto las partes designan como ley aplicable en caso de divorcio, el derecho alemán, y más en concreto, las disposiciones que determinan el régimen de separación de bienes adquiridos durante el matrimonio, y una pequeña pensión para la esposa. Posteriormente, la pareja se traslada a Canadá y establece su residencia habitual durante un largo periodo de tiempo en la provincia de Columbia Británica. Años más tarde la pareja se separa y los tribunales canadienses se declaran competentes para conocer la demanda de divorcio. El órgano judicial aplica el “control social” previsto por el Derecho alemán y determina que la esposa al estar embarazada, ha estado obligada a firmar el documento. Al analizar el caso, el tribunal declara nulo el acuerdo y consecuentemente, como ley aplicable al divorcio, al reparto de los bienes, a la pensión compensatoria y a la pensión de alimentos a los hijos determina la normativa canadiense. De acuerdo con sus disposiciones, los bienes adquiridos durante el matrimonio

¹³ El texto del Convenio de la Haya de 13 enero 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos se puede consultar en: [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=71>], *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado...*, *op. cit.*

¹⁴ E. Jayme, “Party autonomy...”, *loc. cit.*, p. 5

¹⁵ *Friedl vs. Friedl*, del 09/09/2008, BCSC, Docket: 38294, el texto de la sentencia se puede consultar en [<https://app.justis.com/case/carola-heide-friedl-v-hans-peter-friedl/over-view/c5KdoZutn1Wca>].

se tienen que dividir entre los cónyuges y que la pensión compensatoria a la esposa y la pensión a los hijos se ha de pagar cada mes. En su decisión, el tribunal argumenta que antes de aplicar la ley elegida por las partes en el acuerdo, es preciso comprobar si se dan las condiciones especiales para considerar nulo el pacto. La comprobación se hace con el fin de proteger las personas espacialmente vulnerables que resultan ser los acreedores de las obligaciones de alimentos.

2. Posibilidades de elección de ley aplicable

9. La autonomía de la voluntad que tienen las partes en una obligación de alimentos no es ilimitada. El ap. 1 del art. 8 prevé 6 posibilidades entre las que las partes pueden escoger. Aunque fuera limitada, la elección prevista en el art. 8 es más amplia que la regulada en el art. 7 que tan sólo permite elegir la *lex fori*. Las posibilidades de elección están enumeradas de manera alternativa de modo que las partes pueden elegir cualquiera de estas leyes como reguladora de la obligación de alimentos. La ley designada rige la totalidad de la pretensión alimenticia, tanto la existencia como su naturaleza. La designación se ha de hacer por ambas partes y en cualquier momento de la relación, tanto antes como después del nacimiento del litigio. La elección de ley no se hace “únicamente a los efectos de un procedimiento específico”, no está relacionada con determinado procedimiento y regula las obligaciones de alimentos entre las partes desde el momento de la designación hasta el momento en el que deciden modificarla o renunciar la ley elegida. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de acuerdo con el art. 8 desplaza la ley aplicable a falta de elección (válida) prevista en los art. 3-6 del Protocolo. En último lugar, el cambio en el estatus personal de alguna de las partes del litigio no influye sobre la elección de ley aplicable a las pretensiones alimenticias.

A) La ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación

La primera posibilidad que tiene las partes para elegir la ley aplicable a las obligaciones de alimentos, de acuerdo con el ap. 1, a) del art. 8 es la ley del Estado del que uno de los implicados es nacional en el momento de la designación. El Protocolo utiliza como punto de conexión un criterio personal: la nacionalidad del acreedor o del deudor. Ellos deciden cuál de sus leyes nacionales regulará la obligación de alimentos. Se toma en consideración la nacionalidad en el momento de la celebración del acuerdo. Sin embargo, el Protocolo no regula el supuesto en el que la persona cuyo

Derecho nacional se ha elegido, tiene doble nacionalidad. Ante el silencio de la norma en el Informe Explicativo se admite que las partes pueden escoger la nacionalidad con la que vincular la ley aplicable¹⁶. Se ha optado por una interpretación más amplia con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica y garantizar la libertad de las partes a elegir la ley que mejor defenderá sus intereses.

Por lo tanto, la conexión a tener en cuenta en cada uno de los supuestos de doble o múltiple nacionalidad que prevé el art. 9.9º Cc español, no se aplicaría. La norma de conflicto española establece un mecanismo que determina la nacionalidad efectiva a los efectos del Derecho aplicable¹⁷. Así pues, la norma distingue tres supuestos. En primer lugar, establece que las situaciones de doble nacionalidad prevista en los tratados internacionales en los que España es parte, quedan reguladas por estos convenios. Si nada se establece, entonces la nacionalidad que se toma en consideración para determinar a ley aplicable será la que coincide con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Consecuentemente, en un conflicto sobre obligaciones alimenticias en aplicación del art. 8 del Protocolo, el tribunal competente no ha de acudir a sus propias normas de conflicto para determinar la nacionalidad efectiva a la hora de designar la ley aplicable. La persona que ostenta la doble nacionalidad puede elegir la nacionalidad y vincularla con la ley que mejor proteja sus intereses.

B) La ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación

10. La posibilidad de las partes a elegir la ley del Estado de la residencia habitual de una de ellas se establece en el art. 8.1º.b. Se puede escoger tanto la ley sustantiva del Estado de la residencia habitual del deudor, como del acreedor. Regulada de esta manera, la norma establece una condición temporal: se toma en consideración la residencia habitual en el momento de la designación de la ley aplicable en el acuerdo celebrado entre las partes. La concreción de la residencia habitual como criterio para determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias puede presentar dificultades importantes en la práctica. El concepto de *residencia habitual* no se define ni en el Reglamento 4/2009, ni tampoco en el Protocolo de la Haya¹⁸. La

¹⁶ Bonomi, A., *Informe explicativo...*, loc. cit., ap. 131, p 32

¹⁷ J.C. Fernández Rozas y P. Rodríguez Mateos, "Art. 9, ap. 9 del Código Civil: Ley aplicable a los individuos que ostentan más de una nacionalidad", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 392-428,

¹⁸ Tampoco hay una definición del concepto en el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se

doctrina estima que la intención del legislador europeo era que sea el tribunal nacional que resulta internacionalmente competente, él que determine cuál es exactamente el lugar en el que la desarrolla su vida¹⁹. Esta tarea, sin embargo, que no ha sido fácil, como lo demuestran las numerosas decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de aquí en adelante TJUE)²⁰. El Tribunal de Luxemburgo ha subrayado que todos los términos empleados en los Reglamentos europeos deben interpretarse de manera autónoma con el fin de garantizar una aplicación uniforme de los instrumentos europeos y evitar que se adopten resoluciones judiciales contradictorias²¹. Es un concepto autónomo del Derecho europeo distinto de la consideración que puedan tener los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Miembros. En su jurisprudencia el TJUE lo define como “*el centro de vida e intereses*” de la persona, esto es, el lugar en el que permanece voluntariamente y donde tiene su vida familiar, social y profesional, donde se sitúa si vivienda habitual o patrimonio²². En este

deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000; Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; y, Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996.

¹⁹ J. Carrascosa González, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, vol. 8, nº 1, marzo 2016, p. 62; L.A. Pérez Martín “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. comentario de la sentencia de 24 julio 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona”, *CDT*, vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 657-672, esp. p. 662

²⁰ *V.gr.*, asuntos: C-523/07, *A* – ECLI:EU:C:2009:225; C-497/10, *Mercredi v. Chaffe* ECLI:EU:C:2010:829; C-376/14, *C v. M* – ECLI:EU:C:2014:2268; C-111/17, *OL v. PQ* – ECLI:EU:C:2017:436; C-393/18, *UD v. XB* – ECLI:EU:C:2018:835; C-468/18, *R v P* – ECLI:EU:C:2019:666.

²¹ La doctrina ha analizado el término de *residencia habitual* como punto de conexión para determinar la ley aplicable en materia de Derecho de familia: J. Carrascosa González, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro”, en *Protección de menores y Derecho internacional privado* (A. Cebrián Salvat e I. Llorente Martínez, dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 307-323, esp. pp. 311-312; L. A. Pérez Martín, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial* (M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros, dirs.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 927-963, esp. p. 946; L.A. Pérez Martín, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en el derecho de familia internacional”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 469-494.

²² STJUE 9 octubre 2014, Asunto C-376/14: *M*, ECLI:EU:C:2014:2268; B. Campuzano Díaz, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 octubre 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 462-471. En el ámbito de Derecho de familia y más en concreto, en relación con la protección de los menores en su jurisprudencia el TJUE establece los factores que se han de tomar en consideración para determinar su residencia habitual: la duración, la regularidad, las condiciones y los motivos de la estancia en el territorio de otro Estado miembro, si la familia se ha mudado o no a dicho Estado, si el menor tiene o no la nacionalidad de ese otro Estado, si en ese otro Estado el menor está escolarizado o no, si conoce o no el idioma, si está integrado y qué tipo de relaciones sociales tiene en ese otro Estado.

sentido, la residencia habitual como punto de conexión para determinar la ley aplicable presenta un vínculo suficientemente estrecho entre el lugar en el que la persona desarrolla su vida y el Estado, cuya ley se ha de aplicar. Si el acreedor o el deudor residen de manera temporal en un Estado, esta residencia no se utilizará a los efectos del art. 3 del Protocolo. Ha de haber una conexión más duradera entre la persona interesada y el lugar en el que reside. Lo relevante, sin embargo, en cuanto a la aplicación del art. 8.1º.b, es el objetivo que tiene la norma – con la elección de la ley aplicable se pretende garantizar una estabilidad y previsibilidad al margen de todo cambio posterior a la designación. El cambio de la residencia habitual no incide sobre la elección de la ley aplicable prevista en el acuerdo.

C) La ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones

11. La determinación del Derecho aplicable prevista en el art. 8.1º.c) del Protocolo tiene un ámbito de aplicación personal estrecho. La disposición se aplica sólo entre cónyuges y ex-cónyuges en relación con sus relaciones patrimoniales. La norma prevé dos posibilidades de elección. La primera se da si las partes ya han designado la ley aplicable a su relación. Además, es necesario que la ley, elegida en el acuerdo, reconozca la autonomía de la voluntad en esta materia. Si se cumplen estas condiciones, los cónyuges o los ex-cónyuges pueden elegir a las obligaciones de alimentos la misma ley que regulará sus relaciones patrimoniales. El Derecho aplicable al régimen económico matrimonial no se regula por el Protocolo. Se determina por el Reglamento 2016/1103 para los Estados que lo aplican, o por las normas internas de Derecho internacional privado de los EM en los que no se aplica²³. Las posibilidades de elección previstas en el Protocolo coinciden con algunas de las opciones que tienen las partes de acuerdo con el art. 22 Reglamento 2016/1103²⁴. La norma europea permite designar la ley del

²³ El Reglamento 2016/1103 se aplica en Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Chipre, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia, de modo que de acuerdo con el art. 8.1º.c del Protocolo de la Haya de 2007, la ley aplicable a las obligaciones de alimentos queda vinculada con las disposiciones 22 a 26 del Reglamento. J.C. Fernández Rozas, "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley: Unión Europea*, IV, nº 8835, 2016 pp. 1–29; F.B. Iriarte Ángel, "Aplicación del Reglamento 2016/1103 y conflictos de leyes internacionales e internos en materia de régimen económico matrimonial". *Actualidad Civil*, nº 6, 2019; P. Quinzá Redondo, "El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general", *La Ley La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 17, 2018;

²⁴ B. Añoveros Terradas, "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 462–469

Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual o su nacionalidad en el momento de la celebración del acuerdo, que son exactamente las mismas opciones que se dan en la letra a) y b) del art. 8. Si la ley designada es contraria al orden público del Estado cuyos tribunales son competentes, entonces el acuerdo de elección será nulo tanto en relación con el régimen patrimonial como con las obligaciones alimenticias.

El ap. 2 del art. 22 Reglamento 2016/1103 permite a los cónyuges modificar la ley elegida en cualquier momento de su relación. La modificación se puede hacer tanto antes, como después del nacimiento del conflicto y ha de constar en un nuevo pacto que cumpla las condiciones de validez previstas en el ap. 2 del art. 22 Reglamento 2016/1103. La norma permite a las partes elegir los efectos jurídicos que tendrá. Los cónyuges pueden determinar que la nueva ley producirá efectos a partir del momento de la celebración del pacto o que tendrá efectos retroactivos. Si nada se establece, el cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio solo surtirá efectos en el futuro.

12. El Reglamento establece una serie de requisitos que se han de cumplir para considerar válido el acuerdo de elección de la ley aplicable del régimen económico matrimonial. Se tiene que hacer por escrito y debe constar la fecha y la firma de ambos. No es necesario que las partes se encuentren en el mismo lugar en el momento de la celebración. Si los cónyuges tienen su residencia habitual en diferentes Estados miembros, el Reglamento reconoce como válidos los acuerdos efectuados por medios electrónicos que proporcionen un registro duradero de la voluntad de las partes. El art. 22 del Reglamento 2016/1103 establece tan sólo los requisitos de validez formal. Sin embargo, si la ley sustantiva del Estado miembro en el que los cónyuges tienen su residencia habitual común en el momento de la celebración del acuerdo prevé requisitos de forma adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos se han de cumplir. Si tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de su celebración y las leyes de cada ordenamiento jurídico establece condiciones adicionales, el acuerdo será válido si cumple con los requisitos de la ley de uno de ellos. Si el acuerdo de elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial no cumple alguno de estos requisitos, será nulo y, por lo tanto, la designación del Derecho aplicable a las obligaciones alimenticias, también. La ley designada, de acuerdo con el art. 24 del Reglamento 2016/1103, determinará si el consentimiento de cada una de las partes es válido desde el punto de vista formal o presenta algún vicio y si cumple los requisitos de validez material previstos en la ley elegida. El ap. 2 prevé como excepción, que el cónyuge podrá invocar la ley del Estado de su

residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda para justificar que no ha dado su consentimiento, siempre que no resulta razonable que el efecto de su conducta fuera regulado por la ley elegida por ambos.

La segunda opción que tienen los cónyuges, de acuerdo con el art. 8.1º.c), es vincular las obligaciones de alimentos a la ley que efectivamente resulta aplicable a las relaciones patrimoniales. Esta vinculación queda regulada por las normas de conflicto del Estado cuyos órganos judiciales son competentes para conocer del litigio. Aquí, de nuevo, se tiene que hacer la distinción entre los Estado miembros que aplican el Reglamento 2016/1103, los Estado miembros que no y los terceros Estado parte del Protocolo de la Haya. Los últimos dos grupos, han de aplicar sus normas de conflicto internas para determinar la ley que resulta efectivamente aplicable.

El art. 26 Reglamento 2016/1103 establece un sistema jerárquico de determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial a falta de elección (válida). En primer lugar, se aplicará la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. En su defecto, se aplicará la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. Y si tampoco se puede determinar, se aplicará la ley con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

D) La ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación.

13. La letra d) del art. 8.1º del Protocolo, de igual manera que la c), se dirige tan sólo a los cónyuges y les da dos opciones más. Pueden vincular la ley aplicable a las obligaciones de alimentos con la ley que ellos elijan o con la que resulta efectivamente aplicable para regir su divorcio o separación judicial. La primera alternativa que tienen es designar a las obligaciones alimenticias la misma ley que han elegido para regular su divorcio o separación. En este sentido es necesario que las partes haya elegido previamente el Derecho aplicable al divorcio. La segunda condición que se ha de cumplir para que dicha elección sea válida, es que la ley designada permita la autonomía de la voluntad.

En el momento de la adopción del Protocolo en gran parte de los ordenamientos jurídicos nacionales en la materia del divorcio no se permitía la elección de ley aplicable. Sin embargo, la adopción del

Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial y su aplicación por algunos Estados miembros ha provocado un cambio importante²⁵. Aquí de nuevo es preciso hacer la distinción entre los Estados miembros de la Unión Europea que aplican el Reglamento 1259/2010, los que no lo aplican y los terceros Estados parte del Protocolo de la Haya. Los últimos dos grupos aplican sus propias normas de Derecho internacional privado para determinar la ley aplicable al divorcio o la separación judicial. El Reglamento 1259/2010 en su art. 5 regula la elección de ley aplicable al divorcio y la separación judicial²⁶. El Derecho designado se determina a través de una serie de puntos de conexión alternativos. Las partes pueden elegir entre el Derecho del Estado en el que los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, la ley del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos todavía vive allí en el momento de la celebración del pacto de elección, la ley del Estado cuyo nacional es uno de los cónyuges en el momento en el que hacen la elección o la *lex fori*. En este caso, si las partes ya han designado el Derecho aplicable su divorcio o separación judicial eligiendo alguna de las posibilidades que los ofrece el art. 5 Reglamento Bruselas III, el art. 8.1º.d) les da la posibilidad, siempre que se cumplen las condiciones de validez formal y material, que esta misma ley regule las obligaciones de alimentos entre ellos. De esta manera, la norma amplía las opciones que tienen las partes para elegir la ley aplicable.

El convenio se puede celebrar y modificar en cualquier momento de la relación, pero como muy tarde, hasta el momento de la presentación de la demanda. No obstante, si la ley del foro lo permite, las partes pueden designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. El convenio producirá efecto si cumple los requisitos de validez formal y material y ambas partes han dado su consentimiento y éste

²⁵ Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343 de 29.12.2010, pp. 10-16). La falta de consenso entre todos los Estados miembros en la materia regulada ha obligado que se utilice la técnica de la cooperación reforzada. Las diferencias en las normas materiales de Derecho de familia y el hecho de que en algunos de los EM no se regula el matrimonio entre personas del mismo sexo, ha llevado a importantes discrepancias entre las delegaciones nacionales. Al final, son 17 los Estados que han expresado formalmente su deseo de aplicar el Reglamento: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía.

²⁶ B. Campuzano Diaz, "Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation", en *Latest developments in EU Private International Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011, pp. 23-48; A.L. Caravaca y J. Carrasosa González González, "La Ley aplicable al divorcio...", *loc. cit.*, p. 55

sea válido de acuerdo con la ley aplicable. Se observa que las condiciones de validez, previstas en el Reglamento 1259/2010, art. 6 y 7, son idénticas con los requisitos previstos en los art. 24 y 25 del Reglamento 2016/1103. Los procesos de armonización de las normas de conflicto en materia de Derecho de familia se reflejan en la regulación de ambas materias. Esto permite aplicar criterios unificados que garantizan la seguridad jurídica y la protección de los intereses de las partes.

La segunda alternativa para las partes es vincular la obligación alimenticia con el Derecho estatal que sería efectivamente aplicable a su divorcio o separación judicial. Por lo tanto, a falta de elección (válida) dicha ley se determina por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales son competentes para conocer del litigio. En los Estados miembros que aplican el Reglamento 1259/2010, la ley aplicable será una de las leyes enumeradas en el art. 8. La norma resulta aplicable si los cónyuges no han elegido la ley aplicable o bien, la han designado pero tal elección no cumple los requisitos de validez previstos en los arts. 5-7 Reglamento. La disposición contiene una norma de conflicto multilateral que sitúa el divorcio en el Estado con el que el litigio presenta los vínculos más estrechos. Los puntos de conexión del art. 8 están ordenados en cascada e inspirados por el principio de proximidad y determinan de manera objetiva el Derecho aplicable al divorcio o la separación judicial²⁷.

En primer lugar, de acuerdo con la letra a del art. 8, se aplicará la ley material del Estado en el que los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda. En defecto de este criterio, se aplica la ley sustantiva del Estado en el 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. Si tampoco se da este criterio, será de aplicación la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. Y en último término, se aplica la *lex fori*. En todos los casos el art. 8 conduce a la aplicación de una ley estatal, de modo que la ley aplicable al divorcio o la separación judicial nunca puede ser una norma religiosa.

²⁷ Considerando 21 Reglamento 1259/2010 establece que “A falta de elección de la ley aplicable, es conveniente que el presente Reglamento establezca normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate... Esos criterios de vinculación deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho”.

3. Condiciones de validez del convenio de elección de la ley aplicable: art. 8.2º Protocolo

14. La designación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos debe constar en un acuerdo. Los requisitos que se han de cumplir, se especifican en el ap. 2 del art. 8: se ha de hacer por escrito y debe ser firmado por ambas partes. Se acepta que la voluntad se exprese en un documento registrado en un soporte electrónico y permita su consulta en ocasiones ulteriores. El requisito de la forma escrita, incluido el soporte electrónico, también se exige para la designación del tribunal competente en las obligaciones de alimentos en el Reglamento 4/2009. Estas condiciones de validez tienen como objetivo proteger a las partes de tomar decisiones precipitadas tanto de ley aplicable como del tribunal competente²⁸.

A parte de los requisitos, presentados en los párrafos anteriores, el Protocolo no establece condiciones adicionales de validez del acuerdo. No se establecen las consecuencias jurídicas en el caso de vicios en el consentimiento de las partes. Estas cuestiones quedan reguladas por las normas nacionales de la ley que resulta aplicable al convenio. En el Informe explicativo se considera que en estos casos la cuestión queda cubierta por el Derecho que las partes han designado como aplicable a su acuerdo²⁹. En el Derecho español los arts. 1325-1335 Cc regulan la celebración de capítulos matrimoniales que pueden contener normas que rigen tanto el régimen económico matrimonial, como las cuestiones de la pensión compensatoria a favor de uno de ellos³⁰. Si en una relación privada internacional las partes eligen la ley española como aplicable a sus obligaciones alimenticias, el acuerdo en el que se recogen debe cumplir las condiciones adicionales de validez previstas en el Código civil español. El art. 1327 exige que dichas capitulaciones se formalicen ante un notario en escritura pública, aunque la doctrina también reconoce como válidos los pactos celebrados en un documento privado entre las partes. En cuanto a los aspectos materiales del consentimiento, se requiere que éste sea un *consentimiento informado*, es decir, que las partes han recibido asesoramiento jurídico independiente y que conocen la situación económica de su compañero³¹. Otro criterio que indica que el consentimiento se ha dado libremente y sin vicios es que haya

²⁸ A. Bonomi, *Informe explicativo...*, loc. cit., p. 34, párr. 144.

²⁹ *Ibid.*, p. 35, párr. 155.

³⁰ A. L. Cabezuelo Arenas, "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?", *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 3, 2004, pp. 2375-2394.

³¹ C. Martínez Escribano, *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 199-209. Estos criterios también se recogen por el legislador catalán en el art. 231-20 CCCat.

transcurrido un tiempo entre la celebración del acuerdo y el enlace. Este tiempo permite crear la presunción de que las partes se conocen bien entre sí y que no han tomado la decisión de manera apresurada.

A) Supresión de la renuncia de la obligación de alimentos del ámbito de aplicación de la ley designada

15. La elección de ley aplicable a las obligaciones alimenticias puede tener consecuencias negativas para el acreedor. Éste se puede ver privado de recibir una pensión compensatoria. Para proteger los intereses del acreedor, el Protocolo establece determinados límites a la aplicación de la ley elegida. El ap. 4 del art. 8 Protocolo de manera imperativa prevé que no obstante la ley designada por las partes en virtud del ap. 1, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, determinará si el acreedor puede renunciar a su derecho a alimentos. En el ámbito de aplicación personal de esta norma se incluye tan sólo el acreedor. La disposición se aplica en dos ocasiones: el acreedor renuncia a la obligación de alimentos y elige como aplicable la ley material de un Estado que permite tal renuncia o la ley designada no prevé la obligación de alimentos a favor del acreedor. El Protocolo pretende proteger el acreedor de la elección de una ley que no garantiza el derecho a una pensión compensatoria que le correspondería de acuerdo con la ley que resultaría efectivamente aplicable a falta de elección (válida).

A través del ap. 4 del art. 8 la posibilidad del acreedor de renunciar a la obligación de alimentos se vincula no con la ley elegida, sino con el Derecho del Estado de su residencia habitual. Esta regulación puede resultar contradictoria si la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor no regula las obligaciones alimenticias. De esta manera, para la renuncia a la pensión compensatoria no se toma en consideración la regulación de la materia en la ley elegida por las partes y se puede llegar a producir el denominado *dépeçage*; la obligación de alimentos y la renuncia a la pensión compensatoria se regulan por dos ordenamientos jurídicos distintos. Sin embargo, predomina la consideración de que la ley de la residencia habitual de las partes presenta los vínculos más estrechos con la situación litigiosa puesto que allí es donde se encuentra el “centro social de vida” de los cónyuges³².

Por lo tanto, si el acreedor tiene su residencia habitual en España y la ley designada en el convenio no permite la renuncia a la obligación de alimentos, es posible que las partes incluyan en su acuerdo una cláusula que

³² A. L. Caravaca y J. Carrasosa González González, “La Ley aplicable al divorcio...”, *loc. cit.*, p. 70.

permita hacerlo. En este caso el Derecho español es el que rige la posibilidad de renuncia. Si se cumplen estos requisitos de validez formal y material, se reconocerá como válido un acuerdo en el que las partes o una de ellas renuncia a la pensión compensatoria. La jurisprudencia española ha establecido que dicha renuncia es válida si los cónyuges o los futuros cónyuges se informan sobre sus derechos y obligaciones previstas en la normativa material aplicable, conocen la situación financiera de su pareja e incluyen en su pacto una cláusula con la que renuncian a la pensión compensatoria y por lo tanto, dicha cláusula no vulnera la libertad, dignidad e igualdad de ninguno de ellos, ni tampoco resulta contraria al orden público español³³.

B) Cláusula de protección de la aplicación de una ley manifiestamente injusta para las partes

16. Límites a la aplicación de la ley designada también se establecen en el ap. 5 del art. 8 Protocolo. De acuerdo con esta disposición la ley elegida no se aplicará *si conlleva consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes*. La norma tiene un ámbito de aplicación amplio puesto que protege todas partes en la obligación de alimentos. El órgano jurisdiccional competente es el que decide si la aplicación el Derecho designado tendría consecuencias manifiestamente injustas para los cónyuges. Éstas se darán cuando las partes o una de ellas, no han sido suficientemente informadas de las consecuencias negativas de la elección o si el vínculo entre el Derecho designado y la situación litigiosa no es suficientemente estrecho. De la redacción de la disposición no queda claro qué normas jurídicas determinaran si las consecuencias son injustas o no razonables. La lógica jurídica, sin embargo, permite deducir que la evaluación se hará de acuerdo con la ley material que resultaría efectivamente aplicable a la obligación de alimentos³⁴.

Por otro lado, serán de aplicación también las normas imperativas en materia de alimentos previstas en la *lex fori*. Para que se aplique el art. 8.5º Protocolo es necesario que las partes hayan elegido previamente la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. En el momento de la designación se ha de haber cumplido otro requisito las partes deben

³³ STS 30 mayo 2018, 1925/2018 (ECLI:ES:TS:2018:1925) en la que reconoce la validez de los pactos prematrimoniales en los que la esposa renuncia a la pensión compensatoria. SAP Girona 1 marzo 2004 (JUR 2004/118887), donde se admite la renuncia a una pensión compensatoria realizada en escritura pública diez días antes de la celebración del matrimonio; SAP Barcelona 23 marzo 2010 (JUR 2010, 175675), en la que el tribunal acepta el otorgamiento de capitulaciones tres días antes del enlace.

³⁴ A. Bonomi, *Informe explicativo...*, loc. cit., p. 34, párr. 150

haber sido debidamente informadas y consientes de las consecuencias de la ley designada. Por lo tanto, la condición es que las partes no sólo deben haber recibido la información, sino que la deben haber entendido. En el *Informe explicativo* se subraya que informarse no significa entender lo que conllevará la aplicación de la ley elegida. La condición de que las partes conozcan las consecuencias de la elección limita la actuación del tribunal competente a la hora de aplicar el art. 8.5º y evitar la ley designada por las partes. Sin embargo, si después de analizar el caso concreto el órgano jurisdiccional determina que el Derecho elegido conlleva a consecuencias injustas o no razonables, puede decidir no aplicarlo. En este caso, la ley aplicable se determinará de acuerdo con los arts. 3-6 del Protocolo.

La regulación del ap. 5 se puede asimilar con la institución del orden público, prevista en el art. 13 Protocolo. La valoración de las consecuencias jurídicas de aplicación de una norma injusta o contraria al orden público internacional se hace por el órgano judicial competente a conocer del litigio. En ambos casos se pretende proteger principios similares y las dos normas tienen la misma función que es rechazar la aplicación de la ley que resultaría aplicable. Existen, sin embargo, diferencias importantes. La cláusula de orden público se invoca también para evitar la aplicación de la ley efectivamente aplicable. Además, defiende principios básicos y valores generales y no sólo los intereses de las partes en el litigio. La valoración la hace el órgano judicial competente que aplica los principios fundamentales previstos en su propio ordenamiento jurídico y no se requiere que las partes conozcan su contenido. En último lugar, el resultado del rechazo de la ley extranjera lleva a la aplicación de la *lex fori*. Por lo tanto, la regulación del ap. 5 del art. 8 es una norma que presenta una cierta similitud con la cláusula de orden público, pero no se puede afirmar que tienen el mismo ámbito de aplicación.

La cláusula de protección prevista en el art. 8.5º es una novedad en la regulación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. La razón por la que se ha incluido, tal y como se establece en el Informe Explicativo, es para proporcionar justicia material prevista en los ordenamientos jurídicos de varios Estados parte que otorgan a sus los tribunales la competencia para corregir o incluso descartar los acuerdos sobre obligaciones de alimentos que resultan injustos o irrazonables³⁵.

³⁵ A Bonomi, *Informe explicativo...*, loc. cit., p. 35.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

17. La elección de ley aplicable a las obligaciones de alimentos es principio básico en la regulación de la materia de alimentos con elementos extranjeros, establecido en el Protocolo de la Haya y presenta varias ventajas. El acuerdo de elección facilita la labor tanto del órgano jurisdiccional competente a la hora de conocer del litigio como de las partes que a través del pacto declaran que conocen el contenido del Derecho material que regularía sus obligaciones alimenticias. Las partes tienen varias opciones de elección y todas ellas presentan vínculos suficientemente estrechos entre la relación y un ordenamiento jurídico. La nacionalidad y la residencia habitual como puntos de conexión son una expresión de la cercanía que existe entre cada una de las partes y la ley del Estado cuyo nacional es uno de ellos o en el que reside. Se parte de la idea de que las personas implicadas conocen mejor o están en una situación que les permite conocer mejor las leyes sustantivas de estos Estados. Por otro lado, a los cónyuges se les permite vincular la obligación de alimentos con la ley que previamente han elegido o la que se debe aplicar para regir sus relaciones patrimoniales o el divorcio/separación judicial. La complejidad jurídica que presentan las relaciones personales y más en concreto las relaciones entre cónyuges en un determinado momento permite vincular la ley aplicable a las obligaciones alimenticias con el Derecho que viene a regular el divorcio o la separación judicial. Esto proporciona la seguridad jurídica necesaria y, indudablemente, reduce los costes para las personas implicadas. Asimismo, la regulación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos pretende proteger los intereses de las personas que por su estatus no tienen la capacidad jurídica para defenderse. Se excluye la designación de la ley aplicable en relación con menores de 18 años o con personas adultas con disminución o insuficiencia. El Protocolo toma en consideración el desarrollo tecnológico y da la posibilidad de las partes a registrar el acuerdo de elección en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta. Todas estas ventajas tienen como objetivo proporcionar un elevado nivel de previsibilidad y seguridad jurídica con respeto a las obligaciones de alimentos en las relaciones privadas internacionales.

La elaboración de norma unificadas en esta materia debe de ser valorado positivamente. Por un lado, está el Reglamento 4/2009 y por otro, la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en sus actos. La remisión que la norma comunitaria hace al Protocolo pretende remediar los problemas jurídicos y prácticos al ofrecer soluciones uniformes no sólo a situaciones intracomunitarias, sino también fuera de la UE. De esta manera, el legislador europeo hace frente a los nuevos modelos de familia y

a las regulaciones nacionales más restrictivas que no proporcionan una protección conveniente a todas las partes implicadas en un conflicto en materia de alimentos.

BIBLIOGRAFÍA

- Añooveros Terradas, B.: "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 462-469.
- Arenas García, R.: "Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en material de persona y familia", M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota, *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2017, p. 21-50.
- Bonomi, A.: *Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* [<www.hcch.net>].
- Campuzano Díaz, B.: "Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation", *Latest developments in EU Private International Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011, pp. 23-48.
- Campuzano Díaz, B.: "Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 octubre 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 462-471.
- Cabezuelo Arenas, A.L.: "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?", *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 3, 2004, pp. 2375-2394.
- Caravaca, A. L. y Carrasosa González, J.: "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 1, 2009, pp. 36-71.
- Carrasosa González, J.: "Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº1, marzo 2016, pp. 47-75.
- Carrasosa González, J.: "Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro", en *Protección de menores y Derecho internacional privado* (A. Cebrián Salvat e I. Llorente Martínez, dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 307-323.
- Fernández Rozas, J.C. y Rodríguez Mateos, P.: "Art. 9, ap. 9 del Código Civil: Ley aplicable a los individuos que ostentan más de una nacionalidad", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 392-428.
- Fernández Rozas, J.C.: "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley Unión Europea*, IV, Nº 8835, 2016 pp. 1-29.
- Gannagé, P.: "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Revue critique de droit international privé*, vol. 81, 1992, pp. 425-454.
- Jayme, E.: "Party autonomy in international family and succession law: new tendencies", *Yearbook of private international law*, 2010, vol.11, pp. 1-10.

- Jiménez Blanco, P.: "Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia", Guzmán Zapater M. y Esplugues Mota, C., *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2017, p. 51-74.
- Iriarte Ángel, F.B.: "Aplicación del Reglamento 2016/1103 y conflictos de leyes internacionales e internos en materia de régimen económico matrimonial", *Actualidad Civil*, nº 6, 2019.
- Martínez Escribano, C.: *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2011.
- Oprea, E. A.: "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 10, nº 2, pp. 579-596.
- Nagy, I.: "What function may party autonomy have in international family and succession law?: an European Union perspective", *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol.30, n. 4, 2012, pp. 576-586.
- Peari, S.: "Choice-of-law in family law: Kant, Savigny and the parties' autonomy principle", *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol. 30, nº 4, 2012, pp. 597-604.
- Pérez Martín, L. A., "Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. comentario de la sentencia de 24 julio 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 657-672.
- Pérez Martín, L.A.: "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial* (M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 927-963.
- Pérez Martín, L.A.: "Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en el derecho de familia internacional", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 469-494.
- Quinzá Redondo, P.: "El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 17, 2018.
- Rodríguez Vázquez, M.A.: "¿Qué requisitos deben cumplirse para que se aplique la ley del foro a una obligación alimenticia? El asunto C-214/17, *Mölk*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, octubre 2019, pp. 760-767.
- Sousa Gonçalves, A.S. de: "El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones", *La Ley Unión Europea* nº 40, 2016.
- Rühl, G.: "Choice of law by the parties", en J. Basedow, K. Hopt, y R. Zimmerman, R., *Max Planck encyclopedia of European private law*, 2012, pp. 190 ss.
- Yetano, T.: "The constitutionalisation of party autonomy in European family law", *J. Priv. In'l L.*, vol.6, n.1, 2010, pp.155-193.
- Župan, M.: "Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol", en Beaumont, P., Hess, B., Walker, L., Spancken, S., *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 314.