

LA EXCLUSIÓN DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES DEL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I*

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
Profesor titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Recibido: 19.01.2009 / Aceptado: 05.02.2009

Resumen: Las obligaciones derivadas del Derecho de familia y de sucesiones se hallan proscritas del ámbito sustantivo de aplicación tanto del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales como del Reglamento 593/2008 (Reglamento Roma I), que lo sustituirá a partir de diciembre de 2009, por considerarse que pese a su doble naturaleza contractual y familiar la primera prevalece sobre la segunda. Ello supone que dichas materias no han formado parte del núcleo originario de creación del Derecho internacional privado comunitario y que, por consiguiente, la determinación del ordenamiento aplicable a ellas se ha de realizar en otras fases y mediante otros instrumentos comunitarios. Analizado ello, se aborda el *status quaestionis* respecto de los tres ámbitos en que pueden surgir obligaciones contractuales que precisan de una aproximación conflictual: las obligaciones de alimentos entre parientes, los pactos sobre el régimen económico matrimonial y los testamentos y sucesiones.

Palabras clave: Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Ley aplicable, obligaciones contractuales, alimentos entre parientes, régimen económico matrimonial, testamentos y sucesiones.

Abstract: Obligations arising out of family and successions Law are excluded of the material scope of the 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations and of the 593/2008 Regulation (Rome I Regulation), which will replace the prior instrument since December 2009. Despite its double characterisation, it has been considered that obligations arising out of family and successions Law must not be regarded as contractual obligations to be included in the elaboration of the original European private international Law. Accordingly, the Law applicable to those matters has to be determined through other Community instruments. After such an analysis, this article deals with the conflict of Laws perspective of the following three legal institutions: maintenance obligations, agreements on the economic matrimonial regime and successions and wills.

Key words: Family Law, successions Law, applicable Law, contractual obligations, maintenance obligations, agreements on economic matrimonial regime, successions and wills.

Sumario: I. El ámbito material de aplicación del Reglamento 593/2008: consideraciones generales. – II. La proscripción del Derecho de familia y de sucesiones del ámbito de aplicación material del Reglamento 593/2008. 1. Las obligaciones de alimentos entre parientes. 2. Los pactos sobre el régimen económico matrimonial. 3. Los testamentos y sucesiones.

I. El ámbito material de aplicación del Reglamento 593/2008: consideraciones generales.

1. A partir del 17 de diciembre de 2009, el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Regla-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D “La europeización del Derecho de familia” (DER2008-05299/JURI) del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

mento Roma I) será de aplicación en la Unión Europea¹, sustituyendo así al instrumento que en la actualidad disciplina la cuestión de referencia en los países comunitarios²: el Convenio del mismo nombre hecho en Roma el 19 de junio de 1980³.

2. Aprovechada la transformación del citado Convenio en Reglamento para revisar a fondo sus soluciones⁴ –al igual que ocurriera con la del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 en Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000⁵–, dicha revisión ha afectado tanto a cuestiones generales como a cuestiones particulares, todo ello a raíz de los trabajos acometidos siguiendo de la hoja de ruta trazada en el Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización⁶.

3. Las aludidas cuestiones generales que se han suscitado con ocasión de este proceso han sido tres: por una parte las relaciones que han de darse entre las normas de conflicto generales contenidas en él y

¹ DOUE L 177, de 4 de julio de 2008. En relación con los tres países en situación peculiar respecto de los nuevos instrumentos comunitarios, conforme a lo establecido en los Protocolos 4 y 5 anejos al TUE y al TCE (Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, el primero desvinculado de los mismos y los otros dos con cláusula de *opting in*), el Reino Unido, que no participó en la elaboración del Reglamento Roma I, ha solicitado con fecha 24 de julio de 2008 vincularse por el mismo, lo cual ha sido aceptado por Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2008 (DOUE L de 15 de enero de 2009). En cuanto al resto de Estados comunitarios, se excepciona la aplicación del nuevo Reglamento a los territorios de ciertos países miembros en virtud de lo establecido en el artículo 299 del TCE.

² La bibliografía sobre el nuevo instrumento es abundante: con carácter general pueden verse, entre otros, P. BERTOLI, "Il ruolo della Corte di giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento 'Roma I'", *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2006, n° 4, pp. 999 ss.; F. FERRARI / S. LEIBLE (coords.), *Ein neues internationales Vertragsrecht für Europa, - Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Gottmadingen, 2007; S. LEIBLE / M. LEHMANN, "Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)", *Recht der internationalen Wirtschaft*, vol. 54 (2008), n° 8, pp. 528 ss.; M. LUDWIGS, "Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeit für eine Europäisierung des Privatrechts", *Europarecht*, 2006, n° 3, pp. 370; L. PRATS ALBENTOSA, "El Reglamento UE, Roma I, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales", *La Ley*, n° 6978 (30 de junio de 2008), pp. 1 ss.; y A. RODRÍGUEZ BENOT, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro", en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 497 ss.

³ BOE n° 171, de 19 de julio de 1993; corrección de errores en el BOE n° 189, de 9 de agosto del mismo año. Pese a carecer de valor legal, la versión consolidada del Convenio, en la que se integran todas las modificaciones del texto primitivo de 1980, puede verse en el DOUE C 334, de 30 de diciembre de 2005.

⁴ En tanto que A. BONOMI entiende que la transformación de este exitoso Convenio, veinticinco años después de su firma, era una buena ocasión para profundizar en su funcionalidad así como para erigir sobre ello un sistema de Derecho internacional privado europeo ("Conversion of the Rome Convention of Contracts into an EC Instrument. Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission", *Yearbook of Private International Law*, 2003, pp. 58 y 96), se trata, en la opinión de L.F. CARRILLO POZO, de una reforma precipitada ("La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia", *Revista del Poder Judicial*, n° 74 [2004], p. 41).

⁵ Ambos abordan la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; la versión consolidada del primero está publicada en el DOUE C 27, de 26 de enero de 1998 y la del segundo lo está en el DOUE L 12, de 16 de enero de 2001. Acerca de esta transformación véanse M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / A. RODRÍGUEZ BENOT, "La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, n° 2, pp. 35 ss.; P. PIATTI, "Le prospettive di riforma della Convenzione di Bruxelles", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1999 (diciembre), pp. 1201 ss.; A. BORRAS RODRÍGUEZ (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Marcial Pons, Madrid, 1998; ID., "La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, n° 2, pp. 300-301; M. JAMETTI GREIMER, "Die Revision des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens", *Aktuelle Juristische Praxis*, 9/99, pp. 1135 ss.; F. SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Cedam, Padua, 2000; y R. WAGNER, "Die geplante Reform des Brüsseler und des Lugano Übereinkommens", *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, n° 4, pp. 241 ss.

⁶ COM(2002), 654 final, de 14 de enero de 2003. Sobre el mismo pueden verse el Dictamen elaborado por el Comité Económico y Social Europeo en enero de 2004 (DOUE C 108, de 30 de abril de 2004); los trabajos acometidos por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP) que, versando sobre las posibles mejoras del Convenio, han desembocado en propuestas concretas de modificación de su texto (cfr. <http://www.gedip-egpil.eu>); y las siguientes referencias doctrinales, entre otras: A. BONOMI, "Conversión...", *cit.*, pp. 53 ss.; CH. HANDING, "Grünbuch über Rom I", *Ecolex*, 2003, pp. 290 ss.; N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della convenzione di Roma: problemi generali", en P. PICONE (ed.), *Diritto internazionale privato e Diritto europeo*, Cedam, Padua, 2004, pp. 319 ss.; y E. JAYME / CH. KOHLER, "Europäisches Kollisionsrecht 2003: der Verfassungskonvent und das Internationale Privat- und Verfahrensrecht", *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2003, pp. 485 ss.

las normas con incidencia en la determinación de la Ley aplicable que figuran en instrumentos sectoriales; por otra parte la eventual conveniencia de inclusión de una cláusula para garantizar la aplicación del estándar mínimo comunitario cuando todos —o algunos— de los elementos de un contrato se localicen en la Unión Europea; y por fin las relaciones del nuevo instrumento comunitario con otros instrumentos internacionales existentes en la materia. Cuestiones que pueden ser resumidas, si se desea, un planteamiento más global: la posición que ha de corresponder al nuevo texto normativo en el proceso de comunitarización del Derecho internacional privado.

4. Las cuestiones particulares sobre las que se ha generado la reflexión a propósito de la transformación del Convenio de Roma de 1980 en Reglamento 593/2008 podrían sintetizarse, a nuestro entender cuatro grandes bloques: el relativo al ámbito de aplicación material de Roma I; el concerniente a las soluciones generales para la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales; el atinente a las soluciones específicas para contratos en los que intervengan partes más débiles (consumidores, seguros y contratos de trabajo); y el correspondiente a cuestiones técnicas tales como las disposiciones imperativas y las leyes de policía, por una parte, y a la cesión del crédito, a la subrogación y a la compensación legal, por otra.

5. De todas las cuestiones específicas señaladas es la primera la que atañe directamente al objeto de este artículo. En tanto que la regla general de la aplicabilidad del nuevo instrumento a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil que impliquen un conflicto de Leyes no ha sido alterada (artículo 1, apartado 1º, en el Convenio de 1980 y en el Reglamento de 2008)⁷, sí que han resultado afectadas algunas de las materias que los apartados 2º y siguientes de dicho artículo en ambos textos excluyen *ex professo* del ámbito de aplicación material de Roma I, siendo el resultado de ello el siguiente.

1. Materias cuya exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento de Roma I es idéntica a la del Convenio de Roma de 1980. Es el caso, por una parte, del estado civil y de la capacidad de las personas físicas (en definitiva, del mínimo común denominador de cualquier concepción acerca del estatuto personal); por otra parte, de las obligaciones derivadas de los instrumentos cambiarios (letras de cambio, cheques y pagarés); y, por último, de la prueba y del proceso (sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 en el Convenio y en el 18 en el Reglamento).

2. Materia de nueva inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento de Roma I. Se trata de las obligaciones que se derivan de los tratos previos (artículo 1, apartado 2º, letra i), pues la misma es objeto de regulación por el artículo 12 del aludido Reglamento 864/2007.

3. Materias excluidas del ámbito de aplicación de ambos instrumentos pero cuya redacción ha resultado alterada. En este apartado hemos de distinguir, a su vez, dos situaciones: aquella en que la nueva redacción se diferencia de la anterior en cuestiones meramente terminológicas (los convenios de arbitraje y de elección de foro o de Tribunal competente; la actuación del intermediario frente a terceros o para un órgano de una persona jurídica; y el *trust*); y aquella en que la modificación apreciada resulta más sustantiva (es el caso tanto de los contratos de seguros y como del Derecho de familia y de sucesiones).

En lo que a este último concierne, el Reglamento 593/2008 realiza la distinción de dos bloques de materias excluidas de su ámbito de aplicación en su artículo 1, apartado 2º:

“b) las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos;

c) las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones”.

6. En la calificación de ambos bloques de materias coinciden dos caracteres. Desde el punto de vista de la naturaleza de las instituciones, se trata de supuestos que comparten, al menos, una doble ca-

⁷ En la concreción del ámbito sustantivo de aplicación del Reglamento Roma I ha pretendido el legislador comunitario garantizar la coherencia con el citado Reglamento 44/2001 y con el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II, DOUE L 199, de 31 de julio de 2007).

rácter familiar y contractual, habiéndose considerado por el legislador comunitario que la primera ha de prevalecer sobre la segunda y que, por consiguiente, su solución conflictual ha de venir proporcionada en el futuro por otro instrumento normativo comunitario sobre determinación del ordenamiento aplicable diferente al Reglamento Roma I (que se ciñe al Derecho patrimonial *stricto sensu*). Desde la perspectiva de la concreción de la calificación se deriva al sistema de Derecho internacional privado competente en cada caso la identificación funcional de las instituciones que hagan las veces, respectivamente, de relaciones familiares o de regímenes económicos matrimoniales, acogiéndose en principio a estos efectos, y como solución más aceptada en Derecho comparado, la calificación *lege fori*⁸.

7. Explicado lo anterior, procederemos en el epígrafe que continúa al análisis de los tres sectores de los que pueden derivarse, con mayor frecuencia, situaciones obligaciones de carácter familiar *lato sensu* que no serán objeto de disciplina por el Reglamento Roma I: los alimentos entre parientes, los regímenes matrimoniales y la sucesión *mortis causa*.

II. La proscripción del Derecho de familia y de sucesiones del ámbito de aplicación material del Reglamento 593/2008.

8. En el texto del que trae causa el Reglamento 593/2008, el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, se excluyen de su ámbito de aplicación material (artículo 1, apartado 2º) “las obligaciones contractuales relativas a los testamentos y sucesiones; los regímenes matrimoniales; los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones de dar alimentos respecto de los hijos no matrimoniales”.

Mediante dicha descripción se alude a la globalidad de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y/o del Derecho de sucesiones, cuya proscripción del Convenio se justifica con escasas palabras en el Informe explicativo del mismo elaborado por M. GIULIANO y P. LAGARDE⁹. Esta misma exclusión global del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones es mantenida, según se ha advertido, por el texto del nuevo Reglamento de 2008, si bien con matices en la redacción de las respectivas normas¹⁰.

9. Llegado este punto es preciso estudiar, como hemos adelantado, los tres sectores de los que pueden derivarse, con mayor frecuencia, situaciones obligaciones de carácter familiar y/o sucesorio *lato sensu* respecto de las que la determinación del ordenamiento aplicable no será objeto de disciplina por el Reglamento Roma I: los alimentos entre parientes, los regímenes matrimoniales y la sucesión *mortis causa*.

⁸ En estos términos se pronuncia el considerando 8 de la exposición de motivos del Reglamento Roma I: “Las relaciones familiares deben abarcar parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral. La referencia en el artículo 1, apartado 2, a las relaciones con efectos análogos al matrimonio y otras relaciones familiares debe interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al tribunal”.

⁹ JOCE C 282, de 30 de octubre de 1980, p. 10; como en el propio Informe se aclara, y con el fin de evitar disfunciones exegéticas, la terminología utilizada a este respecto en él es idéntica a la empleada en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, del que resulta un complemento lógico o una prolongación natural en palabras de M. VIRGOS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y OTROS (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, p. 758.

¹⁰ Además de las materias citadas por el artículo 1, apartado 2º, del Convenio de Roma de 1980, hemos de analizar otras dos tocantes al Derecho de familia (Informe GIULIANO-LAGARDE, *cit.*, pp. 10-11). Por un lado la guarda y custodia de los menores, que el Grupo de trabajo que elaboró la propuesta de Convenio de 1980 entendió por unanimidad que se incardinaba en el bloque correspondiente al estado y capacidad de las personas (si bien, a fin de evitar una interpretación *a contrario* con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, no consideró oportuno mencionar expresamente esta exclusión en el texto de aquel Convenio). Por otra parte las donaciones que, con carácter general, no son excluidas globalmente de su ámbito de aplicación material, lo que significa que las que derivan de un contrato, aun realizadas en un marco familiar, se regulan por dicho instrumento; en cambio, no lo serían las donaciones contractuales afectadas únicamente por el Derecho de familia, por los regímenes matrimoniales o por las sucesiones.

1. Las obligaciones de alimentos entre parientes.

10. Consistiendo esta institución en el derecho que tiene una persona denominada alimentista (acreedora de los alimentos) a reclamar a otra con la que le une un vínculo de parentesco y llamada alimentante (deudora de los alimentos) lo necesario para satisfacer sus necesidades vitales, se deduce la necesaria presencia de tres requisitos para su existencia: que el alimentista y el alimentante se hallen vinculados por parentesco; que el alimentista se encuentre en estado de necesidad, de manera que no pueda proveer por sí mismo a su sustento; y que el alimentante tenga suficiente capacidad económica para hacerlo sin detrimento de su propio sustento¹¹.

11. La presencia de algún elemento extranjero en la institución de los alimentos la convierte en objeto del Derecho internacional privado, lo cual se justifica tanto desde un punto de vista sociológico (son cada vez más numerosos los supuestos en que alimentista y alimentante tienen nacionalidades, residencias habituales o domicilios en países diferentes), como jurídico (ello se aprecia en la liberalización creciente en las legislaciones de divorcio y de filiación, y en la mayor intervención de la autoridad pública en un campo antes considerado propio de la esfera privada familiar)¹². La multiplicación de casos de prestación de alimentos en el tráfico externo ha dado pie a una activa y progresiva intervención de los Estados implicados a fin de regular este tráfico internacional para prevenir y evitar conductas ilícitas en general, y con el objetivo específico de salvaguardar el interés de los alimentistas, siendo la cooperación internacional la vía más indicada para alcanzar ambos móviles¹³.

12. La institución de los alimentos entre parientes provoca diversos problemas jurídicos, a los que la construcción europea ha querido ser especialmente sensible mediante su inclusión en diferentes documentos¹⁴. La base de esos problemas concierne al hecho de que afecta directamente a la vida diaria de los ciudadanos pues se considera esencial el cobro efectivo de las deudas para el bienestar de las personas en la Unión Europea, como pusiera de manifiesto el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil de 15 de enero de 2001¹⁵; dicho cobro, a veces, viene dificultado por el atraso en el abono de las pensiones y más concretamente por una eventual prescripción de la acción de cobro de las pensiones devengadas conforme al ordenamiento del Estado requerido, como ha apuntado el Libro verde sobre obligaciones alimentarias¹⁶. Desde una perspectiva subjetiva otra dificultad se ha suscitado en relación con las personas respecto de las que

¹¹ La relevancia social y jurídica del derecho a la obtención de alimentos ha provocado su elevación al grado de derecho humano reconocido y protegido más allá de las fronteras: así ocurre, en un plano genérico, con los artículos 25, apartado 1º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966; en el ámbito específico de los menores, el derecho a la obtención de alimentos deriva de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, y del artículo 27, apartado 4º, de la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

¹² Acerca de esta institución en clave comparada e internacionalprivatista véanse con carácter general, entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid, 1996; G. BADIALI, *La disciplina convenzionale degli obblighi alimentari*, Giuffrè, Milán, 1994; P. BAUMANN, "Aktuelles zum internationalen Unterhaltsverfahrensrecht", *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1994, nº 6, pp. 435 ss.; B. BRÜCKNER, *Unterhaltsregress im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, JCB Mohr, Tübinga, 1994; E. GROFFIER, *Les pensions alimentaires à travers les frontières. Étude de Droit international privé comparé*, Wilson & Lafleur, Montreal, 1980; F. HERZLEDER, *Les obligations alimentaires en Droit international privé contemporain*, LGDJ, París, 1985; y D. MARTINY, "Maintenance Obligations in the Conflict of Laws", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 247 (1994), pp. 131 ss.

¹³ En la regulación de los alimentos el interés de la persona más débil -y digna, en consecuencia, de mayor protección- ha de ser la guía del legislador. En el seno de nuestro ordenamiento, esta exigencia deriva directamente del mandato tuitivo genérico contenido en el artículo 39 de la Constitución que dedica un precepto *ad hoc* a las obligaciones de los padres respecto de los hijos: "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda" (apartado 3º).

¹⁴ Cfr. I. VIARENGO, "Le obbligazioni alimentari nel Diritto internazionale privato comunitario", en S. BARIATTI (coord.), *La famiglia nel Diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 227 ss.

¹⁵ DOCE C 12, de 15 de enero de 2001; sobre él véase la Nota de C. GONZÁLEZ BEILFUSS en la *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000, nº 2, pp. 662 ss.

¹⁶ Documento COM(2004) 254 final, de 15 de abril de 2004.

se predica la figura, esto es, en relación con la definición de “parientes” y ello por cuanto el citado Libro verde plantea la eventual inclusión en ella de las parejas de hecho. Desde un ángulo procesal, por fin, dos son los problemas más frecuentemente surgidos en la práctica, igualmente apuntados por el citado instrumento de 15 de abril de 2004: por una parte la ejecución provisional de las deudas y por otra la ejecutoriedad de la resolución propiamente dicha así como el plazo para la ejecución.

13. Ante este panorama, la realidad pone de manifiesto que en el núcleo duro normativo que dio origen al actual Derecho internacional privado comunitario (esto es, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980), la reglamentación de los alimentos entre parientes fue objeto de un tratamiento dispar.

1. Por una parte, pese a tratarse de una materia propia del Derecho de familia los alimentos resultaron incluidos en su momento en el ámbito de aplicación sustantivo de un instrumento de naturaleza procesal referido al Derecho patrimonial como el citado Convenio de Bruselas de 1968 –hoy sustituido por el Reglamento 44/2001–, destinándole además un precepto *ad hoc* en sede de competencias especiales alternativas al foro general del domicilio del demandado: nos referimos al artículo 5, apartado 2^o¹⁷. La razón de esta inclusión fue doble: el innegable contenido económico de que goza la obligación de alimentos y la previa labor de codificación que en este campo había acometido la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (que vinculaba, en buena medida, a los entonces Estados miembros de la Comunidad Económica Europea)¹⁸.

2. Por otra parte los alimentos entre parientes han resultado excluidos del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma de 1980 (texto del que trae causa el Reglamento 593/2008), cuando precisamente dicho instrumento se elaboró, según se ha advertido, a modo de complemento lógico o prolongación natural del Convenio de Bruselas de 1968. La proscripción de estas obligaciones se explica en el Informe GIULIANO-LAGARDE señalando que el Grupo de trabajo que elaboró el anteproyecto del Convenio de 1980 consideró que la exclusión debería afectar a los contratos que las personas sometidas a una

¹⁷ En la versión del actualmente vigente Reglamento 44/2001, dispone la citada regla: “Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 2º En materia de alimentos, ante el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos o, si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la Ley del foro para conocer de ésta, salvo que tal competencia se fundamentare exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes”.

En la interpretación de ese precepto del Convenio de Bruselas el propio TJCE ha ofrecido una definición autónoma de alimentos entre esposos en su sentencia en el asunto C-220/95, *A. Van den Boogard c. P. Laumen*, de 27 de febrero de 1997, donde estableció que “una resolución, dictada en el contexto de un proceso de divorcio, por la que se ordena el pago de una cantidad global, así como la transmisión de la propiedad de determinados bienes de uno de los esposos a favor de su ex cónyuge, hace referencia a obligaciones alimentarias (...), en la medida en que tenga por objeto garantizar la manutención de dicho ex cónyuge”.

¹⁸ Nos referimos a los Convenios firmados el 2 de octubre de 1973 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (BOE nº 222, de 16 de septiembre de 1986; ha sustituido al Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores a las relaciones entre los Estados parte en ambos) y referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias (BOE nº 192, de 12 de agosto de 1987; ha sustituido al Convenio de 15 de abril de 1958 relativo al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones en materia alimentaria en las relaciones entre los Estados parte en ambos); sobre estos instrumentos véanse, entre otros, A. BORRAS RODRÍGUEZ, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la comisión especial sobre aplicación de los Convenios en materia de alimentos (13-17 de noviembre de 1995)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995, nº 2, pp. 498 ss.; P. DE CESARI, “Le nuove convenzioni dell’Aja in materia di obbligazioni alimentari”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1983, nº 1, pp. 42 ss. y C. JACCOTTET, *Les obligations alimentaires envers les enfants dans les Conventions de La Haye*, P. Lang, Berna/Francfort, 1982.

A fin de mejorar la cooperación entre los Estados en materia de cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia disponiendo de procedimientos que den resultados y que resulten accesibles, rápidos, eficaces, económicos, flexibles y justos, el 23 de noviembre de 2007 se abrieron a la firma en La Haya el Convenio sobre el cobro internacional de alimentos destinados a los menores y a otros miembros de la familia (hasta fecha rubricado sólo por Estados Unidos y Burkina Faso, sin que haya entrado en vigor), así como el Protocolo sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en el momento presente no ha recibido firma alguna). El primero de estos instrumentos sustituye a los aludidos Convenios de 2 octubre 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias y de 15 de abril de 1958 en las relaciones entre los Estados parte en ellos en la medida en que su ámbito de aplicación coincida con el ámbito de aplicación del nuevo Convenio; el Protocolo citado sustituye a su vez a los referidos Convenios de 2 de octubre de 1973 sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias y de 24 de octubre de 1956. La bibliografía acerca de estos novedosos instrumentos puede consultarse en el sitio Web de la Conferencia www.hcch.net.

obligación legal de alimentos concluían con vistas a la ejecución de tal obligación; *a sensu contrario* cabe entender que cualquier otra obligación contractual entraría en el ámbito sustantivo de aplicación del Convenio de 1980 (y pronto del Reglamento 593/2008), aun cuando tuviera por objeto el sostenimiento de un miembro de la familia respecto del que no existiera una obligación legal de dar alimentos¹⁹.

14. Lo anterior significa que la aproximación conflictual a la reglamentación de las obligaciones legales de alimentos ha de ser efectuada, en el ámbito comunitario, desde otros instrumentos.

15. Para afrontar las dificultades que suscitan los alimentos entre parientes en el seno de la Unión Europea se han acometido importantes iniciativas. En el marco de la cooperación intergubernamental comunitaria se firmó en Roma el 6 de noviembre de 1990 un Convenio sobre la simplificación de procedimientos para el cobro de alimentos, que nunca llegó a entrar en vigor²⁰. En la actual fase de construcción europea, las soluciones de futuro apuntadas abarcan un amplio espectro: por una parte, el Proyecto de medidas de 2001 ya planteó la conveniencia de la supresión del exequátur en este ámbito²¹; por otra parte, y en esta misma línea, el punto 3.4.2 del Programa de La Haya para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea expresó la conveniencia de elaborar un instrumento en 2005 sobre la materia que a más tardar en 2011 debería estar implementado²².

16. Tras la propuesta de Reglamento efectuada por la Comisión en diciembre de 2005 para facilitar el cobro de las obligaciones alimenticias en la Unión Europea y los deseos del Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 19 y 20 de junio 2008 para que el Reglamento definitivo en la materia se adoptase antes de finalizar dicho año –habida cuenta de los positivos efectos que dicha cooperación puede tener en la vida diaria de los ciudadanos–, el 18 de diciembre de 2008 se promulgó el Reglamento (CE) n° 4/2009 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (también conocido como Reglamento Bruselas III)²³.

¹⁹ Informe *cit.*, p. 11; en dicho texto se entienden tales obligaciones en los términos en que las define el artículo 1 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 (*supra*): aquellas que se deriven “de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, comprendidas las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo”.

²⁰ Cfr. M. REQUEJO ISIDRO, “Ratificación por España del Convenio de Roma sobre simplificación de procedimientos para el cobro de alimentos, de 6 de noviembre de 1990”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, n° 1, pp. 381 ss.

²¹ De interés resulta en este punto el estudio de la eventual aplicación a las obligaciones de alimentos del Reglamento (CE) no 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DOUE, L 143, de 30 de abril de 2004). Véanse sobre este particular, entre nosotros, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los alimentos y el título ejecutivo europeo”, en S. ADROHER BIOSCA Y OTROS, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, pp. 79 ss.; J. FORCADA MIRANDA, “Obligaciones alimentarias: hacia la supresión del exequátur”, en la misma obra anterior, pp. 265 ss.; y M. GUZMÁN ZAPATER, “La superación del exequátur en el espacio judicial europeo: decisiones relativas a derecho de visita y obligación de alimentos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, pp. 211 ss.

²² DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005; en él sobresalen dos grandes caracteres en lo que atañe a un pretendido Derecho comunitario de la familia: uno temporal (la fecha límite es 2011 para la adopción de los instrumentos oportunos) y otro normativo (la utilización del método conflictual antes que la adopción de normas de Derecho material uniforme, al que sólo se recurrirá cuando sea necesario para posibilitar efectivamente el reconocimiento mutuo de las resoluciones o para mejorar la cooperación judicial en materia civil); sobre este texto véase J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, “El Programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia”, *La Ley (Unión Europea)*, n° 6641 (31 de enero de 2007), pp. 1 ss.

Con posterioridad al mismo deben tenerse presentes tanto la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir”, COM(2006) 331 final, de 28 de junio de 2006 (sobre él *vid.* L. GOMIS CATALA, “Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir”, *Unión Europea Aranzadi*, 2006, n° 8, pp. 21 ss.) como los Informes de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la ejecución del Programa de La Haya en 2005 (COM[2006] 333 final, de 28 de junio de 2006), en 2006 (COM[2007] 373 final, de 3 de julio de 2007) y en 2007 (COM[2008] 373 final, de 2 de julio de 2008).

²³ DOUE L 7, de 10 de enero de 2009; en materia de alimentos este instrumento sustituye las disposiciones del Reglamento 44/2001 (Bruselas I) así como la aplicación del citado Reglamento sobre el título ejecutivo europeo (excepto en lo referente a los títulos ejecutivos europeos sobre obligaciones de alimentos expedidos en un Estado miembro que no sea parte en el Protocolo de La Haya de 2007). El Reglamento entrará en vigor el 30 de enero de 2009, si bien sus artículos 2.2°, 47.3°, 71, 72 y 73 se aplicarán a partir del 18 de septiembre de 2010, en tanto que el resto de disposiciones se aplicará a partir del 18 de junio de 2011 siempre que el Protocolo de La Haya de 2007 sea aplicable en la Comunidad en esa fecha pues, en caso contrario, se aplicará a partir de la fecha de aplicación del Protocolo en ésta (artículo 76 del Reglamento).

17. Estando conformado su ámbito de aplicación sustantivo por las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad (artículo 1, apartado 1º), aborda un vasto elenco de materias relacionadas con tal objeto: en efecto, además de las referidas en su rúbrica contiene normas sobre justicia gratuita así como sobre transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva.

18. En lo que concierne a la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones de alimentos, el vacío derivado del Convenio de Roma de 1980 y de su futuro heredero el Reglamento 593/2008 ha sido colmado en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia por el nuevo Reglamento 4/2009 mediante un mecanismo *sui generis*. De entrada, como resulta lógico, este instrumento únicamente determina el ordenamiento aplicable a las obligaciones de alimentos y no el aplicable al establecimiento de las relaciones familiares en las que se basan tales obligaciones de alimentos (pues éstas se siguen regulando por los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros). Ahora bien, seguidamente el artículo 15 del Reglamento 4/2009 establece que

“La Ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (...) en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento”.

Ello implica, según ha puesto de manifiesto F. GARAU SOBRINO, que, *sensu contrario*, los Estados miembros que no sean parte en el Protocolo –de momento todos, pues ninguno lo ha firmado siquiera– continuarán aplicando sus normas de conflicto, de origen interno o convencional, en materia de alimentos, lo que atestigua un pobre resultado en la tan esperada armonización de este sector del Derecho de familia a la vez que una complicada distinción de regímenes entre Estados parte y no parte en el Protocolo de 2007²⁴.

19. No queremos concluir este bloque sin efectuar una referencia, al menos tangencial, a la tarea que, desde la óptica doctrinal, se ha venido asimismo acometiendo desde hace unos años en orden al estudio y desarrollo del Derecho sustantivo de familia en la Unión Europea, ocupando una posición total en este ámbito los trabajos de la *Comission on European Family Law* (CEFL), constituida el 1 de septiembre de 2001 y cuya Secretaría está ubicada en la Universidad de Utrecht²⁵.

Esta institución –que pretende superar el carácter subsidiario que posee la unificación del Derecho de familia en la Unión Europea en relación, por ejemplo, con el Derecho patrimonial– tiene por principal objetivo impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica sobre la unificación del Derecho de familia en Europa para lo que, en concreto, se propone: estudiar el estado actual de la investigación comparada en lo referente a la armonización del Derecho de familia en los países europeos (intercambiando experiencias coordinando futuras actividades de investigación en este campo); buscar el núcleo común para solucionar diversos problemas jurídicos sobre la base de la comparación entre las diferentes soluciones adoptadas en los Derechos de familia de los distintos ordenamientos jurídicos europeos; y estudiar el papel de los futuros (potenciales) Estados miembros de la Unión Europea en el proceso de armonización del Derecho de familia. El resultado que se espera obtener es, en esencia, la formulación

Por lo que se refiere al ámbito territorial de aplicación de este nuevo instrumento, es de reseñar que estará vigente en Irlanda al haberlo así notificado aunque, de momento, no en el Reino Unido (véanse los considerandos 46 y 47 de su exposición de motivos) que, no obstante, podría más adelante ejercer la cláusula de *opting in*. El otro país que por los Protocolos anejos al TUE y al TCE tiene un régimen *ad hoc*, Dinamarca, no queda vinculado por este Reglamento ni por ningún otro derivado del artículo 65 del último de los citados Tratados, sin perjuicio de que "pueda aplicar el contenido de las modificaciones introducidas en el Reglamento (CE) nº 44/2001 en virtud del artículo 3 del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil" (considerando 48 del nuevo Reglamento).

²⁴ Véase su entrada en el blog <http://conflictuslegum.blogspot.com/2009/01/reglamento-bruselas-iii-o-bruselas-25.html> de 10 de enero de 2009, en la que además incide en los problemas de entrada en vigor que se derivan de los instrumentos elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

²⁵ <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl>. En dicha página puede consultarse una exhaustiva bibliografía sobre Derecho de familia en Europa en la que se contienen registros desde 1963 hasta nuestros días.

de un conjunto de *Principios del Derecho Europeo de Familia* que faciliten la armonización del Derecho de este sector en la Unión Europea.

20. El desarrollo de esta tarea es abordado por la CEFL con una doble característica: por una parte incidiendo en una armonización sustantiva, antes que conflictual, de la materia (lo que contrasta con la técnica seguida por el Reglamento 4/2009) y por otra parte acometiendo esta labor de forma sectorial. El resultado que, a fecha de hoy, ofrece la CEFL es la publicación en el ámbito del divorcio y de la pensión alimenticia entre *ex* cónyuges, bajo la edición de K. BOELE-BOELKI, B. BRAAT e I. SUMNER, de dos volúmenes con la rúbrica común *European Family Law in Action*²⁶, en los que se recopilan veintidós respuestas nacionales a sendos cuestionarios previos sobre las respectivas materias²⁷ y que han servido de base a su vez para la publicación de un posterior texto titulado *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between Spouses*²⁸ en el que, además del oportuno estudio científico de la cuestión, se incluye el texto de los *Principios de Derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados*²⁹.

Careciendo de carácter vinculante, y pese a no tener siquiera la consideración de Ley modelo *stricto sensu*³⁰, la utilidad de estos Principios se pone de relieve mediante su eventual virtualidad como marco de referencia para los legisladores y los órganos judiciales estatales, europeos e internacionales, lo cual se facilita tanto por la técnica comparatista manejada para concretar dichos Principios como por la consagración de criterios de solución que pueden ser generalmente considerados como apropiados para cualquier legislador³¹.

2. Los pactos sobre el régimen económico matrimonial.

21. El régimen económico matrimonial –esto es, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges– forman parte del concepto más amplio de efectos del matrimonio. Como ha puesto de manifiesto entre nosotros E. RODRÍGUEZ PINEAU, dentro de la categoría de los efectos del matrimonio cabe distinguir entre una vertiente *ad intra* y otra *ad extra*³².

a) En la primera nos referiríamos a las relaciones personales y patrimoniales *inter partes* u horizontales entre los cónyuges, así como a las relaciones verticales del mismo carácter entre éstos y los hijos; en esta categoría cabría pues incluir, *lato sensu*, el nombre y apellidos, la capacidad, la nacionalidad, los alimentos, la filiación, la titularidad y libre disposición de los bienes, o los rendimientos económicos.

²⁶ *Volume I: Grounds for Divorce y Volume II: Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Amberes, 2003.

²⁷ Su contenido puede asimismo consultarse en el sitio Web citado en la nota 25.

²⁸ Amberes, Intersentia, 2004.

²⁹ Redactados en inglés, francés y alemán con comentarios en lengua inglesa; dichos Principios pueden consultarse en lengua española en el sitio Web citado en la nota 25.

³⁰ Cfr. E. ARROYO AMAYUELAS, "El futuro Derecho europeo de la familia", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, nº 2, p. 1185.

³¹ A modo de ejemplos, el Fiscal General de los Países Bajos ha invocado los Principios de Derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental en la sentencia del *Hoge Raad* (Corte de Casación) de 25 de abril de 2008 (cfr. la página Web <http://rechtennieuws.nl/ljn/BC5901>); de igual modo, en la reforma del divorcio en el ordenamiento portugués (en vigor desde el 1 de diciembre de 2008), el legislador luso ha valorado acoger soluciones similares a las contenidas en los Principios de Derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados, según se informa en la página Web de la CEFL.

³² *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 4-5. Desde la perspectiva comparatista e internacionalprivatista véanse igualmente, A. BONOMI Y OTROS, *Les régimes matrimoniaux en Droit comparé et en Droit international privé*, Droz, Ginebra, 2006; M^a.P. DIAGO DIAGO, "The Matrimonial Property Regime in Private International Law", *Yearbook of Private International Law*, vol. 1 (1999), pp. 179 ss.; G.A.L. DROZ, "Les régimes matrimoniaux en Droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 143 (1974), pp. 1 ss.; D. HENRICH, "Ehegattenmitarbeit und IPR", en G. ANNUSS / E. PICKER / H. WISSMANN (eds.), *Festschrift für Reinhard Ricardi zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich, 2007, pp. 1039 ss.; V.L. SIMO SANTONJA, *Regímenes matrimoniales. Legislación comparada*, Aranzadi, Pamplona, 1991; A.V.M. STRUYCKEN, "Régimes matrimoniaux- banc d'essai de la codification internationale du Droit international privé", en *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz (On the Progressive Unification of Private International Law/Sur l'unification progressive du Droit international privé)*, M. Nijhoff, La Haya, 1996, pp. 445 ss.; M. VERWILGHEN (coord.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités (Droit international privé et Droit comparé)*, 3^a ed, Bruylant, Bruselas, 2003; y N. WATTE, *Les droits et devoirs respectifs des époux en Droit international privé*, Larcier, Bruselas, 1987.

b) En la segunda vertiente estaríamos aludiendo a la incidencia externa del matrimonio en el tráfico jurídico en lo que concierne tanto al estado civil concreto de los cónyuges como al régimen de responsabilidad que asumen de sus bienes.

El objeto de análisis en estas líneas se ciñe al denominado régimen económico matrimonial, es decir, a las relaciones patrimoniales o efectos económicos existentes entre los cónyuges; o, si se prefiere en la terminología de la autora citada, a la organización y solidaridad patrimonial entre los cónyuges³³.

22. En la teoría y en la práctica, la cuestión relativa al régimen económico matrimonial adolece de una importancia evidente tanto en el ámbito de la determinación de la competencia judicial internacional y del ordenamiento aplicable a esta institución como en el del reconocimiento extraterritorial de las decisiones, importancia que no ha decaído a lo largo de la historia³⁴. En la última dirección apuntada, un dato objetivo (el incremento del número de matrimonios mixtos en las sociedades modernas) y otro objetivo (la creciente tendencia a la admisión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la configuración material y conflictual de sus relaciones patrimoniales³⁵) ha avivado en la necesidad de procurar la evitación y solución de los litigios en este ámbito del Derecho internacional privado.

23. Partiendo del aumento de situaciones conflictivas surgidas en la Unión Europea como consecuencia de los movimientos de personas por su territorio, y teniendo presente el juego de las distintas conexiones de la nacionalidad, del domicilio y de la residencia habitual, se podrá intuir la diversidad y pluralidad de situaciones objeto de eventual análisis en orden a la determinación del ordenamiento aplicable al régimen económico matrimonial³⁶. Si a ello añadimos los distintos grados de reconocimiento de las parejas de hecho —sean o no de distinto sexo— en los Estados comunitarios, se comprenderá aún más la complejidad de la cuestión³⁷.

24. Ante esta realidad fáctica y jurídica, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 proscribire de su ámbito de aplicación material los acuerdos de los cónyuges acerca de su régimen económico matrimonial, pese a su naturaleza asimismo contractual³⁸, al excluir en su artículo 1, apartado 2º, letra b), a “los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad”.

³³ E. RODRÍGUEZ PINEAU, *cit.*, p. 7.

³⁴ Cfr. A.E. VON OBERBECK, “La famosissima questio résolue? - Observations sur le rattachement des régimes matrimoniaux à propos de deux arrêts récents”, en *Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995, pp. 251 ss.

³⁵ Cfr. entre nosotros J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley: estudio de Derecho internacional privado, Comares*, Granada, 2000, pp. 126 ss., y E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial, cit.*, pp. 46 ss.

³⁶ Cfr. I. VIARENGO, “I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto internazionale privato comunitario”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n° 3, 2007, pp. 603 ss. Conocedora de estas dificultades, la Comisión Europea encargó al TMC Asser Institut y a la Universidad Católica de Lovaina un informe que ha visto la luz en abril de 2003 con la rúbrica *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le Droit international privé et le Droit interne des États membres de l’Union Européenne* bajo la coordinación de M. MICHIEL / J. DE ROOIJ / M. VERWILGHEN; en este estudio se recomienda no sólo la armonización conflictual de la materia, sino también una armonización material (p. 49); cfr. sobre ello C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción del Espacio Judicial Común”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, tomo IV (2004), pp. 176-177.

³⁷ Sobre esta última materia en perspectiva comparada pueden verse, entre otros, K. BOELE-WOELKI / A. FUCH (eds.), “Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe”, *Electronic Journal of International Law*, vol. 7.3 (2003); E. CALO, *Le convivenze registrate in Europa*, Giuffrè, Milán, 2000; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 700 (2007), pp. 443 ss.; V. CAMARERO SUÁREZ, “Un apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el status jurídico de las parejas del mismo sexo”, *La Ley*, n° 6105 (13 de octubre de 2004), pp. 1 ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004; I. RENG, *Unterhaltsansprüche aufgrund nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Internationales Privatrecht und ausländisches materielles Recht*, Lang, Frankfurt a.M., 1994; P. STRIEVE, *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Colonia / Berlín, Munich, 1986; y R. DE VELASCO MARÍN, *Derecho comparado sobre las uniones de hecho en España y en Francia*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

³⁸ Sobre la autonomía de los cónyuges en la reglamentación de su régimen matrimonial véanse M^a.P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en el Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999 e I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto internazionale privato*, Cedam, Padua, 1996.

El Reglamento 593/2008 que lo sustituirá mantiene idéntica proscripción de su ámbito sustantivo de aplicación (*supra*).

25. A lo anterior se añade que, a diferencia de lo ocurrido en relación con los alimentos entre parientes, los instrumentos procesales de contenido patrimonial —el Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento 44/2001 que lo ha sustituido— tampoco han disciplinado esta materia, por lo que la misma ha estado ausente de la elaboración del Derecho internacional privado comunitario desde un primer momento. Incluso en fases posteriores de este proceso es preciso señalar que la perspectiva procesal del régimen económico matrimonial también quedó fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental de los hijos comunes³⁹ por cuanto este instrumento, según explica el considerando 4 de su exposición de motivos, se limitó a disciplinar los procedimientos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial (ello pese a reconocerse su vinculación con estos procedimientos). Y en el Reglamento 2201(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 (que ha sustituido al anterior con carácter general desde el 1 de marzo de 2005⁴⁰), sigue manteniéndose la proscripción de esta institución de su ámbito de aplicación sustantivo. En el Informe explicativo del citado Convenio de Bruselas II, elaborado por A. BORRAS RODRÍGUEZ, se aclara que el ámbito material del mismo quiso ceñirse a las acciones concernientes propiamente al vínculo matrimonial, siendo el régimen económico matrimonial un aspecto meramente relacionado con éstas⁴¹.

26. Sólo muy recientemente el legislador comunitario se ha decidido a afrontar armonizadamente la regulación del régimen económico matrimonial a fin de colmar la laguna apreciada en su obra normativa pese a las indicaciones sobre la conveniencia de abordarla. Así, la adopción de un instrumento europeo en materia de regímenes matrimoniales figuraba ya entre las prioridades del llamado Plan de Acción de Viena de 1998⁴². La Estrategia común del Consejo Europeo de 19 de junio de 2000 respecto de la región mediterránea en lo concerniente a los asuntos de Justicia e Interior estableció, en el punto 22, la intención de promover la identificación de las equivalencias entre los sistemas jurídicos de concepción diferente con vistas a resolver los problemas de Derecho civil tocantes a los particulares: Leyes concernientes a la sucesión y al Derecho de familia, en particular en materia de divorcio, incluyendo la necesidad de elaborar un instrumento sobre separación patrimonial de parejas casadas y no casadas; fue el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (15 de enero de 2001) el que ciñó la propuesta anterior al ámbito procesal las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas y las sucesiones aludiendo a la competencia judicial internacional, al reconocimiento y a la ejecución de sentencias en materia de disolución de los regímenes matrimoniales. Unos años después, el punto 3.4.2 del Programa de La Haya de 2004 incluyó la referencia expresa a la necesidad de publicar en 2006 un Libro verde sobre conflicto de Leyes en materia de régimen matrimonial que debía dar origen a un instrumento comunitario que habría de estar ultimado a más tardar en 2011. El Libro verde en cuestión vio la luz mediante el documento de la Comisión rubricado “Conflicto de Leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y al reconocimiento mutuo”⁴³.

³⁹ DOCE L 160, de 30 de junio de 2000. Este instrumento a su vez traía causa de y sustituyó al Convenio, celebrado con arreglo al artículo K.3 del TUE, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (más conocido como Convenio de Bruselas II, DOCE C 221, de 7 de julio de 1998).

⁴⁰ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁴¹ DOCE C 221, de 16 de julio de 1998, p. 35. Ello implica que, en el estado actual de la cuestión, la determinación de la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales que cubrieran este supuesto de hecho habrían de regirse por el sistema de Derecho internacional privado de los Estados afectados, conformados en su caso tanto por normativa supraestatal como por la normativa aplicable en defecto de instrumento internacional.

⁴² Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptado en Viena el 3 de diciembre de 1998 y publicado en el DOCE C 19, de 23 de enero de 1999.

⁴³ COM(2006) 400 final, de 17 de julio de 2006.

27. En lo que concierne a la determinación del ordenamiento aplicable al régimen económico matrimonial, el vacío normativo del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento 593/2008 pretende ser cubierto con un elenco de soluciones que parte de la constatación de la ausencia de armonización de la materia en Europa habida cuenta de que el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales sólo ha sido firmado por cinco países de la Unión Europea (Austria, Portugal, Francia, Luxemburgo y Países Bajos), hallándose únicamente en vigor desde el 1 de septiembre de 1992 para los tres últimos⁴⁴.

28. Para alcanzar las soluciones indicadas el Grupo de Expertos PRM–III sobre efectos patrimoniales del matrimonio en la Unión Europea (Dirección General de Libertad, Seguridad y Justicia de la Comisión Europea) viene trabajando desde junio de 2008 en la elaboración de un borrador de Reglamento comunitario en la materia que ha de afrontar, entre otros, tres retos en orden a la concreción del ámbito de aplicación sustantivo del futuro instrumento: si incluir en él a las denominadas parejas de hecho por la heterogeneidad que su naturaleza ofrece en Derecho comparado⁴⁵; qué materias abordar habida cuenta de la disparidad de reglamentaciones nacionales de la cuestión en Europa (efectos personales, efectos patrimoniales, protección del hogar familiar, cargas y deudas de la pareja, etc.)⁴⁶; y la vinculación de la disolución de la sociedad conyugal tanto con el divorcio como con la sucesión *mortis causa*⁴⁷.

29. Dicho esto, el Libro verde plantea una serie de cuestiones del máximo interés que resolver a fin de proponer la solución conflictual al régimen económico matrimonial de la que carecen el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento 593/2008.

a) Carácter universal de las futuras normas de conflicto, lo que garantizará la uniformidad en la determinación del ordenamiento aplicable con independencia de cuál resulte ser el Estado de la Unión Europea cuyos órganos judiciales vayan a conocer de un asunto.

b) Concreción del o de los criterios de conexión de la futura norma de conflicto (por ejemplo, residencia habitual o nacionalidad de los cónyuges) y en qué grado de relación (alternatividad o subsidiariedad).

c) Virtualidad atribuida a la voluntad de las partes en la determinación del ordenamiento aplicable (*professio legis*) y, en concreto, decisión acerca de si una eventual elección de Ley sería o no restringida en cuanto a las opciones que escoger. Del mismo modo cabría plantearse si abordar en el futuro instrumento comunitario la forma de la elección, el momento en que podría ser realizada y la eficacia – retroactiva o no– de la misma.

d) Admisión del fraccionamiento (*dépeçage*) en la aplicación del ordenamiento señalado o sumisión de la totalidad de la institución regulada a un solo ordenamiento, cuestión en la que debe en particular valorarse si establecer una solución conflictual *ad hoc* o no para los bienes inmuebles que conforman el patrimonio conyugal.

e) Eventual alteración del Derecho aplicable como consecuencia del conflicto móvil derivado de la alteración de la concreción del criterio de conexión en el tiempo, en particular respecto de dos asuntos: automaticidad o no de dicho cambio y atribución o no de efectos retroactivos a tal alteración⁴⁸.

⁴⁴ Véase al respecto M. REVILLARD, "Premier bilan d'application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux", en *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz (On the Progressive Unification of Private International Law/Sur l'unification progressive du Droit international privé)*, M. Nijhoff, La Haya, 1996, pp. 369 ss.

⁴⁵ En palabras de H. GAUDEMET-TALLON ("La désunion du couple en Droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 226, 1991, pp. 155 ss.), con esa expresión aludimos a una ambigua y extensa realidad con la que se quiere abarcar un fenómeno multiforme.

⁴⁶ Cfr. CH. CLARKSON / E. COOKE, "Matrimonial Property: Harmony in Europe?", *Family Law*, nº 37 (octubre de 2007), pp. 920 ss.; E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Reus, Madrid, 2008; y F. LLODRA GRIMALT, "La armonización del Derecho de familia en Europa: ¿hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?", *Comunicación presentada en el XIII Jornadas de Derecho Catalán en Tosa*, <http://civil.udg.es/tossa/2004/textos/com/1/flg.htm>.

⁴⁷ Cfr. A. RODRÍGUEZ BENOT, "Sucesión mortis causa y modelos de familia en el tráfico jurídico externo", en A.L. CALVO CARRAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 675 ss.

⁴⁸ Cfr. M. REVILLARD, "Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1997-1998, pp. 265 ss.

f) Publicidad del régimen económico matrimonial (sistema de registro europeo común o colaboración entre los registros nacionales existentes) así como protección de los terceros de buena fe y de los acreedores⁴⁹.

30. A la espera de la conclusión de los trabajos del Grupo PRM-III y de la celebración de una audiencia pública sobre el Libro verde de 17 de julio de 2006, se espera que a lo largo de 2009 la Comisión efectúe una iniciativa legislativa (propuesta de Reglamento) que suponga, definitivamente, la inclusión de los regímenes matrimoniales en la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia⁵⁰.

3. Los testamentos y sucesiones.

31. En el vasto instituto jurídico de la sucesión *mortis causa* pueden tener cabida situaciones de claro contenido obligacional, cual es el caso señalado de los pactos sucesorios en aquellos ordenamientos que los admiten⁵¹. Es esa la razón por la cual instrumentos como el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento 593/2008 llamado a sustituirlo han de pronunciarse acerca de si los testamentos y sucesiones deben incluirse o no en sus ámbitos sustantivos de aplicación. El pronunciamiento resulta tajante, por cuanto en el artículo 1, apartado 2º, letra b), de ambos se declara la no aplicación de ellos a las obligaciones contractuales derivadas de los testamentos y sucesiones.

A lo anterior se añade, como hemos apreciado que sucede respecto de los regímenes matrimoniales, que la materia sucesoria no fue objeto de regulación en el instrumento procesal del que el Convenio de Roma de 1980 resultaba un complemento lógico o una prolongación natural, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (ni en el Reglamento 44/2001 que lo ha sustituido), del mismo modo que tampoco lo es en el Reglamento 2201/2003 (ni en los textos que lo precedieron, *supra*).

32. En estos términos la incorporación de la sucesión *mortis causa* a la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia se ha efectuado en una fase diferente de la elaboración de un pretendido Derecho internacional privado comunitario. El Plan de acción de Viena de 1998 ya priorizó la adopción de un instrumento europeo en materia de sucesiones, cuyo contenido el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 15 de enero de 2001 propuso incluir en uno más amplio que regulase la competencia judicial internacional, al reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de disolución de los regímenes matrimoniales, las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas y las sucesiones. Más recientemente, el punto 3.4.2 del ya citado Programa de La Haya apuntó a la elaboración de un Libro verde en 2005 que abordara normas de conflicto, normas procesales y normas sobre cooperación de autoridades, al que seguidamente nos referiremos.

33. La relevancia del Derecho sucesorio se ha incrementado recientemente en la Unión Europea en orden al desarrollo pleno de un espacio de libertad, seguridad y justicia por una serie de consideraciones, que han sido puestas de manifiesto por el aludido Libro verde sobre sucesiones y testamentos de 1 de marzo de 2005⁵²: la creciente movilidad de personas (ciudadanas comunitarias o no) en el territorio

⁴⁹ Sobre esto último véanse, entre nosotros, M^a.P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho internacional privado español”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n^o 2067 (2008), pp. 2763 ss. y F. YÁÑEZ VIVERO, “El cambio de régimen económico matrimonial en fraude de acreedores en Suiza y España: análisis comparativo”, *Actualidad Civil*, 2002, n^o 19 (6 a 12 de mayo de 2002), margs. 641 ss.

⁵⁰ Cfr. P. LAGARDE, “Vers un Règlement Communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, en *Pacis Artes (Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, UAM/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1686 ss.

⁵¹ Véanse al respecto, en Derecho español, R. SÁNCHEZ ARISTI, *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003 y, en Derecho comparado, En relación con el Derecho francés véase M. PEREÑA VICENTE, “Nuevo marco legal de los pactos sucesorios en el Derecho francés”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n^o 710 (2008), pp. 2485 ss.

⁵² Documento COM (2005) 65 final. Sobre él pueden verse, entre otros, M^a.T. BENDITO CAÑIZARES, “Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses”, *L’Observateur de Bruxelles*, n^o 67 (enero de 2007), pp. 23 ss.; M.-CH. DE LAMBERTYE-AUTRAND, “Quel Droit européen en Droit patrimonial de la famille?: Le livre vert sur les successions et les testaments”, *Informations Sociales*, no 129 (enero de 2006), pp. 84 ss.; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Reconocimiento y ejecución

de la Unión, el consiguiente incremento del número de uniones –jurídicas y de hecho– entre ellas, o la frecuente adquisición de inmuebles en otros Estados comunitarios. A esta realidad social se añade otra, esta vez jurídica, no menos relevante en el origen de los numerosos problemas surgidos de las sucesiones internacionales y que han sido igualmente apuntadas por el Libro verde de 2005: la disparidad de normas sustantivas, procesales y conflictuales existente en los Estados miembros (influencia en no pocos casos de concepciones culturales diversas), así como a las diferencias en la terminología utilizada⁵³.

Una vez avanzada la necesidad material de elaborar normas comunitarias en este ámbito, el citado Libro verde se edifica sobre una doble premisa técnica.

1. Por una parte, la necesidad de aprehender la materia de forma global, esto es, regulando no sólo la determinación de los órganos judiciales competentes para resolver los litigios sucesorios⁵⁴, así como el reconocimiento y ejecución de las resoluciones⁵⁵, sino también la cuestión de la Ley aplicable por cuanto la mayoría de las sucesiones con implicación transfronteriza se resuelven de manera no contenciosa.

2. Por otra parte, se constata la imposibilidad de una plena armonización de las normas de Derecho material de los Estados miembros y la conveniencia, por tanto, de actuar en el plano del Derecho conflictual sucesorio y ello hasta el punto de que entiende la Comisión que “no se realizará progreso alguno a nivel comunitario sin abordar prioritariamente la cuestión de la Ley aplicable”⁵⁶. Es más, cualquiera que sea la configuración final de una hipotética norma de conflicto comunitaria para determinar el ordenamiento aplicable al fondo de la sucesión por causa de muerte, el Libro acierta en exigir la toma en consideración, a tales efectos, de las legítimas expectativas de los implicados en la sucesión, pues ellas “constituyen un parámetro que hay que tener en cuenta en el contexto de un mercado único que garantiza a las personas la libre circulación”⁵⁷. En fin, el Libro verde sobre sucesiones y testamentos de 1 de marzo de 2005 plantea la conveniencia de presentar una propuesta normativa en 2006, que debería estar adoptada en 2011 a más tardar⁵⁸.

de resoluciones judiciales en materia sucesoria”, en B. CAMPUZANO DÍAZ Y OTROS (coords.), *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, pp. 65 ss.; y C. STUMPF, “Europäisierung des Erbrechts: das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nº 19 (2006), pp. 587 ss.

⁵³ De ahí el acierto de la inclusión de un mínimo glosario. Un prolijo análisis de estas cuestiones puede verse en el Informe titulado *Étude de Droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne (Rapport final: synthèse et conclusions)*, Deutsches Notarinstitut, octubre/noviembre de 2002, coordinado por H. DÖRNER / P. LAGARDE.

⁵⁴ Este extremo se justifica habida cuenta de que en algunos Estados miembros la intervención de un Juez no es obligatoria, en tanto que en otros sigue siendo indispensable para liquidar las sucesiones complejas o litigiosas. La actuación legislativa de la Unión Europea en este punto requiere asimismo valorar si es preferible consagrar un único foro de competencia judicial internacional o, por el contrario, admitir una cierta flexibilidad; es más, siguiendo una tendencia hoy generalizada en otras sedes la Comisión pretende extender la regulación proyectada en este texto a la competencia internacional de autoridades y/o de profesionales, por cuanto en este ámbito en particular “las sucesiones se regulan mayoritariamente fuera de los tribunales, a veces con la participación de autoridades públicas o algunas profesiones jurídicas” (Libro verde, *cit.*, p. 4).

⁵⁵ Dando asimismo muestra de modernidad, el instrumento aludido pretende garantizar la eficacia transfronteriza de otros actos y documentos distintos a las resoluciones judiciales eliminando los obstáculos administrativos y prácticos que se interponen a tal fin; este es el caso, por ejemplo, de la designación de heredero -para la cual se prevé la creación de un “certificado europeo de heredero”, que figura explícitamente en el Programa de La Haya de 2004 (*supra*)- o del registro de los testamentos (para lo cual se planifica la elaboración de uno ad hoc de alcance europeo): Libro verde, *cit.*, *loc. cit.*

⁵⁶ Libro verde, *cit.*, p. 4. Este mismo planteamiento ya fue acogido por P. JENARD con ocasión de su Informe sobre el Convenio de Bruselas de 1968 (JOCE C 59 de 5 de marzo de 1979, p. 11) en el que, tras constatar la conveniencia de facilitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia sucesoria entre los Estados de la Comunidad Europea mediante un convenio internacional, se hizo hincapié en la recomendación de la Unión Internacional del Notariado Latino de unificar de forma previa y primordial las normas de conflicto.

⁵⁷ Libro verde, *cit.*, *loc. cit.* En ese futuro instrumento comunitario en la materia deberá darse una solución moderna y eficaz a tradicionales problemas de aplicación de la norma de conflicto como son la institución del reenvío (que, por lógica, deberá estar proscrita de él -como hace el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989- pues en un espacio judicial con normas armonizadas aquél carece de sentido) o la de la remisión a un sistema plurilegislativo.

⁵⁸ Ante la demora en los plazos indicados, el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 19 y 20 de junio de 2008 insistió en la necesidad de que la Comisión presentase una propuesta normativa antes de finalizar 2008, lo que no se ha producido. Las apuestas más reseñables de este texto consistirían en suprimir el exequátur de las resoluciones judiciales en materia sucesoria y consagrar la inscripción automática de resoluciones en los registros de la propiedad; facilitar el reconocimiento y la ejecución de

34. Tras la celebración de la audiencia pública sobre el Libro verde el 30 de noviembre de 2006, en el seno de la Comisión Europea se ha seguido trabajando en el desarrollo del mismo teniendo presente que, en cuanto a cantidad y calidad, la tarea que resta es muy considerable; desde un punto de vista estratégico, todos los participantes en las respuestas al Libro verde así como en la audiencia pública celebrada, del mismo modo que el Consejo Económico y Social o que la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo⁵⁹, han coincidido en el acierto de la Comisión Europea de acometer la armonización de este vital sector del Derecho privado con vistas al pleno funcionamiento del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

35. Los reparos a los planteamientos contenidos en el Libro verde y a la fórmula de trabajo de la Comisión (priorizar la cuestión relativa a la determinación de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* elaborando normas armonizadas sobre conflictos de Leyes ante la dificultad de avanzar en el plano material), que tampoco se han ocultado, han ido en dos direcciones: por una parte en relación con el ámbito de materias incluidas en dicho documento y por otra parte respecto del orden de trabajo pensado para las mismas.

1. En lo que se refiere al primer reparo se ha aducido en algunos casos una excesiva ambición en las cuestiones abordadas por el Libro verde. Afirmación que, en la opinión de quien esto escribe, no es tanto un reparo como la cruel constatación de una necesidad legislativa estratégica: únicamente una regulación global de la sucesión *mortis causa* en la Unión Europea garantizará el éxito en la reglamentación de este problemático sector; otra cuestión será si, con tal objeto, resulta posible y conveniente –en función de la vastedad y complejidad de la materia por regular– elaborar un único instrumento normativo comunitario o más de uno.

2. En lo que concierne a la planificación temporal de los trabajos por parte de la Comisión cabe aducir que haber comenzado los mismos por la determinación del ordenamiento aplicable tiene la evidente ventaja de que, de alcanzarse el éxito en este punto, resultaría más asequible abordar satisfactoriamente el resto de cuestiones propias de la sucesión por causa de muerte⁶⁰.

36. Ahora bien, quizás esta plausible valentía o audacia debía haberse combinado con la prudencia en el logro de algún resultado material palpable a fin de evitar el bloqueo de la globalidad del Libro verde si el éxito en la cuestión de la determinación del ordenamiento aplicable a la sucesión no fuese claro e inmediato. En este sentido quizás hubiera sido interesante tratar previamente un aspecto esencial en el desarrollo de las libertades comunitarias como es el de la administración de la herencia, en particular garantizando la eficacia transfronteriza de los poderes del administrador para poder actuar en otros países comunitarios y ante sus autoridades respecto de bienes hereditarios de un mismo causante ubicados en dos o más de ellos, cuestión que –aunque indirectamente– ya ha sido el objeto de algún pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como es el caso de la sentencia en el asunto C-20/92, *Testamentsvollstrecker Anthony Hubbard c. Peter Hamburger*, de 1 de julio de 1993⁶¹.

escrituras sobre transmisión y liquidación de herencias, así como de testamentos otorgados al amparo de otros ordenamientos; potenciar la creación de la figura de terceros administradores y/o liquidadores de herencias, con determinación de sus facultades; favorecer la prueba de la condición de heredero mediante el certificado europeo de heredero, todo ello a fin de que éstos puedan acreditar sus derechos respecto de los bienes hereditarios; instaurar un registro de los testamentos en toda la Unión Europea con facilidad de acceso; y suprimir la legalización o apostilla de todos los documentos públicos autorizados en un Estado miembro relativos a una sucesión.

⁵⁹ Cfr. el Dictamen sobre el Libro verde del Comité Económico y Social Europeo, aprobado en el pleno celebrado los días 26 y 27 de octubre de 2005 (DOUE C 28, de 3 de febrero de 2006) y el Informe elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo que contiene recomendaciones a la Comisión Europea en materia de sucesiones y testamentos (A6-0359/2006, de 16 de octubre de 2006).

⁶⁰ Cfr. M^a.T. BENDITO CAÑIZARES, "Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses", *cit.*, pp. 24-25.

⁶¹ Recop., 1993, p. I-3777. Sobre ella véanse, entre otros, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "La *cautio iudicatum solvi* a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de junio de 1993 en el caso *Hubbard/Hamburger*", *BIMJ*, n^o 1689, 15 de noviembre de 1993, pp. 100 ss., la citada Nota de G.A.L. DROZ en *RCDIP*, 1994, n^o 4, pp. 637 ss., e I. MILANS DEL BOSCH PORTOLES, "Un paso más hacia la supresión de la *cautio iudicatum solvi* en la Unión Europea (Comentario a la sentencia del TJCE de 20 de marzo de 1997)", *La Ley (Unión Europea)*, n^o 4386, 2 de octubre de 1997, pp. 4 ss.

37. En el momento de elaboración de estas líneas se espera la publicación de una propuesta de Reglamento por parte de la Comisión que, pese a sus dificultades, supondrá un avance en la comunitarización de esta materia. En ella la determinación del ordenamiento aplicable a la sucesión por causa de muerte –y, por ende, a las obligaciones derivadas de la misma, que no se incluyen en el ámbito sustantivo de aplicación del Convenio de 1980 ni del Reglamento Roma I– parte de la siguiente consideración: cuando en el Libro verde la Comisión decide abordar prioritariamente la cuestión de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* no lo hace aludiendo a la cuestión relativa al carácter universal o fragmentario de los bienes hereditarios (que implicaría designar aplicable un único ordenamiento estatal o una pluralidad de ellos), sino apuntando tan sólo a las cuestiones concernientes, por una parte, al ámbito de aplicación de las normas de conflictos de Leyes (que potencialmente podrían abarcar campos muy extensos: validez de los testamentos, condición de heredero, legítima, liquidación y partición de la herencia, indivisión, etc. y que constituyen el núcleo de la iniciativa del Libro verde) y, por otra parte, al criterio de conexión de la hipotética norma de conflicto futura⁶². Ambas cuestiones fueron objeto de debate en la audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2006.

a) **Ámbito de aplicación material de la *Lex successoria*.**

38. La mayor parte de las respuestas realizadas al Libro verde se han inclinado por incluir todas las cuestiones tradicionalmente relacionadas con el Derecho sucesorio en el ámbito material de aplicación de un eventual instrumento comunitario en la materia, tanto en lo que concierne al Derecho internacional privado (en sus tres facetas de competencia judicial, Ley aplicable y reconocimiento/ejecución de actos o resoluciones), como al Derecho sustantivo (por ejemplo, el certificado europeo de heredero) o al procedimental (un mecanismo para conocer los actos de última voluntad). Tal mismo es el mayoritario deseo expresado para incluir en dicho instrumento la sucesión testada, la intestada y aun la contractual. En todo caso, estiman los representantes de la Comisión que de todas las cuestiones reseñadas la relativa a la determinación del ordenamiento aplicable resulta la primordial y, por ende, la necesitada de un tratamiento prioritario hasta el punto de que otras cuestiones –como, por ejemplo, la creación de un certificado europeo de heredero– no podrían ser abordadas exitosamente sin haber resuelto previamente la cuestión indicada.

39. Así las cosas, surge en consecuencia una primera apuesta de calado: delimitar el ámbito de aplicación material de la norma de conflicto comunitaria para determinar el ordenamiento aplicable al fondo de la sucesión por causa de muerte. En la mayor parte de las respuestas y observaciones al Libro verde se defiende la tesis de conceder la máxima amplitud a tal ámbito sustantivo incluyendo en él no sólo las cuestiones indicadas en el apartado 2º del artículo 7 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte⁶³, sino aun otras que van más allá de la transmisión sucesoria propiamente dicha, tales como la liquidación o la partición de la herencia⁶⁴.

La principal ventaja de esta aproximación a la cuestión indicada salta a la vista: el logro de un plausible tratamiento homogéneo de cuestiones estrechamente vinculadas entre sí desde la apertura de la sucesión hasta la recepción de los bienes del causante por los herederos, lo que aportaría a este campo de problemas la siempre deseada seguridad jurídica⁶⁵. Es más, la mayor parte de las respuestas se decantó

⁶² Libro verde, *cit.*, p. 3.

⁶³ A saber: a) la vocación de los herederos y legatarios, la determinación de sus respectivas cuotas hereditarias, las cargas que les hubiera impuesto el difunto y los demás derechos sobre la herencia que tuvieran su origen en el fallecimiento, incluyendo las atribuciones conferidas sobre la herencia por una autoridad judicial o por otra autoridad en beneficio de las personas próximas al causante; b) la desheredación y la indignidad para suceder; c) la relación y la reducción de las liberalidades, así como su toma en consideración en el cálculo de las cuotas hereditarias; d) las legítimas, las reservas y demás restricciones a la libertad de disponer *mortis causa*; y e) la validez de las disposiciones testamentarias en cuanto al fondo.

⁶⁴ O cualesquiera otras que un Estado desee incluir mediante una fórmula similar a la prevista en el apartado 3º del citado artículo 7 del Convenio de La Haya de 1989.

⁶⁵ Pues, según ha puesto de manifiesto M^a.T. BENDITO CAÑIZARES (“Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses”, *cit.*, p. 23), la mayor movilidad del ciudadano europeo no puede quedar reducida por la inseguridad en función del lugar en que viva o en el que adquiera sus bienes, del lugar en el que haya constituido su patrimonio o del lugar en que fallezca.

claramente por el principio de universalidad en el tratamiento de los bienes hereditarios, antes que por su fragmentación en muebles e inmuebles, pues con él se conseguirían los siguientes resultados favorables: la superación de eventuales problemas en la calificación mobiliaria o inmobiliaria de los bienes⁶⁶; la consagración de un principio presente en gran parte de los ordenamientos de Estados de la Unión Europea; el mantenimiento de la indivisibilidad de la aceptación de la herencia; o la reducción de las liberalidades respecto de la totalidad del patrimonio del causante.

El inconveniente primordial puesto de manifiesto por los detractores de esta concepción amplia del ámbito de aplicación material de la *Lex successoria* estriba en el temor a la injerencia excesiva que una futura norma comunitaria podría producir en los Derechos materiales internos de los Estados, en particular en sectores como el Derecho de bienes o el Derecho procesal.

b) Criterios de conexión para determinar la *Lex successoria*.

40. Abordada la cuestión anterior, se suscitó seguidamente en la audiencia pública el segundo de los elementos de la norma de conflicto: la concreción de los criterios de conexión para determinar el ordenamiento aplicable a la sucesión *mortis causa*. En este punto se partía de una acertada aseveración contenida en el Libro verde de 2005: “Como ocurre a menudo en Derecho internacional privado, es grande la tentación de querer encontrar un único criterio de vinculación [de conexión] que solucione todos los problemas. (...) pero, en el ámbito de las sucesiones, ningún criterio carece de inconvenientes”⁶⁷.

41. Se distinguió entre criterios de naturaleza objetiva y de carácter subjetivo con la idea final de permitir, en principio, la aplicación de un único ordenamiento nacional a la sucesión de un individuo (salvedad hecha de algunas circunstancias en las que cabría la posibilidad de atender a la naturaleza de ciertos bienes, *infra*).

1. En lo que concierne a los criterios de conexión objetivos se constató la tendencia hacia el abandono de la nacionalidad del causante –considerada “privilegiada durante largo tiempo” en este ámbito por el Libro verde⁶⁸ – en favor de su residencia habitual, tendencia aplaudida por la mayoría de las respuestas al citado documento⁶⁹. Dicho lo cual se ha abogado asimismo por consagrar en el futuro instrumento comunitario regulador de esta materia un concepto unitario y autónomo de residencia habitual⁷⁰.

Otros criterios de conexión han sido valorados tanto en las respuestas al Libro verde como en la audiencia pública de noviembre de 2006⁷¹. Por una parte, el recurso al domicilio –en concreto, en el sentido inglés del mismo– fue defendido sin éxito por algunos, pues se considera superado por la residencia habitual, más real y flexible que aquél. Por otra parte, la aplicación de la *lex rei sitae* mereció una mayor atención en relación con los bienes inmuebles pese a sus posibles reparos⁷²: así, se consideró ló-

⁶⁶ En concreto en puntos en los que ello resulta difícil: piénsese en las participaciones en una sociedad civil inmobiliaria.

⁶⁷ *Cit.*, p. 4.

⁶⁸ *Cit.*, *loc. cit.* Un interesante radiografía de la conexión de la nacionalidad desde la perspectiva del sistema español de Derecho internacional privado puede verse en A. BORRAS RODRÍGUEZ / J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La loi nationale à l’heure de la réforme du Droit international privé espagnol”, en *Le Droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 137 ss.

⁶⁹ Un criterio considerado más “de moda” en el propio Libro verde, *cit.*, p. 4; en él se ejemplifica el debate entre nacionalidad y residencia habitual con la siguiente reflexión: “Así, una persona puede residir algún tiempo en un país sin adquirir en él patrimonio alguno porque prevé acabar regresando a su país de origen, donde, por otra parte, sigue residiendo su familia y donde se encuentran sus bienes. Si esta persona fallece en el país donde residía, podría estar justificado que la sucesión se regulara por la Ley de su nacionalidad. En cambio, la vinculación a la Ley de nacionalidad carece de legitimidad si hace tiempo que el *de cuius* había dejado su país de origen y residía en un Estado miembro [de la Unión Europea] donde radican todos sus lazos familiares y patrimoniales”.

⁷⁰ Con ello se pretende tanto evitar la derivación conflictual de su concreción a lo establecido en los diferentes ordenamientos nacionales, como obviar la poco afortunada fórmula utilizada en el artículo 3, apartado 2º, del Convenio de La Haya de 1989 (que requiere un plazo mínimo de cinco meses previos al deceso para utilizar el criterio de la residencia habitual, criticado por demasiado restrictivo para dicha concreción).

⁷¹ Con carácter general véase M. PERTEGAS, “Beyond Nationality and Habitual Residence: Other Connecting Factors in European Private International Law in Family Matters”, en J. MEEUSEN / G. STRAETMANS / M. PERTEGAS / F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Amberes, 2007, pp. 319 ss.

⁷² El principal de ellos, la ruptura del principio de universalidad de la herencia y, por consiguiente, de la unidad del Derecho aplicable. A él añade el Libro verde, *cit.*, p. 4, que “podría implicar la aplicación de una Ley que tenga muy pocos vínculos con

gica su aplicación a aspectos tales como la publicidad registral de los mismos, en determinados supuestos en que lo hubiese previsto el causante en su testamento, o para algunas categorías especiales de bienes sometidos a tal Ley en razón de su destino económico, familiar o social⁷³.

2. En lo que atañe al criterio de conexión subjetivo representado por la elección del ordenamiento aplicable a la sucesión mortis causa (*professio iuris*), se partía de la reflexión contenida en el Libro verde de marzo de 2005 por cuya virtud se estima poco conveniente empeñarse en consagrar un único criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable al fondo de la sucesión por causa de muerte, resultando preferible “una cierta flexibilidad e incluso tener en cuenta la preferencia de las partes”⁷⁴. Así las cosas se planteó una triple cuestión: quién puede elegir, cómo se puede elegir y qué se puede elegir.

a) Quedó claro en las respuestas al citado Libro y en las intervenciones en la audiencia pública de noviembre de 2006 que sólo el causante podría elegir en ejercicio del derecho de autorregulación de la situación jurídica en cuestión, en ningún caso los herederos por cuanto ello podría atentar contra la previsibilidad y la seguridad jurídica.

b) En orden al ejercicio del derecho a elegir sería preciso distinguir la capacidad (cuestión que se ha de someter a lo establecido en la Ley personal del causante, determinada por criterios diversos en los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Unión Europea) y la forma de hacerlo, aspecto éste estrechamente vinculado a la verificación de la real prestación de un determinado consentimiento o voluntad. A estos fines las respuestas al Libro verde coincidieron en exigir una elección expresa (en el testamento o aun en algún otro documento con eficacia *mortis causa*, por ejemplo un pacto sucesorio), en ningún caso tácita, al modo en que se regula la determinación de la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961⁷⁵; para acreditar formalmente la voluntad del causante se propuso por algún participante en la audiencia pública seguir el modelo de algunos de los requisitos exigidos en el artículo 23 del Reglamento comunitario 44/2001 en relación con las cláusulas de elección de foro.

c) Respecto de la cuestión relativa a qué elegir, y teniendo presente que nos hallamos en el ámbito de la llamada autonomía conflictual —esto es, elección de un ordenamiento nacional, de entre los posibles, como aplicable al fondo—, en las respuestas al Libro verde se sostuvo que dicha elección debería ser efectuada, en aras de la seguridad jurídica, entre Leyes señaladas por criterios de conexión estrechamente vinculados con el causante, tales como su residencia habitual, su nacionalidad o aun su domicilio en el momento del fallecimiento, cabiendo incluso declarar aplicable a la sucesión el mismo ordenamiento que disciplinaría el régimen matrimonial del causante (con el evidente ánimo de hacer coincidir plausiblemente la Ley aplicable a cuestiones íntimamente relacionadas). Cualquiera que fuese el ordenamiento elegido, se sostuvo asimismo en las respuestas al Libro verde que aquél debería regir para todos los bienes y derechos integrantes de la herencia, es decir, sin admitir una elección para los muebles y otra para los inmuebles (tesis que, no obstante, fue defendida por algunos).

42. Una conclusión parcial acerca de la eventual redacción de una futura norma de conflicto comunitaria para determinar el ordenamiento aplicable a la sucesión por causa de muerte se reflejaría, en opinión de quien esto escribe, en la siguiente fórmula aproximativa.

la sucesión: por ejemplo, cuando el de cuius no tenga la nacionalidad del país de fallecimiento y la mayoría de sus bienes se encuentren en otro país”.

⁷³ Al estilo de lo realizado por el artículo 15 del Convenio de La Haya de 1989.

⁷⁴ *Cit.*, p. 4. Sobre esta cuestión, en general, pueden consultarse P. DE CESARI, *Autonomia delle volontà e legge regolatrice delle successioni*, CEDAM, Padua, 2001; H. DÖLLE, “Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1966, pp. 205 ss.; H. HANISCH, “Professio iuris, réserve légale et Pflichtteil”, *Mélanges Guy Flattet*, Universidad de Lausana, 1985, pp. 473 ss.; K.P. HOTZ, *Die Rechtswahl in Erbrecht im intercantonalen und internationalen Verhältnis*, Schulthess, Zurich, 1969; G. KÜHNE, *Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Gieseking, Bielefeld, 1973; ID., “Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht. Die Parteiautonomie, eine basic rule des Kollisionsrecht?”, *Juristenzeitung*, 1973, pp. 403 ss.; A.E. VON OBERBECK, “La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. II, E. Story-Scientia, Gante, 1965, pp. 1085 ss.; y F. STURM, “Parteiautonomie als bestimmender Factor im internationalen Familien und Erbrecht”, en *Recht und Rechtskenntnis, Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, C. Heymans, Colonia, 1985, pp. 637 ss.

⁷⁵ BOE n° 197, de 17 de agosto de 1988.

“Al fondo de la sucesión por causa de muerte se aplicará:

a) Si la sucesión es testada, el ordenamiento de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual del causante en el momento del otorgamiento o en el de su fallecimiento, a elección de aquél realizada de manera fehaciente en testamento.

b) Si la sucesión es intestada, o si el causante no ha elegido el ordenamiento aplicable conforme a la regla anterior, el ordenamiento de la última residencia habitual del causante salvo que del conjunto de circunstancias resultase que la sucesión se hallase más estrechamente vinculada con otro ordenamiento”.

43. Esta fórmula acoge tres relevantes aspectos en los que la mayor parte de las respuestas al Libro verde han coincidido y que, en opinión fundada de M^a.T. BENDITO CAÑIZARES, auguran una nueva orientación en materia de Derecho sucesorio en Europa: aplicar un único e igual ordenamiento para todas las sucesiones; utilizar a tal fin el criterio de conexión de la residencia habitual del causante en detrimento de su nacionalidad (considerado el más tradicional en la materia en la mayor parte de los socios comunitarios); y favorecer la *professio iuris* por el causante⁷⁶.

⁷⁶ “Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses”, *cit.*, p. 25.