

EL DERECHO DE FAMILIA COMUNITARIZADO: LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES Y RESPONSABILIDAD PARENTAL

ELENA CANO BAZAGA
Prof.^a. Asociada de Derecho Internacional Privado
Universidad de Sevilla

El Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000¹, destinado a reemplazar al denominado Convenio de Bruselas II², entró en vigor el 1 de marzo de 2001 en todos los países de la UE, a excepción de Dinamarca³. Fue el primer

1. Reglamento (CE) número 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 sobre los hijos comunes, DOCE, núm. L 160, de 30 de junio de 2000 (en adelante Reglamento Bruselas II). Un resumen del proceso que dio lugar al mismo, iniciado en 1992 con los trabajos del Grupo europeo de Derecho internacional privado, puede consultarse en H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: «Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs», J.D.I., 2, 2001, pp. 381-430, pp. 382-386.

2. El Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, cuya base jurídica se encuentra en el art.k1 del Tratado de Maastricht, se elaboró para dar respuesta a la triple conveniencia, en el ámbito europeo, de contar con normas uniformes de competencia en materia matrimonial, con normas modernas de reconocimiento y ejecución y con normas que evitaran procedimientos paralelos sobre estas cuestiones en los diferentes Estados miembros, *vid.*, A. BORRÁS, «Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K 3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial», DOCE, C 221, de 16 de julio de 1998, pp. 28 y ss (en adelante: Informe explicativo). No llegó a entrar en vigor en ninguno de los países UE pues, antes de su ratificación, el Tratado de Amsterdam comunitarizó su base jurídica, pasando la cooperación judicial en materia civil del ámbito de la cooperación intergubernamental al marco comunitario, transformándose, en consecuencia, dicho Convenio en el Reglamento que ahora nos ocupa. *Vid.*, *ad ex.* B. CAMPUZANO DÍAZ, «El régimen comunitario de competencia judicial internacional», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, Lecciones de Derecho procesal civil internacional, Servicio de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, pp. 39-88, y la bibliografía citada.

3. Tres Estados, Reino Unido e Irlanda, por un lado, y Dinamarca, por otro, manifestaron su voluntad, a través de dos Protocolos anexos al Tratado de Amsterdam, de no estar sistemáticamente sometidos al Título

acto de la Comunidad adoptado en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, constituyendo un importante paso en el reconocimiento mutuo de decisiones en materia de Derecho de familia. Se trataba de simplificar el reconocimiento y el exequátur de las resoluciones judiciales, para lo que resultaba imprescindible regular también la competencia judicial internacional, con el objetivo último de favorecer su libre circulación en el espacio judicial europeo, «garantizando la seguridad jurídica de todos los implicados en una materia tan sensible a los cambios, como la familiar»⁴. El texto comunitario ha modificado dos aspectos esenciales del Derecho internacional privado español en materia de crisis matrimoniales (nulidad matrimonial, separación legal y divorcio) y responsabilidad parental sobre los hijos comunes: la competencia judicial internacional de nuestros tribunales y la eficacia en España de las decisiones que en dicha materia dicten los tribunales de los demás Estados miembros. Sus normas de competencia no inciden en el reparto de competencia territorial en el interior de cada Estado, ni tampoco en la situación de los Estados en que el sistema judicial no está unificado⁵, y se aplican a las acciones ejercitadas con posterioridad al 1 de marzo de 2001 (art. 46 Reglamento Bruselas II).

Una de las críticas principales que el Reglamento ha suscitado, el aumento de las normas de Derecho internacional privado de los ordenamientos de los Estados Parte, deriva de su reducido ámbito material de aplicación. El Reglamento sólo regula la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados Parte en materia de disolución del vínculo matrimonial y de responsabilidad parental de los hijos comunes afectados por la disolución (sin derogar totalmente las normas de producción interna), así como los efectos de las decisiones en el territorio de la UE (excepto Dinamarca) que sobre dicha materia se dicten. Indudablemente, ello ha venido a agravar la complejidad de la solución de los casos afectados⁶. Proyectado al ordenamiento español, como señala F.J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁷, ello se traduce, por ejemplo, en la obligación de nuestros tribunales de aplicar una multitud de normas, pertenecientes a distintos cuerpos jurídicos, con diferente naturaleza y alcance, sólo para determinar si verdaderamente son competentes para conocer de la demanda. Así, en un proceso de divorcio internacional mínimamente complicado, *el juez español deberá aplicar el Reglamento Bruselas II para determinar su competencia internacional en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial y a la responsabili-*

IV TCE y a los textos derivados fundamentados en el mismo. Como explica F.J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Cuestiones polémicas en el R 1347/2000», en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 213-239, p. 214, *Dinamarca ha quedado definitivamente al margen y los reglamentos que puedan adoptarse no son aplicable ni en ni para este país. En cuanto al Reino Unido e Irlanda poseen un derecho de opting-in: pueden manifestar su deseo de participar en ciertos reglamentos, como así lo han hecho respecto a Bruselas II.*

4. J. A. SEIJAS QUINTANA, «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes», en *Cooperación jurídica internacional en materia civil: el Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho judicial, 2001-IV, pp. 91-135, p. 91.

5. A. BORRÁS, «Informe explicativo», *op. cit.*, p. 34.

6. En palabras de B. ANCEL y H. MUIR WATT, «La désunion européenne: le Règlement dit «Bruxelles II»», *Rev. crit. dr. internat. Privé*, 90 (3), juillet-septembre 2001, pp. 403-457, p. 412, «...l'élargissement des critères de compétence risque de générer un chaos procédural par la prolifération des instances concurrentes».

7. «Cuestiones polémicas...», *op. cit.*, p. 236.

*dad parental de los hijos comunes; para la cuestión de alimentos, acudirá al Reglamento Bruselas I*⁸; y para la disolución del régimen económico matrimonial, ante la ausencia de derecho comunitario o convencional aplicable, deberá consultar la LOPJ. Labor que no es difícil que se complique si en el transcurso de dicho proceso se produce un problema de sustracción de menores, con las dificultades añadidas que entraña determinar la competencia judicial internacional y resolver la cuestión de la restitución del niño en tales casos.

Obviamente, la proliferación normativa, plasmada en diversos instrumentos jurídicos, y su incidencia en la lentitud de las respuestas jurídicas, dificulta enormemente la aplicación del Derecho por parte de Jueces y profesionales, que en palabras de J.A. SEIJAS QUINTANA, «siguen viendo con recelo una normativa compleja y dispersa»⁹, a la vez que contradice el objetivo de simplificación y coherencia de la legislación comunitaria.

Desde esta perspectiva, centrándonos en el sector de la competencia judicial internacional, en las líneas que siguen hemos tratado de subrayar los cambios más significativos que la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II ha introducido en el derecho positivo español, sin perder de vista algunas de las iniciativas que desde el propio Consejo se han tomado para tratar de simplificar el complejo entramado de normas que se está contribuyendo a crear. Merece destacarse al respecto la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) nº 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) nº 44/2001 en materia de alimentos¹⁰. Esta Propuesta de Reglamento, como se manifiesta en su Exposición de Motivos, responde a la necesidad de reunir en un solo instrumento las disposiciones del Reglamento Bruselas II, la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad parental¹¹, que amplía el ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas II, y la iniciativa francesa sobre los derechos de visita¹².

Tratando de clarificar el nuevo panorama legal, hemos dividido el estudio en dos grandes apartados: los criterios de competencia judicial internacional de los tribunales españoles (A) y los problemas procesales relativos a la competencia (B). En el primero de ellos se abordarán: los criterios de competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales (1); y los criterios de competencia judicial interna-

8. El Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. L 012, de 16 de enero de 2001, en adelante Reglamento Bruselas I), entró en vigor el 1 de marzo de 2002. *Se aplica a cuestiones de derecho patrimonial, quedando fuera de su ámbito de aplicación las materias propias del derecho de familia, con la salvedad de los alimentos, así como determinadas materias patrimoniales que son objeto de regulación específica, vid., B. CAMPUZANO DÍAZ, «El régimen comunitario de competencia judicial internacional», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, Lecciones de Derecho procesal civil internacional, op. cit., pp. 41-42.*

9. «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo...», *op. cit.*, p.135.

10. COM (2002),222, de 3 de mayo de 2002 (en adelante: Propuesta de Reglamento).

11. Propuesta de Reglamento del Consejo relativa a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, DO C 332, de 27 de noviembre de 2001.

12. Iniciativa de la República francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos, DO C 234 de 15 de agosto de 2000.

cional en materia de responsabilidad parental (2). En el segundo apartado estudiaremos: el régimen de comprobación de la competencia judicial y de la admisibilidad de la demanda (1) y el de la litispendencia y las acciones dependientes (2)¹³.

A. LOS CRITERIOS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

1. Los criterios de competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales

Conforme al art. 1º.1.a) del Reglamento, éste se aplica *a los procedimientos civiles relativos al divorcio, a la separación judicial¹⁴ y a la nulidad del matrimonio de los cónyuges*; es decir, a los llamados, siguiendo la terminología francesa, procedimientos de desunión. De esta delimitación se ha efectuado una triple precisión. En primer lugar, por lo que respecta a la naturaleza del procedimiento, la utilización del término *civiles* excluye del ámbito del Reglamento los procedimientos de naturaleza religiosa¹⁵. En segundo lugar, se incluye en el ámbito de aplicación tanto los procedimientos judiciales como *los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros* (art. 1º.2), por lo que el término «órgano jurisdiccional» que el Reglamento emplea, se entiende que comprende a las autoridades que en cada Estado tienen competencia en la materia, sean éstas judiciales o administrativas. En tercer lugar, en cuanto a las materias afectadas, el sistema de competencia judicial internacional que el Reglamento incorpora se aplica únicamente a las acciones civiles en las que se solicita una modificación del vínculo matrimonial, es decir, el Reglamento sólo se refiere a las acciones sobre relajación o disolución del vínculo matrimonial y no a aquéllas otras relacionadas con la vida interconyugal (alimentos u otras medidas complementarias, efectos patrimoniales del matrimonio, derecho al nombre, culpa de los cónyuges, etc.)¹⁶, para las que la determinación del tribunal con competencia judicial internacional se efectuará con arreglo a otra normativa comunitaria, si existe, o de acuerdo con la normativa autónoma o convencional, del Estado en cuestión.

13. Se trata de un esquema similar al seguido por B. STURLÈSE, «Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce, Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil», *La Semaine Juridique*, 31 janvier 2001, n° 5, pp. 241-248.

14. El término «judicial» excluye las separaciones de hecho, puesto que no están cubiertas por una resolución judicial, por más que judicialmente se hubieran podido tomar determinadas medidas, especialmente relacionadas con los hijos menores, *vid.*, J.A. SEIJAS QUINTANA, «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo...», *op. cit.*, p. 96.

15. El art.42 salvaguarda los acuerdos concluidos entre algunos Estados miembros y la Santa Sede. Así, aunque *los procedimientos religiosos (católicos o no) están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, existen dos excepciones. Por una parte, está el caso de Portugal, en el que la nulidad del matrimonio es de exclusiva competencia de los tribunales eclesiásticos, y por otro, el caso italiano y español en el que la competencia en materia de nulidad matrimonial se comparte por los tribunales eclesiásticos y los civiles. Las sentencias eclesiásticas sobre nulidad matrimonial, una vez integradas en el ordenamiento italiano o español también se benefician del Reglamento Bruselas II y pueden circular libremente por los Estados miembros*, *vid.*, F. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Cuestiones polémicas...», *op. cit.*, p. 217.

16. A. BORRÁS, «Informe explicativo», p. 35.

Así, conforme a esta delimitación material, y por lo que respecta al sistema de competencia judicial internacional español:

- Para las cuestiones de alimentos (excluidas del Reglamento Bruselas II), aunque el art. 22.3º LOPJ establezca la competencia de los tribunales españoles cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español, siendo este foro alternativo respecto a los foros generales del art. 22.2º LOPJ (sumisión de las partes a los tribunales españoles y domicilio del demandado en España), al incluirse las obligaciones alimenticias en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, las posibilidades de que los tribunales españoles fundamenten su competencia en la LOPJ se han visto restringidas: si el demandado tiene su domicilio en un Estado parte del Reglamento Bruselas I y el acreedor de los alimentos tiene su residencia habitual en España, nuestros tribunales son competentes con fundamento en el art. 5.2.1 del Reglamento (que sustituye al foro especial del art. 22.3º LOPJ); si el demandado tiene su domicilio fuera del territorio comunitario, nuestros tribunales podrían resultar competentes por el foro general de la sumisión expresa previsto en nuestro sistema autónomo. El foro general del domicilio del demandado en España y el foro general de la sumisión tácita a los tribunales españoles del art. 22.2 LOPJ no pueden aplicarse, pues han sido sustituidos por los foros del Reglamento Bruselas I, domicilio del demandado en un Estado contratante (art. 2 RBI) y sumisión tácita a los tribunales de un Estado contratante (art. 24 RBI), aplicable con independencia del domicilio de las partes.
- En cuanto a la competencia judicial internacional en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges (también excluidas del Reglamento Bruselas II y para las que no existe ni derecho comunitario ni convencional aplicable), nuestro ordenamiento autónomo las regula conjuntamente con las relaciones personales y las crisis matrimoniales en el aptdo. 3º del art. 22 LOPJ, que establece que serán competentes los tribunales españoles cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro. Tratándose de relaciones personales o patrimoniales entre los cónyuges, los tres foros especiales del art. 22.3 LOPJ concurren con los dos foros generales de nuestro ordenamiento autónomo (art. 22.2 LOPJ); los tribunales españoles también son competentes si el demandado está domiciliado en España o si las partes deciden someterse, expresa o tácitamente, a los tribunales españoles.

Es en materia de nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio, donde el juego de los foros generales y especiales de nuestro sistema autónomo de competencia judicial internacional se ha visto fuertemente restringido con la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II, que a través de criterios de competencia objetivos, alternativos y exclusivos/imperativos, ha desplazado a bastantes de ellos. Hay que partir de lo establecido en su art. 7, conforme al cual, el cónyuge que sea nacional de un

Estado miembro o tenga su residencia habitual en un Estado miembro, sólo puede ser requerido ante los tribunales de un Estado miembro en virtud de los foros que el Reglamento establece en los arts.2 a 6¹⁷. En estos casos los foros de nuestro sistema autónomo son inaplicables. Es en este sentido en el que los foros de los arts. 2 a 6 del Reglamento se han tildado de exclusivos o excluyentes: los foros previstos en la LOPJ no pueden utilizarse cuando el demandado es nacional o tiene su residencia habitual en un Estado miembro. En tales supuestos sólo pueden utilizarse, son imperativos, los foros previstos en los arts.2 a 6 del Reglamento, que excluyen el juego de los foros previstos en los distintos sistemas autónomos.

El tribunal español ante quien se plantea la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial resultará competente si concurre a su favor, de acuerdo con el principio de alternatividad¹⁸, alguno de los foros de competencia judicial internacional de los establecidos en el listado del art. 2 del Reglamento. Esto es, si en España residen habitualmente los cónyuges; si la última residencia habitual de los cónyuges fue España, siempre que uno de ellos continúe residiendo aquí; si el demandado reside habitualmente en España; si uno de los cónyuges reside habitualmente en España, en caso de demanda conjunta; si la residencia habitual del demandante se encuentra en nuestro país desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda o, si es español, desde al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda; o si ambos cónyuges son españoles.

Como ha subrayado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS¹⁹, aunque los foros del art.2 del Reglamento se basen en la residencia habitual²⁰ y en la nacionalidad²¹, al igual que

17. El art. 7 protege al demandado integrado en la UE contra el juego del derecho común y de la competencia de otro Estado miembro, *vid.*, B. ANCEL y H. MUIR WATT, «La désunion européenne...», *op. cit.*, pp. 420-421; H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000...», *op. cit.*, pp. 395-396; frente al cónyuge residente o nacional de un Estado miembro sólo pueden utilizarse los criterios de competencia establecidos en los arts. 2 a 6, lo que implícitamente excluye el juego de las competencias exorbitantes (*ad .ex.*, art.14 Cc francés) y la sumisión de las partes como criterio de competencia.

18. El funcionamiento alternativo de los foros favorece al demandante. Como indican A.L. CALVO CARAVACA y F.J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional*, Comares, Granada, 2001, p. 138, *en la mayoría de los supuestos de divorcio, el demandante es la parte débil de la relación jurídica y debe potenciarse su acceso a los tribunales ofreciéndole la posibilidad de litigar en varios países. Elegirá aquél cuyos tribunales apliquen una legislación más beneficiosa para sus intereses.*

19. «La competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles», en E. PÉREZ VERA (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 3ª ed., septiembre, 2001, p. 347.

20. Para interpretar el concepto «residencia habitual» debe seguirse, con independencia de las definiciones del derecho interno de cada Estado miembro, la interpretación autónoma elaborada por la Jurisprudencia del TJCE (*ad.ex.*, STJCE de 15 de septiembre de 1994, C-452/93, asunto Pedro Magdalena Fernández, Rec,1994, p. I-4295), esto es: «El lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus propios intereses». *A los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos, vid.*, A. BORRÁS, Informe explicativo, *op. cit.*, p.38.

21. Los órganos jurisdiccionales de cada Estado decidirán conforme a su derecho interno si el implicado goza o no de la nacionalidad del mismo y, en su caso, sobre las consecuencias de la doble nacionalidad, en el marco de la normativa comunitaria al respecto (conforme a la STJCE de 7 de julio de 1992, C-369, asunto Micheletti, Rec,1992, p.I-4239, *la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad pertenecen, de conformidad con el derecho internacional, a la competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercitarse respetando el derecho comunitario*). *Vid.*, *ad ex.*, A. BORRÁS, Informe explicativo, p. 39; H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000...», *op. cit.*, p. 393; A. BONOMI, «Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale

los previstos en la LOPJ, existen diferencias importantes entre ambas regulaciones. *En primer lugar, por admitirse el foro de la nacionalidad de ambos cónyuges tanto para la nulidad y la separación como para el divorcio y, en este caso, no sólo si se solicita por mutuo consenso. En segundo término por la mayor extensión con la que se ha utilizado en la norma comunitaria el criterio de la residencia habitual, tanto de los cónyuges como del demandante y del demandado, por sí sólo o unido a otros requisitos.*

Con el funcionamiento alternativo se dota al sistema de flexibilidad; el demandante, si concurren los requisitos exigidos para más de un foro, podrá elegir uno de ellos para plantear la demanda. Su contraparte también podrá acudir a los tribunales de otro Estado, con lo que existen más probabilidades de que se planteen situaciones de litispendencia o acciones dependientes que en el sistema instaurado por el Reglamento Bruselas I²².

Con el sistema de lista cerrada se consigue claridad, reforzándose la seguridad jurídica. Excluyéndose el foro de la sumisión, expresa o tácita, de las partes, en sintonía con la indisponibilidad de los derechos que se ventilan en este tipo de procesos²³, y estableciendo foros objetivos, se trata de impedir el turismo divorcista²⁴.

Por otra parte, conforme al art.5 del Reglamento, si los tribunales españoles resultan competentes conforme a algunos de los foros previstos en el art. 2, su competencia se extenderá a las demandas reconventionales que puedan presentárseles, siempre que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento. Como subraya H. GAUDEMET-TALLON²⁵, en este tipo de contenciosos es relativamente frecuente que

e di potesta dei genitori», Rivista di diritto internazionale, 2, 2001, pp. 298-340, p. 315. Desde otra perspectiva, este último autor plantea (pp. 318 ss) *que la utilización que se hace en el Reglamento del criterio de la nacionalidad lleva a resultados discriminatorios, que podrían vulnerar el art.12 TUE. La discriminación se manifiesta en dos puntos: en el caso del art. 2 aptdo. 1, en el que la nacionalidad del Estado en el que reside el cónyuge actor, tiene por efecto reducir a seis meses (en vez de un año) el período de residencia requerido para fundamentar la competencia. Con la consecuencia de que el cónyuge que establezca su residencia en el Estado del que es nacional viene beneficiado con respecto al cónyuge que se establece en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad (la diferencia de tratamiento puede traducirse en un obstáculo al ejercicio de la libertad de establecimiento); en el caso del art. 2 aptdo. 2, que atribuye competencia al juez de la nacionalidad común. El supuesto en el que el matrimonio tiene la nacionalidad común de un Estado miembro se favorece frente al supuesto en el que los cónyuges tengan distinta nacionalidad. Se pregunta si la voluntad de ampliar el catálogo de foros a disposición de los cónyuges, es argumento suficiente para justificar esta disparidad de tratamiento.*

22. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles», *op. cit.*, p. 347. Como señala A. BORRÁS, Informe explicativo, p. 30, una de las diferencias más significativas entre el Convenio de Bruselas de 1968 y el Convenio de 1998, hoy transformados en reglamentos, estriba en las relaciones y naturaleza del sistema de foros que cada uno de ellos instaura. En el Convenio de 1968 los criterios de competencia vienen presididos por el principio de jerarquía y se establece como foro general el del domicilio del demandado; las probabilidades de que se planteen supuestos de litispendencia o conexidad ante tribunales de Estados miembros distintos todos con competencia judicial internacional, son mucho más escasas.

23. *Vid.*, F. MOSCONI, «Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000», Rivista di diritto processuale, 2001, nº 2, pp. 376-408, p.387.

24. A.L. CALVO CARAVACA - F.J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional*, *op. cit.*, p.137.

25. «Le Règlement...», *op. cit.*, p. 392.

a la demanda de separación de uno de los cónyuges le siga la demanda de divorcio del otro o que a la demanda de divorcio le siga otra de nulidad. Además, el tribunal español que haya dictado la separación judicial es también competente para la conversión de su resolución en divorcio, aunque puede acudir, alternativamente, a los otros tribunales que resulten competentes conforme a los foros previstos en el art.2 (art.6 del Reglamento)²⁶.

De acuerdo con el art. 8.1 *sólo cuando los foros previstos en el Reglamento (arts. 2 a 6) no otorguen competencia a ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado*. Es decir, para que los criterios de competencia nacionales puedan jugar, criterios que se califican de «residuales», se precisa que el demandado no tenga su residencia habitual en un Estado miembro y que no tenga el domicilio o la nacionalidad en el territorio de un Estado miembro. En este segundo supuesto sí pueden resultar aplicables los foros previstos en nuestro sistema autónomo, pero sólo aquellos que no han sido desplazados por los previstos en el Reglamento.

De los foros generales de nuestro sistema autónomo, sólo resultaría aplicable el de la sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles, no contemplado en el Reglamento Bruselas II, pues el foro del domicilio del demandado en España queda desplazado por el foro de la residencia habitual del demandado (art. 2º a) párrafo 3º del Reglamento). En cuanto a los foros especiales del art. 22.3 LOPJ –residencia habitual en España de ambos cónyuges al tiempo de la demanda; nacionalidad española del demandante y residencia habitual en España; y nacionalidad española de ambos cónyuges, independientemente de lugar de residencia, siempre que se promueva la petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro–, nuestros tribunales sólo pueden fundamentar su competencia en el segundo, pues los dos restantes han sido desplazados por los previstos en el Reglamento Bruselas II (art. 2º, letras a y b, respectivamente).

No obstante, aunque, conforme a los criterios previstos en el Reglamento, resultaran competentes los tribunales de otro Estado miembro, los tribunales españoles *en caso de urgencia pueden adoptar medidas provisionales o cautelares previstas en nuestro ordenamiento sobre las personas o los bienes que se encuentren en nuestro país*. La regla, contemplada en el art.12 del Reglamento Bruselas II, supone una «derogación» de los criterios de competencia previstos en el propio Reglamento (arts. 2 a 6) a favor de los criterios de competencia de los ordenamientos autónomos, justificada por razón de urgencia, esto es por la necesidad de conseguir rápidamente la protección de la persona o los bienes presentes en dicho Estado²⁷. En consecuencia, los

26. B. STURLÈSE, «Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce..», *op.cit.*, p.243. Como explica J. A. SEIJAS QUINTANA, «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo...», *op. cit.*, pp. 103-104, *con el art. 5 se permite al demandado introducir en el proceso alguna de las acciones civiles incluidas en el ámbito de aplicación previsto en el art. 1, manteniéndose las reglas de competencia de los arts. 2 a 4. El art.6 se explica en función de aquellos ordenamientos en los que la separación es requisito necesario para la posterior obtención del divorcio por el transcurso de un determinado tiempo entre una y otra situación o por otra causa.*

27. *Vid.*, las diferencias con el art. 24 del Reglamento Bruselas I en H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000...», *op. cit.*, p. 391.

efectos de las medidas provisionales o cautelares que se adopten, se circunscriben al territorio del Estado cuyos tribunales las han dictado. Además, la generalidad con la que aparece redactado el precepto permite concluir que dichas medidas pueden versar tanto sobre materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento como sobre materias excluidas, por ejemplo, como indican A.L. CALVO CARAVACA y F.J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, las medidas destinadas a conservar el patrimonio matrimonial con vistas a una probable posterior disolución del régimen económico matrimonial²⁸. Una vez que la autoridad competente en base al Reglamento dicte su decisión sobre el fondo del asunto y ésta se reconozca o ejecute, quedará sin efecto la medida provisional o cautelar. Si las medidas se refieren a materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, cesarán cuando lo determine el derecho interno²⁹.

2. Criterios de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental

Cuando con ocasión de un proceso de separación judicial, nulidad o divorcio regulado por las reglas de competencia establecidas en el Reglamento Bruselas II se deba resolver sobre la responsabilidad parental (atribución de la patria potestad y derechos de custodia y visita) de los hijos comunes, biológicos o adoptivos, del matrimonio en crisis, la competencia en esta materia también se determina de acuerdo con las reglas comunitarias del art. 3³⁰.

Es decir, el Reglamento Bruselas II fija la competencia internacional en materia de responsabilidad parental solamente cuando estas cuestiones están conectadas a una acción de divorcio, separación legal o nulidad del matrimonio (art. 1.1.b) del Reglamento). Si la demanda sobre responsabilidad parental es independiente del proceso de desunión cubierto por el Reglamento, la determinación de la competencia internacional se rige por las normas de producción interna y, en su caso, por los convenios internacionales del Estado en cuestión. Escapan, por tanto, del ámbito de aplicación material del Reglamento los contenciosos que afecten a la responsabilidad parental sobre los hijos de parejas de hecho o sobre los demás «hijos de la familia» (hijos de uno u otro de los cónyuges habidos de uniones anteriores e integrados en la unidad familiar en crisis)³¹.

28. A. L. CALVO CARAVACA y F.J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional*, *op. cit.*, p.140; en el mismo sentido, B. ANCEL y H. MUIZ WATT, «La désunion européenne...», *op. cit.*, pp. 426-427, que denominan la regla del art. 12 «foro derogatorio de urgencia».

29. Informe explicativo, *op. cit.*, p. 48.

30. Como subraya J.A. SEIJAS QUINTANA, «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo...», *op. cit.*, p. 99, ni el Convenio Bruselas II ni el actual Reglamento definen el concepto de responsabilidad parental, tampoco se fija la edad del hijo; *al tratarse de aquéllos sujetos a la patria potestad de sus padres o de uno de ellos en razón de las reglas de derecho material interno de cada Estado, cuya situación personal puede verse directamente afectada por la separación, divorcio o nulidad del matrimonio de sus padres, cabe suponer que también se incluye a los hijos mayores de edad, en el supuesto de incapacidad previsto en algunos sistemas, como el español –art.171 C.c.–*.

31. *El derecho interno de cada Estado regulará la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en relación a dichos hijos*, A. BORRÁS, Informe explicativo, *op. cit.*, p. 36.

El art. 3 del Reglamento no establece foros de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental distintos a los previstos en materia de crisis matrimoniales, sino que introduce determinadas exigencias, que deben concurrir, si hubiera varios, respecto de cada uno de los hijos comunes, para que las autoridades del Estado que resulten competentes en virtud del art. 2 para conocer de la crisis matrimonial, puedan conocer también de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. Dichas exigencias, inspiradas en el Convenio de La Haya de 1996³², tratan de conciliar la salvaguarda del interés del menor con las ventajas procedimentales de la concentración de los contenciosos. Como aclara el Informe explicativo, el sentido de la norma no es que tenga que ser la *misma autoridad* la que decida sobre la crisis y sobre la responsabilidad parental, sino que sean las autoridades del *mismo Estado* las que decidan sobre las dos cuestiones³³. El proceso de separación, divorcio o nulidad es la justificación y el límite de la regulación de la responsabilidad parental; consideraciones de fondo y también de economía procesal hacen deseable que el contencioso sobre la crisis matrimonial y el relativo a la responsabilidad parental se resuelvan ante un único tribunal o, al menos, ante la jurisdicción de un único Estado miembro³⁴.

Proyectando el artículo 3 del Reglamento Bruselas II a nuestro país, si los tribunales españoles son competentes conforme al art. 2 para conocer sobre la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad, tendrán competencia, también, para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental sobre el hijo común de los cónyuges si éste reside habitualmente en España³⁵. Si el hijo no reside habitualmente en España, los tribunales españoles tendrán competencia si reside en otro Estado miembro y concurren tres circunstancias más: al menos uno de los cónyuges ejerce la responsabilidad parental sobre el hijo; la competencia de los tribunales españoles ha sido aceptada por ambos cónyuges; y es conforme con el interés superior del hijo.

Como señala J. D. GONZÁLEZ CAMPOS³⁶, *esta regulación es expresión de la vis atractiva que posee el foro de las causas matrimoniales, dado que en estos casos (y en particular en el de una acción de divorcio) el litigio se extiende frecuentemente a las cuestiones relativas a la guarda y custodia de los hijos comunes o a la pérdida de la patria potestad*. Por ello es lógico, hemos dicho que el contencioso matrimonial es a la vez justificación y límite del contencioso sobre responsabilidad parental, que la competencia del tribunal español cese cuando sea firme la resolución sobre el divorcio, la separación o la nulidad; si, cuando sea firme dicha resolución,

32. Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas protectoras, aún no en vigor.

33. «De hecho, en unos Estados son las mismas autoridades, mientras que en otros son autoridades distintas...lo que interesa es que sean autoridades de un mismo Estado miembro, atendiéndose, por lo demás, al reparto funcional interno de competencias», A. BORRÁS, Informe explicativo, p. 40.

34. B. ANCEL y H. MUIZ WATT, «La désunion euopéenne...», *op. cit.*, p. 424.

35. «Como sucede con las acciones de divorcio, será necesario la alegación y prueba de la residencia para fundamentar la competencia, entendiendo, con reiterada jurisprudencia, que lo que se debe buscar es el centro de gravedad real de la vida del menor, lo que implica una evaluación de la integración de éste y tener en cuenta un período de tiempo determinado», J.A SEIJAS QUINTANA, «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo...», *op. cit.*, p.110.

36. «La Competencia Judicial internacional de los Tribunales y Juzgados españoles», *op. cit.*, p. 349.

existieran procedimientos relativos a la responsabilidad parental, cuando haya recaído una resolución firme en ese procedimiento; o bien, cuando los procedimientos sobre nulidad, separación o divorcio o responsabilidad parental hubieran concluido por cualquier otra razón (desistimiento, reconciliación, o muerte de uno de los cónyuges, por ejemplo)³⁷.

Cuando la residencia habitual del hijo se encuentra en un Estado no miembro o cuando no se realizan las condiciones necesarias para la extensión de la competencia a favor del menor que reside en otro Estado miembro (por ejemplo, un de los cónyuges rechaza la competencia del tribunal español), en virtud del art. 8.1 del Reglamento las reglas de competencia previstas en el derecho interno recobrarían su virtualidad.

En materia de filiación (declaración, negación o impugnación de la filiación) y de relaciones entre padres e hijos, conforme al art. 22.3 LOPJ, son competentes los tribunales españoles si el hijo tiene su residencia habitual en España al tiempo de la demanda (desactivado por el Reglamento) o si el demandante es español o reside habitualmente en España. Estos tres foros especiales concurren con el foro general del domicilio del demandado en nuestro país. En cuanto a la sumisión prevista en el art. 22.2 LOPJ no parece aconsejable que pueda operar con relación a este tipo de litigios.

La regulación del Reglamento sigue la tendencia general del Derecho internacional privado y en particular, del Convenio de La Haya de 1996: el tribunal competente para conocer del proceso de desunión no debe considerarse, automáticamente, competente para conocer sobre la responsabilidad parental. La solución del art.3.1 es centralizar los contenciosos que afectan al menor en el Estado de su residencia habitual, pues sólo dicho Estado presenta las garantías de proximidad necesarias para esperar, en interés del menor, la mejor justicia. Esta exigencia sólo se atenúa si se dan las tres circunstancias previstas en el art. 3.2 del Reglamento, que coinciden con las previstas en el art.10 del Convenio de La Haya de 1996³⁸.

Por otra parte, como es sabido, en los procesos de crisis matrimoniales es relativamente frecuente que se produzcan supuestos de sustracción de menores. Para solucionar los problemas derivados de estos desplazamientos internacionales se elaboró el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores³⁹. A este instrumento se refiere el art. 3 del Reglamento estableciendo una regla particular de competencia con el objetivo de que la aplicación del Reglamento no perjudique la aplicación del Convenio en estos casos. Se trata de que la competencia establecida en el art. 3 del Reglamento se ejerza dentro de los límites que el Convenio de La Haya establece. Con ello se salvaguarda la residencia habitual lícita como criterio de competencia cuando, como consecuencia del desplazamiento o retención ilícitos, de hecho, se ha producido una modificación de la misma. El Reglamento Bruselas II se remite a los arts.3 y 16 del Convenio. El

37. A.L. CALVO CARAVACA - F.J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional*, *op. cit.*, p.139.

38. H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000...», *op. cit.*, p. 394.

39. Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989, y BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

primero define qué debe entenderse por traslado o retención ilícitos; el segundo establece que las autoridades judiciales del país donde el menor haya sido trasladado o de donde esté retenido, una vez informadas de que el traslado o la retención es ilícita, no pueden decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio⁴⁰. Por consiguiente, *aunque se haya modificado la residencia habitual y, por tanto, pudiera pensarse en utilizar los criterios admitidos en el Reglamento, el papel prioritario otorgado al art.16 del Convenio de La Haya impediría tomar medidas que modificaran la responsabilidad parental con anterioridad a que se haya decidido sobre el retorno o no retorno*⁴¹.

Así, en caso de sustracción de menores, el tribunal español competente para conocer sobre la responsabilidad parental de acuerdo con las normas de competencia del Reglamento, deberá tener en cuenta lo dispuesto en el art. 16 del Convenio de La Haya y no decidir hasta que se haya resuelto si el niño debe regresar o no al país de su anterior residencia habitual.

Finalmente, también en el sector de la responsabilidad parental, puede jugar el art. 12 del Reglamento. De manera que, en caso de urgencia, los tribunales españoles pueden adoptar medidas provisionales o cautelares respecto a las personas o bienes presentes en España, aún cuando en virtud del Reglamento resulten competentes para conocer sobre la responsabilidad parental los tribunales de otro Estado miembro.

Una de las consecuencias negativas que la regulación comunitaria sobre la responsabilidad parental introduce en los sistemas nacionales de los Estados miembros es la discriminación entre los hijos: sólo los hijos comunes del matrimonio en crisis se «benefician» de los criterios de competencia establecidos en el Reglamento y de la simplificación del régimen de reconocimiento y ejecución de la decisión obtenida. *El acceso a los tribunales en materia de responsabilidad parental sobre los hijos de uno sólo de los cónyuges o de parejas de hecho es más difícil, puesto que los foros son más restrictivos; en cuanto a la eficacia internacional de la decisión obtenida, se somete a la normativa prevista en los arts. 951-954 LEC*. Esta diferencia de trato, en el caso español, resulta incompatible con el art. 14 CE⁴².

Haciéndose eco de las dificultades que en este sentido entraña la actual regulación comunitaria, la Propuesta de Reglamento del Consejo, en el sector de la competencia judicial internacional, señala como uno de sus objetivos evitar diferencias entre situaciones que puedan dar lugar a discriminaciones entre los niños. Ello ha conducido a extender el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II a todos los procedimientos civiles relativos a la responsabilidad parental sin necesidad de que exista vínculo con las acciones en materia matrimonial.

40. «A partir de los dieciséis años no existiría ningún obstáculo para pronunciarse sobre la cuestión de fondo, desatendiendo las reglas establecidas al respecto en los arts. 3 y 16 del citado Convenio», J.A. SEIJAS QUINTANA, «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo...», *op. cit.*, p. 100.

41. Informe explicativo, p. 42.

42. Así lo subraya J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Cuestiones polémicas...», *op. cit.*, p. 235.

El sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de la Propuesta de Reglamento, inspirado en el Convenio de La Haya de 1996, es más completo que el diseñado por el Reglamento Bruselas II.

El criterio básico continúa siendo la residencia habitual del niño, por lo que en caso de cambio de residencia habitual, la competencia se transfiere a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia (art.10 de la Propuesta). Cuando no se pueda determinar la residencia habitual del niño, será competente, con carácter subsidiario por tanto, el Estado miembro en el que el niño esté presente (art. 13 de la Propuesta).

El criterio de la residencia habitual se corrige en casos puntuales de traslado (dependiendo la solución de si el traslado ha sido legal o ilegal) o por un acuerdo de los titulares de la responsabilidad parental:

- El art. 11 se refiere a la competencia judicial del Estado miembro de la anterior residencia del niño en los casos de traslado «legal» de la residencia del niño a otro país. Las condiciones para que se mantenga la competencia de los tribunales del Estado miembro de la anterior residencia del niño que hayan dictado ya una resolución, son que el niño se acabe de trasladar recientemente a su nueva residencia mientras que uno de los titulares de la responsabilidad parental continúa residiendo en el Estado miembro de la anterior residencia del niño. La jurisdicción más cercana al niño es la que modifica su resolución previa para tener en cuenta la evolución de la situación de éste, lo que garantiza una cierta continuidad sin por ello modificar la definición de «residencia habitual».
- Para los casos de traslado «ilegal» de la residencia habitual del niño (sustracción de menores), el art. 21 sigue, como regla general, que el cambio de residencia habitual del niño que resulta de la sustracción no implica una transferencia de competencia a los tribunales del Estado miembro al cual se ha trasladado el niño. Conforme al apartado 1: «En casos de sustracción de menores, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o su retención conservarán su competencia». En los siguientes apartados se contemplan las posibles excepciones a la regla:
 - *cuando el niño hubiera adquirido la residencia habitual en el Estado miembro al que ha sido trasladado y el titular de la responsabilidad parental haya consentido el traslado o la retención;*
 - *cuando el niño lleve residiendo en el nuevo Estado durante al menos un año después de que el titular de la responsabilidad parental haya tenido conocimiento de su paradero o hubiera debido tenerlo;*
 - *o cuando en ese período de tiempo no se haya presentado ninguna solicitud de restitución, o se haya dictado una resolución judicial de no restitución o no se haya dictado ninguna sentencia relativa a la custodia un año después de haberse interpuesto demanda. En los dos últimos supuestos es necesario que el niño se haya integrado en su nuevo entorno⁴³.*

Con esta regulación se trata de evitar una transferencia de competencia a través de una acción ilegal, perfeccionándose el mecanismo previsto en el Convenio de La Haya de 1980. Una vez que el Reglamento entre en vigor, sus disposiciones primarían sobre las del Convenio de La Haya de 1980, en las relaciones entre Estados miembros del Reglamento.

- *El art. 12, con el título «prórroga de competencia», se refiere al tercer supuesto en el que se matiza el criterio básico. Se trata del caso en el que los cónyuges deciden de común acuerdo recurrir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro con el que el niño tiene un vínculo sustancial. La conexión puede basarse, por ejemplo, en la residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental o en la nacionalidad del niño. Esta solución tiene como objetivo conseguir un acuerdo, aunque sólo sea sobre el órgano jurisdiccional que va a conocer del asunto. Se intenta dar cierta flexibilidad a los titulares de la responsabilidad parental, mientras que el órgano donde se ha presentado el caso debe considerar que asumir la competencia va en el interés superior del niño⁴⁴.*

Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente conforme a los arts. 10 a 13 y 21, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado (art. 14). Con lo que se otorga un carácter residual a los derechos nacionales. Las decisiones dictadas en virtud de normas de competencia nacionales sí se benefician del sistema de reconocimiento y ejecución previsto en la Propuesta.

Finalmente, se tienen en cuenta las situaciones en las que exista un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto que el designado por la normativa anterior. En dichas situaciones, el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto podrá transferirlo al mejor situado, siempre en beneficio del interés superior del niño.

Las situaciones que se contemplan son las siguientes:

- *Que el Estado donde se encuentra el órgano jurisdiccional presuntamente mejor situado sea el de la anterior residencia habitual del niño; o*
- *El Estado de la nacionalidad del niño; o*
- *El Estado de la residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental; o*
- *El Estado donde se encuentra la propiedad del niño.*

En cualquier caso, siempre previa solicitud de un titular de responsabilidad parental (no es posible la actuación de oficio), el tribunal competente para conocer del fondo suspenderá el proceso y establecerá un período de tiempo para que se presente la demanda ante los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro. Estos podrán

43. Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento, *op. cit.*, pp. 9-10 y 12-14.

44. Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento, *op. cit.*, pp. 9-10.

aceptar la competencia en el plazo de un mes desde que se presentó el asunto ante ellos. Si ello sucede, el otro órgano jurisdiccional se inhibirá. Si no es así será competente el órgano jurisdiccional donde primero se presentó el asunto⁴⁵.

B. LOS PROBLEMAS PROCESALES RELATIVOS A LA COMPETENCIA

Con una terminología muy similar a la empleada por el Reglamento Bruselas I, el Reglamento Bruselas II dedica los arts. 9 y 10, de un lado, y el art. 11 de otro, al régimen procesal de algunos de los problemas que la aplicación de los foros de competencia judicial internacional puede plantear: comprobación de la competencia y de la admisibilidad de la demanda y litispendencia y acciones dependientes, respectivamente. Se trata de reglas procedimentales con las que se procura que el sistema de competencias que el Reglamento establece funcione correctamente, lo que tiene su posterior reflejo en la fase de reconocimiento y ejecución de decisiones.

1. La comprobación de la competencia judicial y de la admisibilidad de la demanda

En cuanto a los supuestos de control de oficio de la competencia judicial internacional, la principal diferencia del régimen previsto en el Reglamento Bruselas II respecto al Reglamento Bruselas I, viene determinada por la distinta naturaleza de las competencias que uno y otro Reglamento incorporan. En el Reglamento Bruselas II todos los criterios de competencia (arts. 2 a 6) tienen naturaleza imperativa, presentando entre ellos una relación de alternatividad. Ello determina que el tribunal ante quien se presenta la demanda deba proceder a comprobar de oficio su competencia en todos los casos y, además, si el demandado no comparece, proceder a una comprobación suplementaria⁴⁶.

El art. 9 del Reglamento obliga al tribunal del Estado miembro que conoce a título principal del litigio a comprobar siempre su competencia (si la cuestión sólo se discute en ese Estado miembro como excepción, la obligación decae⁴⁷). Se distinguen dos situaciones: si de esta comprobación resulta que ningún tribunal de un Estado miembro tiene competencia conforme al Reglamento, el tribunal no tiene obligación de declararse de oficio incompetente. El tribunal ajustará su conducta a su derecho autónomo, pudiendo entrar en juego, eventualmente, las competencias residuales del art. 8.1 del Reglamento⁴⁸. Si de la comprobación resulta que el Reglamento otorga

45. Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento, *op. cit.*, p.10.

46. En el Reglamento de Bruselas I, el tribunal del Estado miembro ante quien se presenta la demanda está obligado a comprobar de oficio su competencia sólo en dos supuestos: cuando está en juego una competencia exclusiva a favor del tribunal de otro Estado miembro (art. 25) y cuando el demandado domiciliado en otro Estado miembro, no comparece (art. 26.1), siempre que concurren las condiciones previstas en su articulado para cada uno de los supuestos, *vid.*, E. CANO BAZAGA, «Problemas de aplicación de los foros de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y OTROS, Lecciones de Derecho procesal civil internacional, *op. cit.*, pp. 64-65.

47. A. BORRÁS, Informe explicativo, *op. cit.*, p.45.

48. H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000...», *op. cit.*, p. 398.

competencia a un tribunal de otro Estado miembro, el tribunal sí tiene la obligación de declararse de oficio incompetente.

El art. 9 del Reglamento garantiza el correcto funcionamiento de los foros de competencia de los arts. 2 a 6, impidiendo que continúe un proceso ante un tribunal incompetente cuando existe otro perteneciente a un Estado miembro que presenta una vinculación objetiva con el asunto. Dado que los derechos materiales y las normas de conflicto de leyes de los Estados miembros continúan siendo distintas, sin una regla como la del art. 9, podrían aumentar los supuestos en los que uno de los cónyuges presenta la demanda ante el tribunal del Estado que aplicase el derecho más favorable a sus intereses⁴⁹. Su aplicación es esencial, puesto que en la fase de reconocimiento y ejecución se ha suprimido el control de la competencia del tribunal de origen. Conforme al art. 17 el tribunal requerido no puede denegar el reconocimiento basándose en que el tribunal de origen no tenía competencia ex arts. 2 a 6 del Reglamento. Tratándose de resoluciones fundamentadas en competencias residuales, derivadas del art. 8.1, como regla general, tampoco puede fiscalizarse la competencia del tribunal de origen, constituyendo la única excepción el supuesto particular previsto en el art. 16⁵⁰.

El art. 9 del Reglamento hace recaer sobre el tribunal la obligación de verificar su propia competencia, pero no se pronuncia sobre otros interrogantes, como los poderes con los que cuenta el tribunal para verificar los hechos que le otorgan competencia, por lo que será la *lex fori* la que lo resuelva y la que decidirá, por ejemplo, si este tribunal debe ceñirse a las pruebas aportadas por el demandante o puede ordenar la práctica de otras⁵¹; la verificación de la competencia a instancia de parte, cuyo régimen también dependerá de lo previsto en el derecho autónomo; o sobre cuestiones procedimentales tales como el momento procesal en el que se debe producir la declaración de incompetencia; la forma en que se plantea la falta de competencia; la posibilidad de recursos contra la decisión del tribunal declarándose incompetente o la obligación o no del tribunal que se declara incompetente de señalar cuál es el competente, para las que se acudirá al propio derecho autónomo, teniendo en cuenta que esta normativa nunca puede obstaculizar lo establecido en el art. 9 del Reglamento, norma de aplicación directa para el tribunal.

Así, tratándose de tribunales españoles, se deberá acudir a la normativa prevista en la LEC, cuyo articulado admite expresamente, por vez primera, la verificación de oficio y también aclara la forma de proceder a ésta y a la verificación a instancia de parte. En sus arts. 36 y 38 se regulan los tres supuestos en los que nuestros tribunales están obligados a actuar de oficio: inmunidades de jurisdicción y ejecución; competencia exclusiva a favor de otro Estado; e incomparecencia del demandado⁵².

49. A. BORRÁS, Informe explicativo, *op. cit.*, p.45.

50. «El art.16 autoriza a los tribunales de los Estados miembros, siempre y cuando exista un Convenio en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, a denegar el reconocimiento y ejecución en el supuesto de que la competencia del tribunal de origen se hubiera fundamentado únicamente en el Derecho interno (foro residual del art.8)», A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Régimen comunitario de reconocimiento y *exequatur* de decisiones judiciales extranjeras», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y OTROS, Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional, *op. cit.*, pp. 187-211, p. 206.

51. H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000...», *op. cit.*, p.398.

52. E. CANO BAZAGA, «Los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, Lecciones, *op. cit.*, pp. 116-121. *Vid.*,

En los arts. 63 a 65 LEC se regula la declinatoria internacional, único cauce procedimental conforme a su art. 39, del que disponen las partes para solicitar la abstención del juzgador por falta de competencia en el orden internacional.

En cuanto a la abstención de oficio, el art. 36.2 LEC («Extensión y límites del orden jurisdiccional civil. Falta de competencia internacional») establece: *Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se le sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 2.ª Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.*

Conforme al art. 38 LEC, *tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional*, por la concurrencia de alguno de los tres supuestos del art. 36, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, el juez se abstendrá de oficio.

Por lo que respecta a la verificación a instancia de parte, la LEC aclara el confuso panorama anterior. Se suprime el régimen de las excepciones dilatorias y de la inhibitoria y sobre la base de la interpretación de la antigua declinatoria que efectuaron nuestra doctrina y jurisprudencia se incorpora una regulación detallada de ésta como único medio de control de la competencia judicial internacional disponible por las partes. Conforme al art. 39 LEC («Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte») *el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional*. En los arts. 63 a 65 LEC, integrantes del Capítulo III (De la declinatoria) se establece: su contenido, la legitimación para proponerla y el tribunal competente para conocer de ella (art. 63 LEC); el momento procesal en que debe proponerse y sus efectos (art. 64 LEC); y su tramitación y decisión (art. 65 LEC).

La declinatoria puede proponerse, dentro de los diez primeros días del plazo para contestar la demanda o en los cinco días posteriores a la citación para la vista, ante el mismo tribunal que esté conociendo del pleito y al que se considera carente de competencia o ante el tribunal del domicilio del demandado, que la hará llegar lo más rápido posible al tribunal ante el que se haya presentado la demanda. Su interposición suspende, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar la demanda o el cómputo para el día de la vista, según los casos, y el curso del procedimiento principal. Aunque el tribunal puede practicar las actuaciones de aseguramiento de prueba así como las medidas cautelares urgentes.

Si el tribunal decide que carece de competencia, lo declarará mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Como indica J.A. SEIJAS QUINTANA, «el procedimiento concluye no con la remisión de actuaciones al tribunal competente, sino con la indicación a las partes de cuál es la jurisdicción del país que para el juez español debe conocer y ante el que las partes deberán comparecer para usar de su derecho»⁵³. Contra dicho auto puede interponerse recurso de apelación (art.

R. ARENAS GARCÍA, «Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC 2000», Anuario Español de Derecho Internacional privado, Tomo I, 2001, pp. 145 ss.; C. ESPLUGUES MOTA, «El Derecho internacional privado y la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000», Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2001, núm. 2, pp. 269 ss.

53. *Op. cit.*, p.114.

66.1 LEC). Si, por el contrario, se estima competente, contra el auto que así lo declara puede plantearse recurso de reposición (art. 66.2 LEC).

Una vez confirmada la propia competencia, en el supuesto de que el demandado no comparezca, el art. 10 del Reglamento Bruselas II obliga, además, al tribunal a verificar la admisibilidad de la demanda. Con el objetivo último de evitar al máximo posible las causas de rechazo al reconocimiento, se trata de garantizar el respeto del derecho de defensa, para lo que no es suficiente con la comprobación de la propia competencia, prevista en el artículo 9⁵⁴. A diferencia de la incompetencia del tribunal, la lesión de los derechos de defensa del demandado en el proceso de origen sí es motivo de no reconocimiento de acuerdo con el art. 15.1 b) o incluso 15.1 a) del Reglamento. El art. 15.1 a) permite la denegación del reconocimiento cuando la resolución se dictó en rebeldía del demandado por una irregularidad en la notificación de la demanda y/o por falta de tiempo para preparar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que el demandado acepta la resolución (si tras el divorcio contrajo nuevo matrimonio, por ejemplo). Las lesiones de los derechos de defensa que no encajan, de acuerdo con la jurisprudencia TJCE, en el supuesto del apartado 2, *al demandado se le notificó la demanda en tiempo y en forma pero no pudo comparecer por causa fuerza mayor, el demandado fue privado de su derecho a la asistencia letrada, etc.*, pueden reconducirse, desde la STJCE *Dieter Krombach/André Bamberski*, al art. 15.1 letra a), *contrariedad manifiesta de la decisión extranjera con el orden público del Estado requerido*⁵⁵. La correcta aplicación del art. 10 previene la posterior alegación de dichas causas de no reconocimiento.

El primer aptdo. del art. 10 del Reglamento obliga al tribunal competente a suspender el proceso cuando el demandado, con residencia habitual en otro Estado miembro, no comparece. La suspensión se levantará cuando el tribunal se asegure de que el demandado ha sido informado del proceso que se ha abierto contra él «con suficiente antelación para defenderse» o, al menos, que se han practicado todas las diligencias a tal fin (se retoma así la fórmula empleada por el art. 20.1 del Convenio de Bruselas, recogida, a su vez, en el art. 26.2 del Reglamento Bruselas I).

Para comprobar la regularidad de la notificación de la demanda o documento equivalente, el tribunal recurrirá a las disposiciones del Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil⁵⁶, siempre que ésta deba transmitirse de un Estado miembro a otro Estado miembro conforme a dicho Reglamento (art. 10.2 Reglamento Bruselas II).

Si el Reglamento 1348/2000 no resulta aplicable, el tribunal recurrirá a las disposiciones del Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia

54. A. BORRÁS, Informe explicativo, p. 45.

55. *Vid.*, A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Régimen comunitario de reconocimiento y *exequatur* de decisiones judiciales extranjeras», *op. cit.*, p. 192-195; 206-207.

56. En vigor para España desde el 31 de mayo de 2001; *vid.*, M. AGUILAR BENÍTEZ LUGO, «La asistencia judicial internacional», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y OTROS, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 165-170.

civil o comercial, si el escrito de demanda o documento equivalente hubiera de transmitirse al extranjero de acuerdo con dicho Convenio (art. 10.3 Reglamento Bruselas II)⁵⁷.

Se estima que cuando el demandado tiene su residencia habitual en el Estado donde la acción se interpone es la normativa procedimental de dicho Estado la que debe garantizar que el demandado ha sido correctamente informado del proceso entablado contra él⁵⁸.

2. La litispendencia y las acciones dependientes

El Reglamento Bruselas II dedica el art. 11 a la regulación de la litispendencia y de las «acciones dependientes» (expresión que incluye las situaciones de conexidad o cuasi-litispendencia). En ambos casos, la disposición retoma, en sus tres primeros apartados, la solución prevista por el art. 27 del Reglamento Bruselas I para la litispendencia, solución a la que se añade algún matiz en el supuesto de acciones dependientes. En el apartado 4 del art. 11 se establece el momento determinante del conocimiento.

La disposición persigue una doble finalidad: garantizar que sea un único tribunal el que conozca del asunto –con fundamento en el principio de economía procesal y de protección jurídica de las partes–, y reducir al mínimo posible el riesgo de decisiones inconciliables dentro de la Comunidad (la inconciliabilidad es motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución, conforme a los arts. 15 y 24 del Reglamento) –con fundamento en el principio de armonía internacional de soluciones–. Para dar respuesta a dichos objetivos se recurre al principio *prior tempore potior iure*, estableciéndose como mecanismo corrector de ambos tipos de situaciones (litispendencia y acciones dependientes) la obligación del tribunal que conoce de la segunda demanda de suspender de oficio el procedimiento hasta que se confirme la competencia del primero; una vez que este hecho se produzca, deberá inhibirse a su favor.

La multiplicación de los criterios de competencia uniformes y la relación de alternatividad que los preside, que conduce con más frecuencia que el sistema competencial del Reglamento Bruselas I a situaciones de litispendencia o cuasi-litispendencia, obligaba a establecer un mecanismo de estas características⁵⁹. Su elaboración fue una de las más arduas, en correspondencia con las profundas diferencias existentes entre los derechos nacionales de los Estados miembros. La diversidad de concepciones en cuanto a la forma legal de disolución del matrimonio y sobre la noción misma de litispendencia son las más significativas. Respecto a la primera, basta

57. «Hay que poner de relieve la importancia que tiene el control de este requisito puesto que la regularidad de la notificación y la obligación de notificar el documento con tiempo suficiente constituyen garantías distintas y acumulativas para el demandado en rebeldía, cuya falta basta para que se deniegue el reconocimiento de una resolución extranjera (STCE de 3 de julio de 1990)», J.A. SEIJAS QUINTANA, «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo...», *op. cit.*, p.116.

58. H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000...», *op. cit.*, p.399.

59. B. ANCEL y H. MUIR WATT, «La désunion européenne...», *op. cit.*, p. 415, y pp. 428-429.

señalar que en determinados Estados, como Suecia y Finlandia, la única forma legal de disolución del matrimonio entre esposos vivos es el divorcio, desconociéndose por su derecho interno figuras como la separación legal o la nulidad, aunque algunas causas de divorcio se corresponden con causas de nulidad en otros ordenamientos. En cuanto al concepto mismo de litispendencia, para algunos Estados (Francia, España, Italia o Portugal) se requiere la clásica triple identidad (sujetos, objeto y causa) mientras que en otros se refiere sólo al mismo objeto y las mismas partes. Con estos condicionantes se trataba de buscar una regulación conciliadora de las diferentes perspectivas nacionales.

El aptdo. 1 del art. 11 del Reglamento regula los supuestos de litispendencia *stricto sensu*. Se trata de situaciones en las que la «misma demanda» (identidad de objeto, causa y partes) se presenta ante tribunales de Estados miembros distintos, todos con competencia judicial internacional con arreglo al Reglamento.

Para que exista verdadera litispendencia los procesos abiertos deben versar sobre el mismo objeto (el divorcio, la separación o la nulidad) referido al mismo vínculo matrimonial. En cuanto a la identidad de causa, al igual que con la identidad de objeto y de partes, habrá que seguir la interpretación amplia que de este concepto se ha consolidado en la Jurisprudencia del TJCE⁶⁰. Así, si ambos cónyuges solicitan el divorcio aunque fundamentado en causas concretas distintas no se rompe la identidad de causa a efectos de aplicación del art. 11⁶¹, pues ignorar la constitución de la situación de litispendencia en estos casos acrecentaría el riesgo de que lleguen a dictarse decisiones inconciliables.

Por otra parte, aunque la letra del aptdo. 1 del art. 11 no haga ninguna alusión al respecto, debe interpretarse que las situaciones de litispendencia pueden producirse también entre acciones sobre vínculo matrimonial que hayan dado lugar a responsabilidad parental. En ambos casos (demandas sobre ruptura matrimonial o demandas sobre responsabilidad parental), conforme al principio *prior tempore potior iure*, y para evitar conflictos negativos de jurisdicción, el tribunal que conozca en segundo lugar debe suspender el proceso hasta que el primero se declare competente; una vez que este hecho se produzca, se inhibirá a su favor⁶².

60. La exigencia de la triple identidad entre las demandas se ha interpretado de forma amplia y autónoma por el TJCE en sucesivas decisiones. Destacan las sentencias sobre el asunto *Gubisch* (STJCE de 8 de diciembre de 1987, Rec., 1987, pp. 4861 ss.), y la sentencia sobre el asunto *Tatry* (STJCE de 6 de diciembre de 1994, Rec., 1994, pp. 5439 ss.), conforme a las cuales es suficiente una sustancial analogía en la configuración de la relación jurídica que justifica las respectivas demandas, para que estemos en presencia de un supuesto de litispendencia comunitaria; *vid.*, E. CANO BAZAGA, «Algunos apuntes sobre la progresiva configuración de la litispendencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano. El nuevo artículo 23 bis revisado», *Revista General de Derecho*, n.º 667, abril, 2000, pp. 4293 ss.

61. H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n.º 1347/2000...», *op. cit.*, pp. 400-401.

62. El régimen del art.11 se mantiene en el art.19 de la Propuesta de Reglamento del Consejo, que nítidamente distingue entre los procedimientos relativos al divorcio, la separación legal o la nulidad del matrimonio, para los que el mecanismo corrector se pone en marcha si éstos se producen entre las mismas partes, y los procedimientos relativos a la responsabilidad parental, en los que se activa el mecanismo si éstos se refieren al mismo niño, aunque es muy difícil que se presente un supuesto de este tipo pues el régimen de competencia para la responsabilidad parental no prevé criterios alternativos de jurisdicción.

La litispendencia respecto a terceros Estados se solucionará conforme al derecho convencional o autónomo del tribunal del Estado miembro que conozca con posterioridad.

En nuestro ordenamiento autónomo, la litispendencia sólo se regula en el ámbito interno. En el ámbito internacional, ni la LOPJ ni la LEC 1881 contenían disposiciones sobre dicha situación y su solución. Ante el vacío legal, la jurisprudencia del TS viene interpretando que, en ausencia de normativa comunitaria o convencional que le obligue a otra cosa (además de los Reglamentos de Bruselas I y II, del Convenio de Bruselas y del Convenio de Lugano, varios convenios bilaterales incorporan la regulación de esta figura y sus soluciones), el tribunal español ante quien se presente una demanda de la que ya se encuentre conociendo un tribunal extranjero debe ignorar la existencia de litispendencia internacional, continuando con el proceso desarrollado ante él. Tampoco la actual LEC contiene una regulación expresa. El legislador español, dada su indudable relación con el sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones, ha preferido remitir su regulación a la futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, cuyo Título II, fuertemente inspirado en el Convenio de Bruselas de 1968, se ocupará del reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras.

Hasta que su regulación positiva se lleve a cabo, es posible que nuestra Jurisprudencia deduzca la admisión de la litispendencia internacional de otras normas de la LEC: cabe entender que el art.63.1 LEC incluye implícitamente las situaciones de litispendencia; también se propone acudir al art. 421 LEC, extendiendo su aplicación a las situaciones de litispendencia internacional; o fundamentar la suspensión del proceso seguido ante el tribunal español, segundo en conocer, en la existencia de prejudicialidad civil, con apoyo en el art. 43 LEC. El límite temporal de la suspensión se fijaría acudiendo a las reglas sobre caducidad de la instancia (arts. 236 y ss. LEC)⁶³.

El aptdo. 2 del art.11 del Reglamento Bruselas II, regula los supuestos de acciones dependientes o falsa litispendencia. A diferencia del apartado 1, que incluye la responsabilidad parental, el ámbito de este apartado 2 se circunscribe a las acciones de divorcio, separación legal y nulidad. Ahora, aunque las partes en los procesos pendientes sean las mismas, el objeto y la causa son distintos. Se trata de aquellas situaciones en las que los procesos abiertos ante tribunales competentes de distintos Estados miembros, aunque referidos al mismo vínculo matrimonial, versan sobre diferentes cuestiones (uno de los cónyuges solicita la separación y el otro la nulidad o el divorcio, por ejemplo). Con esta disposición se trata de responder satisfactoriamente a las diferencias entre los derechos nacionales de los Estados miembros en cuanto a las formas de disolución del matrimonio.

Al igual que para los casos de litispendencia *stricto sensu*, la existencia de acciones dependientes se soluciona acudiendo al principio de prioridad temporal; el tribu-

63. E. CANO BAZAGA, «El régimen autónomo de competencia judicial internacional: la LOPJ», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, Lecciones..., *op. cit.*, pp. 113-116. *Vid.*, en cuanto a las distintas propuestas doctrinales, M. GARDEÑÉS SANTIAGO, «Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC», Anuario Español de Derecho Internacional privado, Tomo I, 2001, pp. 315 ss.

nal que conoce en segundo lugar suspende el proceso hasta que el primero se declare competente, momento en el que se inhibirá a su favor. Aunque ahora se añade una particularidad: el demandante en el segundo proceso, una vez que el segundo tribunal se inhiba, podrá presentar su demanda, si lo desea, ante el primer tribunal que ha confirmado su competencia. Como señala J.A. SEIJAS QUINTANA, «no funcionan los mecanismos tradicionales de acumulación de procesos, pues no es el tribunal quien remite o reclama el asunto, sino que se deja a voluntad del interesado formular nuevamente la demanda ante el órgano jurisdiccional al que se hubiese acudido en primer lugar, procediéndose a su posterior acumulación si su ordenamiento procesal lo autoriza⁶⁴».

Debe tenerse en cuenta que la regla del apartado 3 del art.11 es diferente técnicamente a la del art.5 (demanda reconvenicional). Como subraya el Informe explicativo, el art. 5 incorpora una regla de competencia derivada, mientras que el art. 11 resuelve un conflicto entre procesos⁶⁵. Su funcionamiento es, también, distinto: habrá casos en los que ya no podrá presentarse una demanda reconvenicional (por no ser ya el momento procesal oportuno), mientras que siempre será posible aplicar la regla del apartado 3 del art. 11.

De acuerdo con la regla del art.11, el segundo tribunal debe siempre inhibirse a favor del primero, incluso si el derecho interno de ese Estado miembro no conoce ni la separación ni la nulidad⁶⁶.

El principio de prioridad cronológica conlleva la necesidad de determinar previamente en qué orden han conocido los respectivos tribunales, con el fin de que una vez establecido cual fue el que lo hizo con posterioridad sea él el que ajuste su actuación a lo exigido para solucionar cada una de las situaciones. Para ello resulta

64. J.A. SEIJAS QUINTANA, «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo...», *op. cit.*, p. 117, que añade «lo que no resuelve el Reglamento, ni la LEC (que, recordemos, impide la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias contradictorias, incompatibles o mutuamente excluyentes, puede evitarse mediante litispendencia), es el problema relativo a la litispendencia imposible de analizar, simplemente porque no fue invocada. Los efectos que se derivan consisten en denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución dictada en otro Estado de origen, cuya inconciliabilidad con una resolución dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido resulta evidente cuando tiene como objeto un mismo punto controvertido, puesto que choca ineludiblemente con la propia eficacia de la resolución nacional y, muy especialmente, con el efecto de cosa juzgada que ella produce una vez que ha causado estado. Lo contrario dañaría irreparablemente la seguridad jurídica en las relaciones interpartes».

65. En la práctica las diferencias se atenúan, *vid.*, B.ANCEL y H. MUIZ WATT, «La désunion européenne», *op. cit.*, p. 431.

66. A. BORRÁS, en el Informe explicativo, p. 47, se refiere al caso de una demanda de divorcio presentada en Suecia y una demanda de nulidad presentada en Austria; la jurisdicción austríaca debería inhibirse aunque en el derecho sueco no haya disposiciones sobre la nulidad del matrimonio. Pero una vez que la resolución de divorcio es firme en Suecia, la parte interesada puede acudir a un órgano jurisdiccional en Austria, para asegurarse de que aquellos efectos del divorcio, que estarían vinculados a la nulidad según el derecho austríaco, tendrán los necesarios efectos *ex tunc* como opuestos al divorcio que sólo tiene efectos *ex nunc* y teniendo en cuenta además, que el reconocimiento al amparo del Reglamento queda limitado al cambio de estado civil. El mismo principio se aplicaría a la situación inversa. Es decir, el Reglamento no impide que una resolución austríaca sobre nulidad de matrimonio tenga los efectos de una resolución de divorcio en Suecia. Sin embargo, los mismos problemas no se plantearían en relación a la separación, ya que aunque se trata de una institución también desconocida en el derecho sueco, el divorcio produce efectos que van más lejos y que superponen a los de la separación.

imprescindible designar una formalidad procesal de referencia (admisión de la demanda, notificación al demandado, inscripción...) que permita decir, por comparación, que un tribunal es el primero o el segundo en conocer. En el caso extraordinario en el que los procesos hubieran comenzado a la vez, los tribunales implicados podrían ignorar la constitución de la situación de litispendencia o la existencia de acciones dependientes.

El grado de diversidad entre las reglas procedimentales de los diferentes Estados miembros es de tal calibre⁶⁷ que ha resultado imposible designar una única formalidad procesal de referencia, de manera que el art. 11.4 en sus dos letras retomando las soluciones del art. 30 del Reglamento Bruselas I, señala las dos formalidades que implican el conocimiento del tribunal a efectos de la Sección 3^a.

Conforme a la letra a), un tribunal conoce de un litigio desde el momento en que se le hubiera presentado el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no hubiera dejado de tomar todas las medidas que se le exigieren para que se le entregare al demandado la cédula de emplazamiento.

Atendiendo a los sistemas en los que la demanda se notifica al demandado antes de su presentación al tribunal, de acuerdo con la letra b), también se considera fecha de conocimiento el momento en que la autoridad encargada de la notificación recibe el escrito de demanda o documento equivalente, con la condición de que posteriormente el demandante no hubiera dejado de tomar todas las medidas que se le exigieren para presentar el documento al tribunal.

Desde la perspectiva española, aunque el sistema de foros alternativos combinado con la solución de la situación de litispendencia incite a la litigiosidad⁶⁸, —cada uno de los cónyuges estará interesado en ser el primero en dirigirse al tribunal, seguramente, de su residencia habitual para que la litispendencia se constituya a su favor—, la *race to the courthouse* que el principio *prior tempore potior iure* provoca no es tan criticable como en el sector del Derecho patrimonial, en el que sí es posible intentar el arreglo extrajudicial de la controversia. *En los litigios sobre disolución del vínculo matrimonial, sigue siendo necesaria la intervención de una autoridad judicial que declare disuelto el matrimonio al objeto de cumplir con el principio de estabilidad del estado civil y su constancia en el Registro civil, lo que sintoniza bien con el principio del favor divortii*⁶⁹.

67. Existen dos grandes modelos: los sistemas que escogen la fecha de notificación de la demanda al demandado (Italia, Francia, Luxemburgo, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Escocia y Alemania, por ejemplo) y los que eligen la de presentación de la demanda a la Secretaría del tribunal (Bélgica, Grecia o España), aunque las particularidades de los trámites procedimentales a cumplir para cada una de ellas sean casi tantas como Estados miembros, *vid.*, E. CANO BAZAGA, «Problemas de aplicación de los foros de competencia judicial internacional», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y OTROS, Lecciones..., *op. cit.*, pp. 65-77.

68. H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000...», *op. cit.*, p. 405, lo expresa así: «affirmer la primauté du juge premier saisi risque d'encourager une agressivité procédurale peu souhaitable».

69. F.J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000», *op. cit.*, p. 237.