

Cita: Vargas Gómez-Urrutia, M. (2018): "Derecho aplicable a la obligación de alimentos. El Protocolo de La Haya de 2007, en *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea* (M. GUZMÁN / M. HERRANZ, Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 415-442.

## **DERECHO APLICABLE A LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007**

Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA\*  
Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN GARANTE DE LA NORMA DE CONFLICTO Y LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR EN EL R.4/2009.- 2. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007.- 2.1. Ámbito de aplicación.- 2.2. La residencia habitual del acreedor de los alimentos (art. 3).- 2.3. Norma especial a favor de determinados acreedores (art. 4).- 2.4. Norma especial para los cónyuges y ex cónyuges (art. 5).- 2.5. Medio de defensa especial (art. 6).- 2.6. Autonomía de la voluntad (arts. 7 y 8).- 3. OTRAS DISPOSICIONES.- 3.1. Organismos públicos (art. 10).- 3.2. Ámbito de la ley aplicable (art. 11).- 3.3. Problemas de aplicación (arts. 12, 13 y 15 a 17).- 4. CONCLUSIÓN.

### **1. INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN GARANTE DE LA NORMA DE CONFLICTO Y LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR EN EL R.4/2009.**

1. Este Capítulo está destinado al examen del derecho aplicable a la obligación de alimentos en general y, en supuestos de crisis familiares, en particular. Como hemos señalado en esta misma obra, el Reglamento 4/2009<sup>1</sup> optó por incorporar normas comunes de ley aplicable mediante la remisión por referencia al Protocolo de La Haya de 23 de

---

\* Este trabajo se adscribe al Proyecto de investigación *La regulación de las crisis matrimoniales internacionales en el derecho interno y de la Unión Europea*. Referencia: DER2014-54470-P (2015/2017). Investigadoras Principales: Mónica Guzmán Zapater y Mónica Herranz Ballesteros (UNED).

<sup>1</sup> Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de alimentos DOUE, L 7, de 10.1.2009. En lo sucesivo, Reglamento de alimentos.

noviembre de 2007 (art. 15)<sup>2</sup>. Conviene recordar que durante los trabajos preparatorios se barajaron varias soluciones a partir de la relación del R. 4/2009 con el Protocolo de La Haya<sup>3</sup>, decidiéndose, finalmente, por la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de La Haya<sup>4</sup> y, paralelamente, la incorporación por referencia del citado Protocolo. Como precedente histórico de una solución similar se tuvo en cuenta que el Reglamento de Bruselas II bis que incorpora por remisión algunas soluciones del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (art.11). Como ventajas de esta solución se esgrimió la intervención del TJUE que revestiría de garantías e uniformidad la interpretación de ambos textos. Asimismo, se tuvo en cuenta la cuestión de la aplicación temporal de Reglamento y Protocolo y su necesaria entrada en vigor de forma simultánea, en particular para una correcta sincronización de las dos vías de reconocimiento y ejecución establecidas (una para los Estados miembros vinculados por el Protocolo y otra para los que no lo estuviesen)<sup>5</sup>. En cuanto al sistema de conexiones que arbitra el Protocolo de La Haya de 2007 destacar desde ahora que sigue en lo esencial las soluciones del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable, aunque con mejoras de redacción y “modernización” de la estructura/ ordenación de las conexiones.

2. El cambio más significativo, sin embargo, se produce en el plano de las consecuencias que el Reglamento de alimentos atribuye a la aplicación por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de las normas unificadas de ley aplicable previstas en el Protocolo de La Haya de 2007. La idea es la siguiente: un acreedor de

<sup>2</sup> DOUE núm. 192, de 22 de julio de 2011 y DOUE núm. 331, de 16 de diciembre de 2009. Para los aspectos relacionados a la complejidad de textos normativos que estatuyen sobre la obligación de alimentos y sus relaciones así como el ámbito de aplicación del R. 4/2009, nos remitimos a nuestra contribución en esta misma obra, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Litigios transfronterizos europeos para el cobro de la obligación de alimentos: normas de competencia en el Reglamento 4/2009”,

<sup>3</sup> Doc. JUSTCIV 20, Bruselas 7.2.2008. *Discussion paper on the relationship between the draft Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, and the 2007 Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations.*

<sup>4</sup> Cuestión que ya anticipamos en “La supresión del exequátur y la decisiones certificadas en materia de alimentos” en “El cobro internacional de los alimentos. Reflejos del dispositivo protector del acreedor de alimentos en las normas del Reglamento (CE) 4/2009”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Núm., 22, UNED-COLEX, 2012, pp. 99-118; esp. pp. 112-116.

<sup>5</sup> Sobre las consecuencias de la fórmula elegida véanse los primeros estudios de B. ANCEL/H. MUIR WATT, “Aliments sans frontières”, *Revue critique de droit international privé*, Núm., 3, 2010 ; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, *Diario La Ley*, Nº 7230 de 31 de julio de 2009; F. FERRAND, “The Council Regulation (EC) nº 4/2009 of 18 december 2008 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations” en *Latest developments in EU private international law*, Intersentia, 2011, pp. 83-111; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 19 (junio 2010).

alimentos que ha obtenido una decisión judicial o administrativa en su país de residencia es particularmente vulnerable cuando el cobro de los mismos tiene carácter transfronterizo. De nada sirve, pues, tener un foro accesible -o de proximidad- como es el de su residencia habitual si la ejecución de la decisión “más allá de la frontera” es costosa, lenta y burocrática. El Reglamento de alimentos va a suprimir el *exequátur* (art. 17) mediante un mecanismo que se aparta del modelo de reconocimiento automático del sistema de Bruselas I *para centrarse en la ley aplicable* y extender a todos los Estados miembros (salvo Dinamarca) la autoridad sustancial y ejecutoria de la decisión de alimentos dictada en otro Estado miembro (si la ley aplicable fue determinada mediante las disposiciones del Protocolo de La Haya de 2007).

3. Esta importante consecuencia exige un breve comentario antes de pasar al examen de las normas de conflicto del Protocolo. Como punto de partida, recordar el objetivo prioritario del R. 4/2009: “poner a disposición del acreedor de alimentos un mecanismo que le permita obtener fácilmente en un Estado miembro una resolución que tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro, sin ninguna formalidad” (Cdo. 9). *¿Cómo lograr el objetivo?* Como hemos anticipado, suprimiendo todo control de las resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya (art. 17). De donde, la fuerza ejecutiva de estas decisiones, emanará de la conformidad conflictual sin que se arbitren mecanismos de control de la conformidad procesal. Por su parte, las resoluciones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el mencionado Protocolo siguen el régimen del Reglamento Bruselas I refundido y serán reconocidas sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno (art. 23.1), admitiéndose motivos de denegación del reconocimiento (art. 24), arbitrándose un procedimiento para la solicitud de otorgamiento de ejecución (art. 28) y aceptando la posibilidad de recurso sobre la resolución de esta solicitud (art. 32).

4. Las reacciones críticas no se hicieron esperar. La doctrina francesa puso el acento en que esta solución, inédita hasta entonces, modifica la tradicional función de la norma de conflicto al dotarla de una “función garante” para la consecución de la libre circulación de decisiones *sin exequátur*. En opinión de B. ANCEL Y H. MUIR-WATT, “la norma de conflicto se coloca en el corazón del dispositivo de la libre circulación” y va más allá de lo que se autorizó en el Programa de Tampere. En este sentido, destaca que esta solución es “peligrosa” y puede vulnerar los derechos de defensa al *reemplazar* las garantías del proceso (conformidad procesal) por la aplicación de las normas de conflicto

unificadas (conformidad conflictual)<sup>6</sup>. En otros términos, si el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen ha aplicado el Protocolo de La Haya ya no hay necesidad de controlar la regularidad de su enjuiciamiento, quedando expedito el camino para la ejecución en otro Estado miembro porque estas decisiones “gozan de fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de otorgamiento de la ejecución” (art. 17.2)<sup>7</sup>.

5. Varias interrogantes se abren de inmediato. Elegimos únicamente dos de las principales. La primera, y más general, si puede conseguirse satisfactoriamente la protección procesal del deudor con la unificación de las normas de ley aplicable y cómo controlar la regularidad procesal del enjuiciamiento en el Estado de origen. Y, la segunda, si bastará con aplicar el Protocolo para garantizar la correcta aplicación del derecho designado como aplicable teniendo en cuenta que el Protocolo solo prevé dos normas de aplicación para resolver estos problemas (exclusión del reenvío y orden público) y que no existe un instrumento europeo que establezca una regulación uniforme para los problemas de aplicación de las normas de conflicto.

---

<sup>6</sup> B. ANCEL/H. MUIR-WATT, “Aliments sans frontières...”, *op.cit.*

<sup>7</sup> En este sentido, como señalan los profesores ANCEL y MUIR-WATTS, pareciera que el *espacio judicial-coercitivo europeo* resultaría de la supresión del exequátur y no de la existencia de un conjunto estandarizado de normas procesales. Esta opinión parece confirmarse si atendemos a las diferencias (notables) que se aprecian en el ámbito hasta ahora armonizado de los reglamentos en materia patrimonial que suprimen el exequátur: R. 861/2007, sobre procesos de escasa cuantía, R. 805/2004, sobre título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y R. 1896/2006, sobre proceso monitorio europeo; y los reglamentos en materia de familia que permiten la circulación sin exequátur de *decisiones certificadas* que sean ejecutivas en el Estado de origen: R. 2201/2003 (para la ejecución de una decisión de retorno de un menor en casos en que se acredite la vulneración de los derechos derivados de la autoridad parental y régimen de visitas); R. 650/2012, (para la ejecución de resoluciones dictadas en materia sucesoria); R. 2016/1104 y R. 2016/1103 (para la ejecución de decisiones en materia de régimen económico del matrimonio y efectos patrimoniales de uniones registradas, respectivamente). El R. 4/2009 es el único instrumento hasta la fecha que en el ámbito intraeuropeo vincula la supresión del exequátur a la conformidad conflictual. Quizá ello explique la ausencia en el Reglamento de alimentos de toda referencia a las *decisiones certificadas* cuando se trate de una resolución dictada en un Estado vinculado al Protocolo de La Haya. Sobre esta concreta cuestión, véase: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los alimentos y el título ejecutivo europeo”, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo*, Universidad de Sevilla, 2006; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias:...”, *op. cit.*; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Obligaciones alimenticias”, *Derecho internacional privado*, Civitas-Thomson, Madrid, 2016, pp. 490-491; M. GUZMÁN ZAPATER, “La superación del exequátur en el espacio judicial europeo: decisiones relativas a derecho de visita y la obligación de alimentos”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006; M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)”, *REDI*, Vol. LIV(2), 2002, pp. 641-668. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Un diálogo de fuentes para los alimentos sin fronteras. Reflejos del dispositivo protector del acreedor de los alimentos en el Protocolo de La Haya de 2007 y la revalorización de la función garante de la norma de conflicto en el Reglamento (CE) 4/2009”, *Revista Perspectiva Jurídica-Universidad Panamericana*, Núm. 2, México, 2014, pp. 375-392.

6. En relación a la primera cuestión, el artículo 19 del Reglamento prevé a favor del demandado un “derecho de reexamen” ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen cuando en el proceso se haya vulnerado el derecho de defensa (falta de notificación de la demanda o insuficiente tiempo para la defensa) o cuando no haya podido impugnar la demanda por causa mayor o circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad, a menos que hubiere recurrido cuando hubiere podido hacerlo. El plazo de solicitud de reexamen vence a los 45 días contados desde que el demandado haya tenido conocimiento efectivo del contenido de la resolución. También prevé la posibilidad, a instancias del deudor y ante el órgano jurisdiccional del Estado de ejecución, de denegación o suspensión de la ejecución por motivos previstos por el *Derecho interno del Estado miembro* siempre que no sean incompatibles con las únicas medidas que, de acuerdo con el Reglamento, permiten a la autoridad competente a denegar la ejecución y siempre a instancias del deudor (art. 21 apartados 2 y 3).

Este sistema de denegación y/o suspensión se inspira en el régimen de Bruselas I, aunque con matizaciones en atención justamente a la supresión del exequátur en materia de decisiones de alimentos que aplica el Protocolo de La Haya. En primer lugar, la suspensión es posible a instancia del deudor en caso de que en el Estado miembro de origen se haya suspendido la fuerza ejecutiva de la decisión. En segundo lugar, el deudor podrá solicitar la denegación en base a unos motivos tasados. La autoridad competente *deberá denegar* si se acredita la prescripción del derecho a obtener la ejecución o la incompatibilidad total o parcial con una resolución dictada anteriormente en el Estado de ejecución o en un tercer Estado, siempre que reúna las condiciones para ser reconocida en ese Estado de ejecución; ahora bien, si la resolución tiene por efecto modificar una resolución anterior no se considera que existe incompatibilidad; o, *podrá denegar*, si se ha interpuesto ante el órgano competente de origen una solicitud de reexamen.

7. En cuanto a la segunda cuestión, para un sector doctrinal especialmente crítico es difícil asumir que la unificación de las normas de ley aplicable sea suficiente para que el fallo dictado en un Estado miembro que aplica el Protocolo quede investido del *imperium transfronterizo* intraeuropeo activándose así el aparato coercitivo de otro Estado miembro (ANCEL/MUIR-WATT). Pensemos, por ejemplo, en que la decisión adoptada pudo haber aplicado un Derecho extranjero muy alejado cultural e incluso lingüísticamente del país de ejecución (lo que es posible merced al alcance universal del Protocolo y al juego de las conexiones). De acuerdo con el Protocolo, el orden público (art. 13) solo jugaría como excepción a la aplicación de la ley reclamada por la norma de conflicto, pero no se aplicará en sede de reconocimiento y ejecución dados los términos

en que ha quedado abolido el exequátur. Si ponemos en relación esta situación con el sistema de reconocimiento automático del R. 2201/2003, observamos que cuando una decisión extranjera contenga varios pronunciamientos (por ejemplo, decrete el divorcio o la separación o establezca disposiciones relativas a la responsabilidad parental) el orden público como motivo de denegación del reconocimiento sí operaría respecto de esos pronunciamientos, pero no operaría para rechazar el pronunciamiento sobre alimentos<sup>8</sup>.

## 2. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007.

### 2.1. Ámbito de aplicación

8. El Protocolo de La Haya de 2007 tiene como *objetivo* determinar la ley aplicable a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias en favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres (art. 1.1). La aplicación del Protocolo no prejuzga, en ningún caso, la existencia de tales relaciones, cuestión que vendrá regulada por el ordenamiento jurídico de cada Estado contratante según sus normas de conflicto<sup>9</sup>.

Esta calificación autónoma de la obligación de alimentos puede plantear algún problema cuando la existencia de la relación familiar se plantee como cuestión previa en el marco de un procedimiento cuyo objeto principal sea el adeudo de alimentos (por ejemplo, si el presunto deudor rechaza la existencia de un vínculo de filiación o la validez del matrimonio). De acuerdo con el RAPPORT BONOMI, “dado el silencio del Protocolo, nada impide volver a recoger la interpretación propuesta para los convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973, según el cual la ley designada para regir la obligación de alimentos podrá aplicarse igualmente a la cuestión previa relativa a la existencia de una relación familiar en el sentido del artículo 1.1”<sup>10</sup>. Esta solución no se impone, sin embargo, a los Estados contratantes, que podrían

<sup>8</sup> Esta afirmación es coherente con el concepto autónomo de la obligación de alimentos y la falta de efectos respecto a la existencia de relaciones familiares cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de alimentos (art. 22 R. 4/2009). Sobre las diferencias de regulación en los reglamentos Bruselas I refundido y Bruselas IIbis y el Reglamento de alimentos, véase el análisis de M. ZILINSKY, “Mutual Trust and Cross-Border Enforcement of Judgments in Civil Matters in the EU: Does the Step-by-Step Approach Work?”, *Neth Int Law Rev*, Núm. 64, 2017, pp. 115-139, esp. pp. 133 ss. En esta misma obra, el Capítulo V examina el reconocimiento y la ejecución en sede del R. 2201/2003.

<sup>9</sup> Esta misma solución la recoge el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 y el Convenio de Montevideo de 1989. Significa que *nadie puede prevalerse* de una decisión que condene al deudor al pago de alimentos al acreedor basándose en la ley designada por el Protocolo para afirmar la existencia de una relación de familia como las contempladas en el artículo 1.1.

<sup>10</sup> A. BONOMI, *Informe explicativo*. Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, 2013 (versión en español). En lo sucesivo, RAPPORT BONOMI.

legítimamente optar por una conexión independiente y autónoma de la cuestión previa; en este caso, esta última se decidirá según la ley designada por las reglas de conflicto del foro. De cualquier modo, según el artículo 1.2, la resolución dictada acerca de la demanda de alimentos en aplicación de la ley designada por el Protocolo no prejuzga la existencia de la relación familiar de que se trate”<sup>11</sup>.

9. Sus normas son de *aplicación universal* (art. 2). En consecuencia, por una parte, en los Estados vinculados por el Protocolo sus órganos jurisdiccionales y/o autoridades competentes que conozcan de una petición relativa a una obligación de alimentos tendrán que determinar la ley aplicable al fondo mediante la aplicación de las reglas o normas de conflicto del Protocolo, aunque el caso esté estrechamente vinculado -por ejemplo como resultado de la residencia de las partes o por otros motivos- con uno o varios Estados no contratantes e incluso si dicha ley es la de un Estado no miembro. Y, por otra parte, todas las referencias que el Protocolo realiza al “derecho extranjero” son referencias directas al *derecho sustantivo* del Estado pertinente. Es decir “no se aplicarán las normas de conflicto de leyes del Estado cuya ley se aplique” (art. 12). Desde la *perspectiva temporal*, aunque el Protocolo entró en vigor el 1 de agosto de 2013, se aplica de forma provisional en la Unión Europea desde el 18 de junio de 2011<sup>12</sup>.

10. Como veremos a continuación, el Protocolo estructura las conexiones admitiendo la *electio legis* mediante acuerdo de voluntad entre acreedor y deudor (arts. 7 y 8). En su defecto, establece una conexión general (art. 3), unas normas especiales a favor de determinados acreedores (art. 4) y una norma especial para cónyuges y ex cónyuges (art. 5). Esta “modernización” de las conexiones innova en algunos puntos las soluciones del Convenio de La Haya de 1973<sup>13</sup>. En primer lugar, en el artículo 4 invierte la posición en cascada de la ley de la nacionalidad común y la ley del foro, haciendo que esta prime sobre aquella<sup>14</sup>. En segundo lugar, la atracción del ius por el forum cuando la

<sup>11</sup> En opinión de Anna Quiñones, esta solución no siempre estaría garantizada y, además, no es la seguida por los Estados miembros que han preferido dejar la cuestión previa en manos de las legislaciones nacionales. Ello obliga a no dejar de lado la materia y la norma de conflicto que regula la cuestión principal. Véase A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos”, *El Derecho internacional privado de familia* (M. GUZMÁN ZAPATER/C. ESPLUGUES MOTA, Dirs.), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 169-187; esp. pp. 176 ss.

<sup>12</sup> DECISIÓN DEL CONSEJO de 30 de noviembre de 2009 relativa a la ratificación por la Comunidad Europea del Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias (DOUE L 331, de 16.12.2009). Dinamarca y el Reino Unido no están vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007.

<sup>13</sup> M. ŽUPAN, “Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol”, *The Recovery of maintenance in the EU and Worldwide* (P. BEAUMONT/B. HESS/L. WALKER/S. SPANCKEN, Eds.), Hart Publishing, 2014, pp. 311-328; esp. p. 318 ss.

<sup>14</sup> Se ha querido ver en esta inversión una solución de compromiso entre las posiciones de los Estados Unidos y de la Unión Europea. Apartado 20 del RAPPORT BONOMI.

demanda se presente ante la autoridad competente de la residencia habitual del deudor, quedando sin efecto la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos<sup>15</sup>. En tercer lugar, posibilita “moderadamente” la elección de ley que sujeta a condiciones de eficacia formal y material y que restringe en defensa de la parte considerada débil<sup>16</sup>.

## 2.2. La residencia habitual del acreedor de los alimentos (art. 3)

11. Como norma general, el Protocolo de La Haya de 2007 dispone que “las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor de los alimentos” (art. 3.1). En caso de cambio de residencia habitual, se aplicará la ley del nuevo país de residencia (art. 3). Tal como señala el RAPPORT BONOMI, la ventaja de este punto de conexión para la determinación del derecho aplicable radica en que toma en cuenta el medio social y las condiciones reales del país del acreedor, permite la igualdad de tratamiento de todos los acreedores que tienen su residencia habitual en el mismo país (sin distinción por razón de su nacionalidad) y, por último, es el criterio ampliamente utilizado en sede de competencia en materia de alimentos tanto en instrumentos de ámbito regional europeo como internacional<sup>17</sup>. En cuanto a la definición de la residencia habitual hay que entenderla en el sentido tradicionalmente utilizado por la Conferencia de La Haya: se trata de un cuestión fáctica que se correspondería con el “centro social de vida y que se determinaría en función de todas las condiciones sociales y familiares”.

12. En la aplicación judicial española, y de acuerdo con el Informe elaborado para el Proyecto *Eupillar España*, una vez determinada la competencia de nuestros tribunales sobre la base de las reglas del R. 4/2009 la determinación de la ley aplicable a los alimentos se indica de acuerdo con las normas de conflicto del Protocolo. El informe da cuenta de esta aplicación conjunta en 21 ocasiones de un total de 32 casos (el 65%)<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> En esta regla se constata una suerte de “elección de foro unilateral” que trae como consecuencia la inaplicación de la conexión general, residencia habitual, produciéndose así la coincidencia *forum-ius*.

<sup>16</sup> No se aplica respecto de menores de 18 años o de adultos que no sean capaces por sí mismos.

<sup>17</sup> Apartados 37 a 39 del RAPPORT BONOMI.

<sup>18</sup> C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN / S. BENAÏSSA PEDRIZA, “Informe sobre la aplicación en España de los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado: Reglamentos 4472001 y 1215/2012 (Bruselas I/Ibis), 2201/2003 (Bruselas IIBis), 4/2009 (Bruselas III) 593/2008 (Roma I) y 864/2007 (Roma II)”, en *Justicia Civil en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 15-52, esp. p. 45. Otra perspectiva, la realiza P. MARTORELL ZULUETA, “Cap. IV. La obligación de alimentos. Una visión general práctica, en *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la UE* (V. PARDO IRANZO, Coord), Tirant lo Blanch, 2016. Señala, entre otras, la SAP Barcelona de 3 de abril de 2012 (ECLI: ES:APB:2012:3607) que aplica la ley española como ley de la residencia habitual de los hijos (art. 3). En cuanto a la pretensión pretendida por la esposa, aplica la ley holandesa como ley de la última residencia habitual común del matrimonio. De la misma Audiencia, la SAP de 15



### 2.3. Norma especial a favor de determinados acreedores (art. 4)

13. El artículo 4 dispone un “cambio” de la conexión general a favor de un grupo determinado de acreedores estableciendo “dos cascadas” para determinar la ley aplicable a los alimentos<sup>19</sup>. El grupo de acreedores a que se refiere el artículo 4.1 abarca las siguientes obligaciones de alimentos: (a) de los padres a favor de los hijos; (b) de personas distintas a los padres a favor de personas que no hayan alcanzado la edad de 21 años, con excepción de las obligaciones derivadas de las relación del artículo 5; y (c) de los hijos a favor de sus padres. En relación a las dos conexiones en cascada se determina que si de conformidad con la regla general (ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos) no se pudiera obtener la obligación de alimentos, se aplicará la ley del foro (4.2). No obstante, se aplicará la ley del foro en los casos en que el acreedor hubiere acudido en reclamación ante las autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del deudor (4.3). En este caso se da prioridad a la ley de la residencia habitual del deudor (*quae lex fori*). No obstante, si en virtud de esta ley el acreedor no puede obtener alimentos se aplicará la ley de la residencia habitual del acreedor. Finalmente, si en virtud de las leyes a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 4, el acreedor no consiguiera obtener alimentos del deudor se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor si existe<sup>20</sup>.

Pues bien, la posición de la ley de la nacionalidad común de las partes en el Derecho aplicable a los alimentos es subsidiaria respecto de la residencia habitual y

---

de abril de 2015 (ECLI: ES:APB:2015:4794) confirma la aplicación la ley española como ley de la residencia habitual de los menores (art. 3). En la SAP Barcelona de 17 de mayo de 2016 (ECLI: ES:APB:2016:5180), la Audiencia equipara la pensión compensatoria a la atribución del uso del domicilio familiar y reconduce la situación al supuesto general del artículo 3 declarando, sin otra consideración, que es de aplicación el Código civil de Cataluña. En la SAP Barcelona de 18 de octubre de 2016 (ECLI: ES:APB:2016:10204), se confirma la aplicación de la ley española a la pensión compensatoria en aplicación del artículo 5 del Protocolo por ser la del Estado de la residencia habitual común del matrimonio. Con el mismo razonamiento, la SAP Barcelona de 18 de diciembre de 2013 (ECLI: ES:APB:2013:14651) confirma la aplicación de la ley búlgara para determinar la pensión solicitada por la esposa.

<sup>19</sup> “La finalidad de este párrafo no es fijar las condiciones para la obtención de alimentos (cuestión que depende de la ley interna designada), sino sólo determinar las clases de acreedores que, por la determinación de la ley aplicable a sus créditos, se beneficiarán –como excepción a lo establecido en el artículo 3- de los criterios de conexión previstos en el artículo 4. La existencia del derecho a una prestación alimenticia dependerá de la ley (o de las leyes) designada(s) por este artículo. Para las clases de acreedores no contempladas en el artículo 4, la ley aplicable a sus pretensiones alimenticias vendrá determinada por el artículo 3 o por otras disposiciones del Protocolo” (Apartado 52 del RAPPORT BONOMI).

<sup>20</sup> El artículo 9 aclara que para los Estados que utilicen el concepto “domicile” como factor de conexión en materia de familia, podrán informar a la Conferencia de La Haya que, en los asuntos presentados ante sus autoridades, la palabra nacionalidad de los artículos 4 y 6 se sustituirá por la palabra domicilio tal y como la defina dicho Estado.

aparece en supuestos de obligaciones entre padres e hijos o entre un deudor que no sea progenitor y un menor de 21 años (art. 4.1), siempre que no se trate de cónyuges y ex cónyuges (pues tienen una regla especial en el art. 5). La conexión de la nacionalidad común como conexión subsidiaria es un ejemplo claro de su operatividad plena cuando, en defecto de elección de ley, el acreedor de los alimentos no consiga estos en virtud de la ley de su residencia habitual (regla del art. 3) o de la ley de la residencia habitual del deudor (por haber acudido a demandar ante los tribunales de la residencia de este).

14. Se ha señalado que el artículo 4 tiene una perspectiva “judicialista” y está pensando para los casos en que *el acreedor opta por presentar una demanda de alimentos en el Estado de la residencia habitual del deudor*. Se activaría la “cascada 2” y se aplicaría la ley del Estado de la residencia habitual del deudor (*lex fori*) y si de acuerdo con esa ley no consigue alimentos, se aplicará la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. En el resto de los casos (es decir, el acreedor no acude a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor) la *lex fori* se aplicará solo si no consigue obtener alimentos de acuerdo con la ley de su residencia habitual. Repárese que, cuando la demanda se presente ante la autoridad competente de la residencia habitual del acreedor la ley determinada como aplicable por los dos niveles de la cascada será la misma. Como conexión de cierre para ambos supuestos, se aplicará la ley de la nacionalidad/domicilio común de las partes que sería el tercer nivel de la cascada y que también podría derivar en la aplicación de la misma ley (residencia habitual del acreedor)<sup>21</sup>.

El precepto ha suscitado hasta la fecha dos cuestiones prejudiciales planteadas por el *Oberster Gerichtshof* (Austria). La primera, de 15 de febrero de 2017<sup>22</sup>, en

<sup>21</sup> De acuerdo con el RAPPORT BONOMI (Apdo. 60): “La conexión ley nacional común estaba prevista en el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 pero, en el nuevo texto, el Protocolo otorga prioridad a la ley del foro. Las razones que llevaron a invertir esos dos criterios se justifica por varias razones. Por una parte, reduce la importancia práctica de la conexión con la nacionalidad común, cuya pertinencia en materia de alimentos se ha discutido. Por otra parte, facilita la tarea de la autoridad que entiende del asunto, que podrá aplicar de modo subsidiario su propia ley, sin tener que dejar constancia de modo previo del contenido de la ley común de las partes. Por tanto, esta solución también representa ventajas para el acreedor, ya que le permite alcanzar una decisión más rápida y menos costosa”. Sobre la posición de la nacionalidad en la ley aplicable a los litigios en materia familiar, véase P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La nacionalidad en el contexto del Derecho internacional privado y del Derecho europeo”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (C. ESPLUGES/G. PALAO, Eds.), Tirant lo Blanch, 2012, pp. 677-697, esp. pp. 687-688.

<sup>22</sup> DOUE C 168, de 29.5.2017. Asunto C-83/17. Se pregunta (1) si el apartado 2 del artículo 4 solo se aplica cuando la demanda que da inicio al procedimiento en materia de alimentos se presenta en un Estado diferente a aquel en el que el acreedor de los alimentos tiene su residencia habitual o (2) si debe incluir también aquellos supuestos en los que la ley del que hasta ese momento era su lugar de residencia no reconoce el derecho a obtener alimentos con carácter retroactivo debido al mero incumplimiento de determinados requisitos legales.

interpretación del artículo 4.2 y, la segunda, de 25 de abril de 2017, en interpretación del artículo 4.3<sup>23</sup>. Ambas *sub iudice* en el momento en que se escriben estas líneas.

En el asunto sometido al TJUE el demandante era el deudor de alimentos y el demandado el acreedor, cuya comparecencia ante el tribunal –donde se planteó por el deudor la modificación de las medidas de alimentos- lo fue a los únicos efectos de impugnar la competencia (art. 5 R. 4/2009). En sede de ley aplicable, en el asunto principal -cuyo objeto era una solicitud de reducción de una cuantía de alimentos ya firme a la que se había aplicado el Derecho de la residencia habitual del acreedor de alimentos (ex art. 3), pero a la hora de fijar la cuantía líquida (lo que se reclamaba como debido) el juez había aplicado el Derecho del Estado de la residencia habitual del deudor *quae lex fori* (art. 4.3 Protocolo). Con las cautelas debidas ante la ausencia de datos acerca del litigio principal, parece que el juez remitente confunde los ámbitos de aplicación de los artículos 4.3 del Protocolo y 5 del R.4/2009 y desconoce el artículo 11 del Protocolo. En efecto, para la modificación de la cuantía de alimentos a instancias del deudor la competencia del tribunal se sujeta a la restricción del artículo 8.1 R.4/2009 (para la modificación de las medidas no puede acudir a ningún otro Estado miembro mientras el acreedor continúe residiendo habitualmente en el Estado en que se dictó la resolución). Por otro lado, la norma del art. 3.4 del Protocolo solo se aplica cuando es el acreedor el que acude al tribunal de la residencia habitual deudor y no a la inversa. Entonces, *¿qué ley debe aplicarse a la modificación de las medidas ya dictadas si es el deudor el que solicita el cambio? ¿Cuándo no se aplicará la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos? ¿Cuándo se aplicará la ley del foro?* Partiendo de que la competencia la mantiene el juez que dictó las medidas si el acreedor continúa residiendo en el mismo Estado (art. 8 R.4/2009) y advirtiendo que el Protocolo no establece norma especial de ley aplicable para la modificación de las medidas, la cuestión se reconduce al ámbito de la ley aplicable (art. 11) que expresamente somete la base de cálculo de los alimentos y su “indexación” (modificación) al ámbito de la ley aplicable. Por consiguiente, si se aplicó a los alimentos el Derecho de la residencia habitual del acreedor (así parece deducirse de la cuestión prejudicial planteada) ese mismo Derecho regirá su modificación (con independencia de quién haya planteado la demanda y de qué tribunal sea competente para ello). El Protocolo ha establecido, pues, una norma material que se impone como tal a los Estados contratantes.

#### **2.4. Norma especial para los cónyuges y ex cónyuges (art. 5)**

15. El artículo 5 del Protocolo de La Haya ofrece una modificación de la norma general del artículo 3 en los casos de obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex

---

<sup>23</sup> DOUE C 283, de 28.8.2017. Asunto C-214/17. Se pregunta (1) si el art. 4.3 resulta aplicable a la solicitud de un deudor de reducción del importe de una pensión de alimentos fijada con carácter firme, por el Derecho del Estado en el que el acreedor tiene su residencia habitual, aunque el importe adeudado hasta ese momento hubiese sido establecido a solicitud de este último por un tribunal que ha aplicado el Derecho del Estado en el que tiene su residencia habitual el deudor y (2) si el término “acudir a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor” produce el efecto procesal de prórroga de la competencia del art. 5 R.4/2009.

cónyuges o entre personas cuyo matrimonio ha sido anulado. Se permite en estos supuestos que una de las partes (lo normal es que sea el demandado) se oponga a la aplicación de la residencia habitual del acreedor si la ley de otro Estado, en particular la del Estado de la última residencia habitual común del matrimonio, presenta una vinculación más estrecha con el supuesto. Esta regla se aparta de la solución del Convenio de La Haya de 1973 que somete las obligaciones alimenticias entre los cónyuges a la ley aplicada al divorcio, separación o nulidad matrimonial<sup>24</sup>.

### **2.5. Medio de defensa especial (art. 6)**

16. Un deudor de alimentos se puede oponer a una pretensión del acreedor sobre la base de que no existe tal obligación ni según la ley de la residencia habitual del deudor ni según la ley del Estado de su nacionalidad común, si existe. No obstante, esta “defensa especial” solo puede utilizarse en relación con los casos de “obligaciones alimenticias distintas de aquellas surgidas de una relación paterno filial a favor de un niño y de las previstas en el artículo 5”.

17. Este *medio de defensa* está inspirado en la solución prevista en el artículo 7 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 que establece que, entre parientes o afines, el deudor puede oponerse a una demanda de alimentos debido a que no existe ninguna obligación alimenticia según la ley nacional común del deudor y del acreedor o, a falta de nacionalidad común, según la ley interna del país de residencia habitual del deudor<sup>25</sup>. Sin embargo, el Protocolo se refiere a “*toda obligación alimenticia* distinta de la relativa a los hijos derivada de una relación paterno filial y de las de cónyuges o ex cónyuges”. Esta ampliación no es irrelevante pues en el ámbito internacional no existe consenso en conceder alimentos a cualquier familiar. La aplicación simultánea de las conexiones en cascada del art. 4 con los medios de defensa del artículo 6 es muy complicada y puede ser poco satisfactoria como reconoce el RAPPORT BONOMI. Y es que, en efecto, “parece poco coherente que se quiera a la vez favorecer al acreedor mediante conexiones subsidiarias y proteger al deudor mediante conexiones acumulativas”<sup>26</sup>.

### **2.6. Autonomía de la voluntad (arts. 7 y 8)**

<sup>24</sup> Sobre la aplicación judicial de este precepto por los tribunales españoles, véase nota 16.

<sup>25</sup> Apartado 96 del RAPPORT BONOMI.

<sup>26</sup> Por ejemplo, el art. 6 puede alegarse cuando en aplicación del art. 3 -ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos- exista, por ejemplo, una obligación alimenticia respecto de un adulto basado en una relación de parentesco por línea directa distinta de la paterno filial (un nieto respecto de uno de sus abuelos y viceversa); o de una relación de parentesco colateral (entre hermanos), o de una relación “de alianza” (respecto de los hijos del cónyuge). Véase, RAPPORT BONOMI (98 - 100).

18. El Protocolo de La Haya de 2007 permite que las partes puedan hacer uso de la autonomía de la voluntad (arts. 7 y 8). De forma análoga a como ocurre en la *electio fori* del Reglamento de alimentos, el Protocolo de La Haya limita la elección de ley en función de si la designación de la ley aplicable lo es a los efectos de un procedimiento específico (art. 7) o con carácter general (art. 8). En este último supuesto queda excluida la posibilidad de elección cuando el acreedor sea menor de 18 años o se trate de un adulto que por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses<sup>27</sup>.

19. En virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1, el acreedor y el deudor de la obligación de alimentos pueden *a los efectos de un procedimiento específico en un determinado Estado* designar la ley de dicho Estado, es decir la *lex fori-fori* (art. 7.1). Esta disposición debería tener un papel importante sobre todo en las relaciones entre adultos y en los casos de separación y divorcio pues los cónyuges tendrán la posibilidad de someter sus pretensiones alimenticias a la ley interna de la autoridad competente (lo que facilitará el desarrollo del procedimiento). El artículo 7.1 no excluye la facultad de elección para las obligaciones alimenticias a favor de niños (a diferencia del art. 8.3). La idea que subyace es potenciar la aplicación de la ley del foro mediante la introducción de la autonomía de la voluntad cuyos riesgos pueden conjurarse para los casos de menores teniendo en cuenta la regla especial del artículo 4.3; en cuyo caso, la utilización del artículo 7 será más bien limitada<sup>28</sup>.

20. El apartado 2 del artículo 7 se refiere a la forma de la elección y sus efectos. Empezando por esto último, la elección prevista surte efectos únicamente con respecto al procedimiento específico para el que se ha realizado. Por consiguiente, si se presenta posteriormente una nueva demanda o una demanda de modificación ante la misma autoridad o ante la autoridad de otro Estado, la elección de la ley realizada con anterioridad no surtirá ya efecto. En relación a la forma o modalidades de elección, la designación de la ley aplicable debe ser objeto de un acuerdo escrito o consignado en

---

<sup>27</sup> M. ŽUPAN, “Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol”, *op.cit.*, pp. 320 ss.

<sup>28</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Experiencias de los tribunales españoles relativos a crisis matrimoniales”, *Justicia Civil en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 197-209. Para esta autora, en la práctica española no ha sido frecuente que esta posibilidad se utilice sin que existan estudios acerca de las razones del escaso uso de la autonomía de la voluntad conflictual, esp. p. 207. Como explicación plausible cabe pensar que la sincronización entre la competencia judicial internacional y la ley aplicable se puede producir cuando los cónyuges se sometan a los tribunales de la residencia habitual y en ese momento elijan la ley aplicable y viceversa. Sobre este aspecto, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia”, *Justicia Civil en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 51-74, esp. pp. 69 ss.

cualquier otro soporte cuyo contenido sea accesible para su posterior consulta. Como puede observarse, es un formalismo de mínimos y no impide que los Estados puedan prever otras exigencias al acuerdo para garantizar, por ejemplo, que el consentimiento de las partes sea libre y suficientemente informado. Finalmente, conviene observar la precisión que se realiza en el RAPPORT BONOMI para este supuesto; y es que, la elección efectuada antes de presentar la demanda solo será válida en la medida en que las partes hayan especificado la ley que tienen intención de designar, o al menos la autoridad ante la que se deberá iniciar el procedimiento que proyectan. Si posteriormente no se presenta ninguna demanda ante las autoridades del Estado cuya ley se ha elegido, la elección quedará sin efecto (a menos que cumpla las condiciones previstas en el art. 8). El Protocolo no establece ninguna regla en cuanto a las modalidades y el momento de la elección cuando este último se efectúe durante el procedimiento. Estas cuestiones quedan pues reguladas por la ley de la autoridad que conoce del asunto<sup>29</sup>.

21. De conformidad con el artículo 8, y no obstante lo dispuesto en los artículos 3 a 6, *el acreedor y el deudor de alimentos pueden designar en cualquier momento una de las siguientes leyes como aplicables a una obligación de alimentos*: (a) la ley de un Estado del cual alguna de las partes sea nacional en el momento de la designación; (b) la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; (c) la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; y (d) la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación. Esta designación debe ser objeto de un acuerdo por escrito firmado por ambas partes o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta (art. 8.2). No está permitida respecto de las obligaciones alimenticias a favor de menores de 18 años o personas adultas que padezcan una disminución o insuficiencia de sus facultades personales (8.3). Los apartados 4 y 5 del artículo 8 imponen determinadas restricciones a las consecuencias de la ley designada: (1) la posibilidad de renunciar al derecho de alimentos se determina por ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación (art. 8.4); y (2) las partes han de ser debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada; de donde, si no fueron debidamente informadas la ley elegida no se aplicará si conlleva

---

<sup>29</sup> *In extenso*, apartados 115-121 del RAPPORT BONOMI.

consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes (art. 8.5).

22. Conviene precisar algunas cuestiones a las que el precepto da respuesta y que son particularmente útiles en los litigios internacionales sobre obligaciones de alimentos. En primer lugar, su ámbito de aplicación, pensado prioritariamente para las relaciones entre cónyuges cuando estos hayan firmado antes o durante el matrimonio un acuerdo relativo a la prestación de alimentos durante el matrimonio y/o después del divorcio. La elección de ley evita que la validez del acuerdo pueda volver a ponerse en tela de juicio posteriormente en caso de un cambio de residencia habitual de los cónyuges o del cónyuge acreedor. Por otra parte, la elección de la ley, incluso si no hubo acuerdo previo al matrimonio o durante este, puede evitar los cambios de la ley aplicable resultante de un conflicto móvil. También es útil que se permita la elección de ley a todos los adultos, exceptuando las personas que, debido a una alteración o a una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de hacerse cargo de sus intereses. Exclusión que también alcanza a las obligaciones alimenticias respecto de los menores. En cuanto al abanico de leyes que pueden elegirse, el artículo 8 somete la facultad de las partes a varias condiciones y restricciones con el objeto de proteger al acreedor de alimentos. Una primera opción de que disponen las partes es elegir la ley de la nacionalidad de una de ellas en el momento de la designación. La nacionalidad se considera, pues, como un elemento de proximidad razonable para materializar la autonomía de la voluntad conflictual. En caso de pluralidad de nacionalidades, el Protocolo guarda silencio<sup>30</sup>. Puede convenirse que la elección puede referirse indiferentemente a una o varias de las leyes nacionales de las partes. Una segunda opción, se refiere a la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación. Al igual que en el caso de la nacionalidad, el momento determinante es el de la designación. Esta solución garantiza la estabilidad, independientemente de los cambios que se produzcan después de la designación.

23. Las opciones adicionales de los apartados c) y d) tratan de la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o para regir su divorcio o separación, así como la ley efectivamente aplicada a estas cuestiones. Estas posibilidades están abiertas

---

<sup>30</sup> Sobre la determinación de la nacionalidad efectiva y la posición de la nacionalidad de cualquiera de las partes en los litigios sobre materia de familia, véase P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La nacionalidad en el contexto del Derecho internacional privado y del Derecho europeo”, *op. cit.*, pp. 688 ss.

por lo tanto a los cónyuges y ex cónyuges<sup>31</sup>. A pesar de los inconvenientes de estas opciones, se valoró especialmente su efecto positivo en el entendido de que “animará” a los cónyuges a hacer lo necesario para que sea aplicable una ley única a las distintas cuestiones que se deban resolver en caso de desunión de la pareja (disolución y/o relajación del vínculo, disolución del régimen económico, obligaciones alimenticias, entre otras).

### **3. OTRAS DISPOSICIONES**

#### **3.1. Organismos públicos (art. 10)**

24. Esta disposición ya figuraba en el artículo 9 del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973. El Protocolo retoma la solución con algunas diferencias de redacción. La regla dispone que el derecho de un organismo público a *solicitar el reembolso* de la prestación proporcionada al acreedor a título de alimentos esté sometido a la ley que regule al organismo<sup>32</sup>. Mientras que la ley del organismo público se aplica para el *derecho a solicitar el reembolso* (ya sea sobre la base de una subrogación o de una cesión legal), la deuda alimenticia está regulada por la ley aplicable a esta obligación, pues la obtención del reembolso no depende de la ley del organismo público, sino de la ley aplicable a la obligación alimenticia. Como se indica en el RAPPORT BONOMI, en ciertos casos puede suceder que estas dos leyes coincidan; eso sucede generalmente cuando la obligación alimenticia se rige por la ley del Estado de residencia habitual del acreedor (art. 3), pues el organismo público que proporciona las prestaciones al acreedor opera normalmente en el Estado de residencia de este último, conforme a la ley local<sup>33</sup>.

#### **3.2. Ámbito de la ley aplicable (art. 11)**

---

<sup>31</sup> Básicamente, porque se crea, innecesariamente, un sistema muy complicado teniendo en cuenta las posibilidades de elección más amplias derivadas de los apartados a) y b). Además, la uniformidad es solo aparente pues dependen de las soluciones nacionales (o europeas) de DIPr en materia de relaciones patrimoniales, divorcio y separación respecto de su validez (la invalidez del acuerdo implicará la invalidez de la elección de la ley aplicable a la obligación alimenticia). Además, en materia de divorcio, la autonomía de las partes sólo está reconocida por un número limitado de Estados. En consecuencia, puede suceder que la elección efectuada de manera válida según el DIPr de un Estado contratante puede ser considerada nula por las autoridades de otro Estado contratante que aplique sus propias reglas de conflictos de leyes. No sería el caso, sin embargo, para los Estados miembros de la UE donde las normas de conflicto de leyes en ambas materias ha sido armonizada. Especialmente crítico con esta estructura de las conexiones y su relación con la gestión de las fuentes es F. GARAU SOBRINO, “Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias...”, *op.cit.*

<sup>32</sup> Una disposición con el mismo contenido se encuentra en el art. 36.2 del Convenio de la Haya de 2007.

<sup>33</sup> Apartado 163 del RAPPORT BONOMI.



25. El artículo 11 delimita el ámbito de aplicación de la ley aplicable. Esta determinará en particular varios aspectos. Con carácter no exhaustivo el Protocolo señala los siguientes:

- *En qué medida y a quién puede el acreedor de alimentos reclamarlos; asimismo, si éstos pueden ser solicitados retroactivamente.* La solución elegida es la unidad de ley. Esto es, que sea una ley única la que determine si una persona puede reclamar la prestación alimenticia teniendo en cuenta como factores de contraste la relación familiar que la vincule con el deudor, su edad y la retroactividad. El Protocolo sigue el mismo enfoque que los Convenios sobre obligaciones alimenticias de 1956 y 1973.

- *La base para el cálculo de la cuantía de los alimentos y su actualización:* es decir, la actualización del importe debido. Esta cuestión fue debatida en la Comisión especial dado que, teóricamente, es posible aplicar otras soluciones. Se acordó que el problema estaba vinculado a la *determinación del alcance de la obligación alimenticia* y debía estar, pues, regulado por la ley aplicable a esta última. Con todo, en la determinación de la cuantía de los alimentos habrá de tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor (art. 14). Se trata de una regla material que se impone como tal a los Estados contratantes, independientemente de lo que disponga la ley aplicable a la obligación alimenticia<sup>34</sup>.

- *La legitimación activa (salvo las cuestiones de capacidad procesal y la representación en juicio) y la prescripción para iniciar la acción.* En primer lugar, la capacidad procesal y la representación en juicio dependen de la ley del foro y son ajenas al ámbito de aplicación del Protocolo. La capacidad para actuar le corresponde normalmente al acreedor de alimentos, pero, cuando este último es un menor, puede entablar a veces la acción uno de sus padres o un organismo público. Esta cuestión se distingue de la de la representación de los incapacitados, también ajena al ámbito de aplicación del Protocolo. Esta regla proviene del Convenio sobre obligaciones

---

<sup>34</sup> Este texto también proviene del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, aunque presenta dos novedades: una, que es objeto de una disposición independiente y separada de la relativa al orden público (contrariamente a lo dispuesto en el Convenio de 1973); y, dos, que el Protocolo hace referencia a “cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos”. Como señala el RAPPORT BONOMI, su objetivo son los casos en que en el momento del divorcio uno de los cónyuges ha obtenido el pago de un importe en capital o la adjudicación de los bienes pertenecientes al otro cónyuge (algunos ordenamientos jurídicos lo contemplan). Hay que evitar, por tanto, que uno de los cónyuges pueda presentar posteriormente pretensiones alimenticias incompatibles sobre la base de una ley que no conozca este mecanismo de compensación. Por tanto, la regla del artículo 14, desligada de la excepción de orden público, podrá utilizarse para corregir, en su caso, las soluciones resultantes de la ley aplicable a las pretensiones alimenticias (apartado 183).

alimenticias de 1973. En cuanto a la prescripción de la acción alimenticia y los plazos previstos para entablarla están regulados también por la ley aplicable a la obligación alimenticia. El Protocolo atribuye a estas cuestiones “una calificación sustancial y no procesal, como ya sucedía en el caso del marco del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973”<sup>35</sup>.

- *El alcance de la obligación del deudor de alimentos cuando sea un organismo público quien solicita el reembolso de las prestaciones proporcionadas a un acreedor a título de alimentos.* Es decir, la ley aplicable a la obligación alimenticia regula la existencia, amplitud y límite de esa obligación, mientras que el derecho a solicitar el reembolso depende de la ley de la institución de referencia. También esta regla proviene del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973.

### **3.3. Problemas de aplicación (arts. 12, 13 y 15 a 17)**

26. *Artículo 12. Exclusión del reenvío.* Esta disposición especifica que las normas de conflicto del Protocolo designan la ley interna del Estado correspondiente, excluyendo las normas del conflicto de leyes. Esta solución es conforme con la consagrada por numerosos textos de la Conferencia de la Haya tanto en materia de alimentos como relativos a la ley aplicable a otras cuestiones (por ej. el Convenio de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos).

27. *Artículo 13. Orden público.* La posibilidad de descartar la ley aplicable cuando sus efectos sean *manifiestamente incompatibles con el orden público del foro* contenido en esta disposición también se corresponde con el correlativo del Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973, así como con numerosos instrumentos de Derecho internacional privado<sup>36</sup>. La expresión *manifiestamente* indica que la aplicación de la reserva o excepción de orden público debe ser muy restrictiva; básicamente, que esté en contradicción evidente con un principio fundamental del ordenamiento del foro y

<sup>35</sup> Apartado 172. El Protocolo no indica el plazo de prescripción relativo a la ejecución de atrasos sobre la base de una decisión extranjera. Esta cuestión en realidad se plantea en sede de reconocimiento y ejecución. Es por ello que tanto el Convenio de La Haya de 2007 (art. 32.5) como el R. 4/2009 (art. 21.2) lo regulan con idéntico alcance sometiendo ese plazo al Derecho del Estado de origen de la resolución o al Derecho del Estado requerido, aplicándose “el más largo plazo”.

<sup>36</sup> Sobre el modo en que la cuestión del orden público es tratada en el Reglamento sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (R. 1259/2010, de 20 de diciembre), véase el análisis que realiza M. GUZMÁN ZAPATER, “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (C. ESPLUGES/G. PALAO, Eds.), Tirant lo Blanch, 2012, pp. 522-536, esp. p. 533 ss.

que su apreciación sea *in concreto*, es decir, con respecto a los *efectos* de la aplicación de la ley extranjera indicada por el Protocolo<sup>37</sup>.

28. *Artículos 15 a 17.* Estos artículos contienen cláusulas que se refieren a la aplicación del Protocolo en los Estados cuyo sistema jurídico no está unificado. Estas cláusulas, habituales en los Convenios de La Haya, han sido adoptadas con pocas modificaciones en el Protocolo. Mientras el artículo 15 establece que el Protocolo no se aplica a conflictos meramente internos de un Estado Contratante, los artículos 16 y 17 se refieren a la aplicación del Protocolo a los sistemas jurídicos no unificados desde el punto de vista territorial y personal<sup>38</sup>.

29. Respecto del artículo 15, el Protocolo está destinado a resolver los conflictos de leyes en situaciones internacionales y no pretende que se aplique en situaciones meramente internas. Esto es válido tanto para los conflictos interpersonales (es decir, cuando la aplicación de los diferentes sistemas internos se basa en un criterio personal, como la religión de las personas afectadas) como para los conflictos interterritoriales (cuando los distintos sistemas o conjuntos de normas se aplican en unidades territoriales distintas). Por tanto, el precepto especifica que en un Estado en el que se apliquen en materia de obligaciones alimenticias dos o varios sistemas de derecho o conjuntos de

---

<sup>37</sup> El RAPPORT BONOMI (apartado 177) apunta al respecto que para poder alegar el orden público, “no bastará que la relación familiar de que se deriva la pretensión alimenticia perjudique como tal al orden público del ordenamiento del foro, también será necesario que el hecho de obligar a cierta persona a pagar alimentos a otra sobre la base de dicha relación se considere “chocante” en sí”. Por ejemplo, en algunos Estados, como es sabido, la jurisprudencia ha reconocido ciertos efectos específicos de naturaleza patrimonial o personal derivados de una relación de familia, a pesar de que esta última sea en sí contraria al orden público del foro (efecto atenuado del orden público). El ejemplo más conocido es el del reconocimiento en Estados europeos de ciertos efectos de la poligamia; a pesar de que esta institución no se pueda reconocer en dichos Estados como tal, pues es contraria a los principios fundamentales de la ley del foro, la existencia de una obligación alimenticia del marido a favor de las distintas mujeres no se percibe allí como chocante. Se podrían aplicar consideraciones análogas, *mutatis mutandis*, a otras instituciones controvertidas, como el matrimonio o las uniones entre personas del mismo sexo”.

<sup>38</sup> Para la regulación material en el Derecho civil de Cataluña, véase C. PARRA, “La implementación en el ordenamiento catalán del Derecho internacional de alimentos: especial referencia al Reglamento 4/2009”, *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho Catalán*, Bosch, 2012, pp. 147-190. Para la dimensión española de los conflictos internos, véase J.J. ALVAREZ RUBIO, “Derecho interregional, conflictos internos y Derecho comunitario privado”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (C. ESPLUGES/G. PALAO, Eds.), Tirant lo Blanch, 2012, pp., 41-55; del mismo autor y en esta misma obra, “Capítulo VIII. Regulación de las crisis matrimoniales y conflictos de leyes internos: una urgente y necesaria reforma”. Conviene tener en cuenta las modificaciones de 2015 a las normas de DIPr, en particular y para el tema que nos ocupa, la del artículo 9.7 Cc que remite para la determinación de la ley aplicable a los alimentos a lo dispuesto en el Protocolo de La Haya. Como ha puesto de manifiesto ELENA ZABALO, el legislador español “sin tocar” el artículo 16.1 Cc le ha dado un nuevo alcance al introducir en las normas de conflicto internas las soluciones comunitarias, eliminado así la solución autónoma. Sobre las repercusiones de esta situación en el tradicional Derecho interregional, M.E. ZABALO ESCUDERO, “Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias”, *Revista Bitácora Millennium*, Nº 3, 2016.

normas, no estará obligado a aplicar las normas del Protocolo para resolver los conflictos internos resultantes.

30. El artículo 16 indica cómo proceder cuando, en una situación internacional, la ley designada por el Protocolo es la de un sistema no unificado de base personal. Es decir, un sistema con normativa territorial diferente en materia de obligaciones alimenticias.

En el RAPPORT BONOMI se ejemplifica así: si el Protocolo designa la ley de un Estado A debido a que el acreedor tiene su residencia habitual en dicho Estado, y ese Estado es un sistema no unificado, la autoridad que conoce del asunto en otro Estado B (Parte en el Protocolo) se enfrentará a una duda sobre si las normas aplicables son las de una u otra de las distintas unidades territoriales que componen el Estado A. La idea general que inspira esta disposición es localizar los elementos espaciales de conexión considerados por el Protocolo en la unidad territorial en que se encuentran efectivamente.

31. A estos efectos, el artículo 16.1 especifica cómo se deben interpretar los conceptos utilizados en el Protocolo. Así, toda referencia a la ley de un Estado se refiere, en su caso, a la ley vigente en la unidad territorial considerada<sup>39</sup>. Asimismo, toda referencia a las autoridades competentes u organismos públicos de dicho Estado se refiere, en su caso, a las autoridades competentes u organismos públicos facultados para actuar en la unidad territorial considerada. En la misma línea, toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se refiere, en su caso, a la residencia habitual en la unidad territorial considerada. El artículo 16.2 señala que para identificar en este caso la ley aplicable según el Protocolo, hay que basarse primero en las normas vigentes en el Estado correspondiente que identifiquen la unidad territorial cuya ley es aplicable. Y, en ausencia de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del artículo 16.1.

32. El artículo 17 resuelve el caso en que la ley designada por el Protocolo es la de un Estado que contiene varios sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a categorías diferentes de personas (en función, por ejemplo de su religión). En ese supuesto, la solución del Protocolo es la remisión a las soluciones de conflictos internas del Estado concernido. Esta solución se toma de la adoptada en todos los Convenios de La Haya que han abordado este problema, pero a diferencia de aquellos el Protocolo no

---

<sup>39</sup> Se aparta de la solución del artículo 12.5 Cc optando por una solución directa. Se aplicará así el Derecho civil foral o especial en aquellas Comunidades Autónomas que tengan las competencias reconocidas en el artículo 149, 1, 8º de la Constitución española.

prevé ningún criterio subsidiario para el caso en que no existieran normas internas en el Estado de que se trate.

#### 4. CONCLUSION

33. La puesta a disposición del acreedor de alimentos un mecanismo que le permita obtener fácilmente en un Estado miembro una resolución que tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro, sin ninguna formalidad (Cdo. 9 del R. 4/2009) ha significado una supresión de todo control de las resoluciones de alimentos dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya (art. 17). De donde, la fuerza ejecutiva de estas decisiones, emanará de la conformidad conflictual sin que se arbitren mecanismos de control de la conformidad procesal.

34. En el Protocolo de La Haya, aunque la ley de la residencia habitual sigue siendo la conexión general, sin embargo el orden de conexiones sucesivas sufre una inversión primando la *lex fori* sobre la ley de la nacionalidad común cuando la obligación de alimentos tenga su origen en una relación paterno filial y la ley de la residencia habitual no permitiera la obtención de alimentos. Esta inversión es un reflejo del *favor creditoris* respecto de menores.

34. Las excepciones al principio general de la residencia habitual cuando se trate de alimentos entre cónyuges, ex cónyuges o entre parientes por vía colateral y la superposición de instrumentos normativos internacionales no hará fácil la determinación del ordenamiento jurídico aplicable en cada caso. En cuanto a la incorporación de la autonomía de la voluntad en materia tan sensible como las relaciones de familia es un reflejo del principio de libertad personal y va a permitir a las partes, aunque de forma limitada, ganar estabilidad y previsibilidad en sus relaciones jurídicas.

36. Finalmente, las dudas sobre si puede conseguirse satisfactoriamente la protección procesal del deudor con la unificación de las normas de ley aplicable y cómo controlar la regularidad procesal del enjuiciamiento en el Estado de origen no quedan despejadas. Por otra parte, aunque el artículo 19 del Protocolo permita al demandado un derecho de revisión ello no garantiza la cuestión de la correcta aplicación del derecho designado como aplicable, sobre todo teniendo en cuenta que el Protocolo solo prevé dos normas de aplicación para resolver estos problemas (exclusión del reenvío y orden público).

37. Asumir que la unificación de las normas de ley aplicable sea suficiente para que el fallo dictado en un Estado miembro que aplica el Protocolo quede investido del

*imperium transfronterizo* intraeuropeo activándose así el aparato coercitivo de otro Estado miembro es una solución de vanguardia en el ámbito de los instrumentos europeos de Derecho de familia que será difícil de aplicar en la práctica sobre todo cuando la decisión extranjera contenga varios pronunciamientos (por ejemplo, decrete el divorcio o la separación o establezca disposiciones relativas a la responsabilidad parental) basadas en normas de otros Reglamentos.

## RESUMEN

### EL DERECHO APLICABLE A LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007

Este Capítulo analiza derecho aplicable a las obligaciones de alimentos en supuestos transfronterizos. En particular se examina la estructura y función de las normas de conflicto del Protocolo de La Haya de 2007 sobre alimentos y su relación con las reglas de competencia del Reglamento 4/2009. La importancia de esta relación reside en el hecho de que la fuerza ejecutiva de las resoluciones dictadas en un Estado miembro emanará de la conformidad conflictual, es decir, de la aplicación de las normas del Protocolo de La Haya, sin que se arbitren mecanismos de control de la conformidad procesal.

**Palabras clave:** obligación de alimentos, ley aplicable, Protocolo de La Haya de 2007, Reglamento UE 4/2009.

## ABSTRACT

### THE LAW APPLICABLE TO CHILD SUPPORT OBLIGATION (MAINTENANCE). THE 2007 HAGUE PROTOCOL

This chapter analyses the law applicable to child support obligations (maintenance) in cross-border situations. In particular, the structure and function of the conflicts of law rules of the Hague Protocol 2007 regarding child support (maintenance) and its relation with the procedural rules in the regulation 4/2009 is examined. The importance of this relationship lies in the fact that the executive force of the resolutions dictated in a Member State will arise from conflictual conformity, that is to say, from the application of the rules of the Hague Protocol, without mediating control mechanisms of procedural conformity.

**Keywords:** Maintenance obligations, Law applicable, Hague Protocol 2007, EU Regulation 4/2009.