

OBLIGACIONES ALIMENTICIAS

Doc. prel. No. 27

abril 2007



INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA LEY APLICABLE

Elaborado por el Presidente del Grupo de Trabajo, Andrea Bonomi

(traducción no revisada)

* * *

Documento preliminar No 27 de abril de 2007

A la atención de la Comisión especial de mayo de 2007

sobre el cobro internacional de alimentos

con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia

TABLA DE CONTENIDO

	Página
I. Introducción	3
II. La disposición del artículo 28(5) del anteproyecto de Convenio	4
III. Borrador de instrumento sobre ley aplicable	5
Artículo A.....	5
Artículo B.....	5
Artículo C.....	6
Artículo D.....	7
Artículo E.....	11
Artículo F.....	13
Artículo G.....	14
Artículo H.....	15
Artículo I	17
Artículo J	17
Artículo K.....	17

I. Introducción

1. El Grupo de Trabajo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (GTLA en adelante), constituido por la Comisión Especial de mayo de 2003 sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia, siguió adelante con su trabajo conforme al mandato asignado por la Comisión Especial en su reunión de junio de 2006.

2. Conviene recordar que en aquella reunión de la Comisión Especial se amplió la composición del GTLA, con el fin de hacerlo más representativo de los Estados interesados en la cuestión de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Sus miembros actuales son los que siguen: Patricia Albuquerque Ferreira (China, SAR Macao), Nádía de Araújo (Brasil), Antoine Buchet (Comisión Europea), Raquel Correia (Portugal), Gloria DeHart (IBA), Edouard de Leiris (Francia), Michèle Dubrocard (Francia), Shinichiro Hayakawa (Japón), Michael Hellner (Suecia), Dorothea van Iterson (Países Bajos), Sarah Khabirpour (Luxemburgo), Åse Kristensen (Noruega), Alberto Malatesta (Italia), David McClean (Secretaría del Commonwealth), Tracy Morrow (Canadá), María del Carmen Parra Rodríguez (España), Angelika Schlunck (Alemania), Marta Zavadilová (República Checa), Robert Spector (Estados Unidos de América), Lixiao Tian (China), Rolf Wagner (Alemania), y Andrea Bonomi (Suiza, Presidente). Las ponentes, Alegría Borrás y Jennifer Degeling, y los miembros de la Oficina Permanente son miembros *ex officio* del GTLA.

3. El mandato conferido al GTLA por la Comisión Especial de junio de 2006 fue doble. Por un lado, incluía discutir nuevamente la disposición del art. 27(3) del borrador de proyecto de Convenio sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia (Doc. de Trab. No 98 de 26 de junio de 2006, "borrador de proyecto de Convenio" en adelante). Esta disposición se incluyó en el borrador de Convenio siguiendo una propuesta del GTLA, pero fue objeto de algunas críticas durante la reunión de la Comisión de junio de 2006. La misma se sitúa actualmente, sin modificación, en el artículo 28(5) del Anteproyecto de Convenio reproducido en el Documento Preliminar No 25 de enero de 2007 ("Anteproyecto de Convenio" en adelante). También se solicitó al GTLA que mejorara el borrador de un instrumento opcional sobre ley aplicable, con vistas a una discusión en profundidad de las cuestiones de Derecho aplicable que tendrá lugar durante la Comisión Especial de mayo de 2007.

4. El GTLA se ha reunido una vez en La Haya, en noviembre de 2006; por lo demás, los trabajos se han realizado por medio de una lista de discusión electrónica. En la reunión de noviembre de 2006 y tras discutir nuevamente la disposición del artículo 27(3), como se mencionó anteriormente, el GTLA concentró su labor esencialmente en la redacción de un borrador de un instrumento sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Desde esta perspectiva, el Proyecto presentado con el Informe del GTLA en junio de 2006 (Doc. Prel. No 22, "Proyecto de junio de 2006" en adelante) fue completado y modificado en una serie de aspectos (Doc. Prel. No 24, Proyecto sobre Ley Aplicable). Estas modificaciones persiguen la toma en consideración de las observaciones realizadas por algunas delegaciones durante la reunión de la Comisión Especial de junio de 2006, así como las opiniones de los

nuevos miembros del GTLA. Reflejan asimismo la intención de alcanzar un texto que sea aceptable por el mayor número de Estados posible.

5. El Proyecto sobre Ley Aplicable (Doc. Prel. No 24 de enero de 2007) es simplemente un borrador ("el Proyecto" en adelante). De hecho, un conjunto de disposiciones propuestas continúan siendo controvertidas; todas estas propuestas requieren una revisión más profunda o al menos una mejora en lo que respecta a su redacción. De esta manera, los comentarios de este informe son completamente provisionales y constituyen un mero intento de síntesis por parte del Presidente del GTLA.

II. La disposición del artículo 28(5) del anteproyecto de Convenio

6. De acuerdo con el cometido encargado por la Comisión Especial, el GTLA discutió de nuevo la disposición del artículo 28(5) del anteproyecto de Convenio. Esta disposición establece que el límite del periodo en que los atrasos pueden ser ejecutados se determina conforme a la ley del Estado de origen de la decisión o conforme a la ley del Estado requerido, según la que prevea un plazo mayor. Esta disposición fue criticada por un importante número de delegaciones durante la reunión de la Comisión Especial de junio de 2006.

7. La crítica inicial se centraba en las conexiones incluidas en la disposición. Algunas delegaciones consideraron que el límite debería regirse por la ley aplicable a la obligación alimenticia. Los miembros del GTLA rechazaron unánimemente esta propuesta: debe resaltarse que el artículo 28(5) no persigue determinar la cuestión de la ley aplicable al plazo de la obligación alimenticia en el momento en que se dicta una decisión sobre alimentos, sino más bien, y de forma muy diferente, el límite del periodo en que es posible ejecutar atrasos sobre la base de una decisión extranjera ejecutoria. Si bien la primera cuestión discutida se rige efectivamente por la ley aplicable a la obligación alimenticia de acuerdo con el Derecho internacional privado del Estado de la autoridad que conoce del asunto (lo que se establece en el artículo J e) del anteproyecto), la segunda es más bien una cuestión sobre la determinación de las consecuencias de una sentencia extranjera. Así, esta última cuestión depende de la ley del Estado de origen de esta sentencia, incluyendo sus reglas de Derecho internacional privado. Desde el punto de vista de favorecer al acreedor, no obstante, el GTLA considera apropiado que se aplique la ley del Estado requerido como alternativa, en el caso de que prevea un plazo más extenso.

8. Otras críticas se refirieron a la dificultad en la determinación de las reglas sobre los plazos en vigor en el Estado de origen de la decisión. Con el fin de tomar en consideración esta preocupación y de facilitar la labor de las autoridades de ejecución, el GTLA propone imponer a los Estados Contratantes la obligación de proveer esta información y de mantenerla al día. Por esta razón, se propone la siguiente modificación del artículo 32 del anteproyecto de Convenio:

Artículo 32 Información relativa a las normas y procedimientos de ejecución

Los Estados Contratantes, en el momento en que se conviertan en Partes del presente Convenio, deberán proveer a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya la descripción de sus normas y procedimientos de ejecución, incluyendo cualquier regla sobre la protección del deudor y las reglas relativas a la duración de las obligaciones alimenticias y de los plazos para su ejecución. Tal información deberá mantenerse actualizada por los Estados Contratantes.

III. Borrador de instrumento sobre ley aplicable

9. El trabajo del GTLA se centraba principalmente en la redacción de un borrador de instrumento sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Dicho borrador es el resultado de una nueva redacción del Proyecto de junio de 2006. Sigue a continuación un breve comentario sobre las disposiciones de este borrador.

Artículo A

10. Este artículo define el ámbito sustantivo del futuro Convenio y no ha sido modificado respecto al mismo artículo del Proyecto de junio de 2006. Su contenido deberá ponerse en relación con el texto del futuro Convenio (*cf.* artículo 2 del anteproyecto de Convenio). La cuestión sobre si el eventual instrumento debería contener reservas se discutirá en el marco de la Comisión Especial, dependiendo, entre otras cuestiones, de las soluciones que se encuentren para las obligaciones alimenticias que nacen de ciertas relaciones de familia (*cf. infra*, art. F).

Artículo B

11. Este artículo persigue únicamente definir ciertas nociones que son utilizadas en otras disposiciones del Proyecto. En relación con el Proyecto de junio de 2006, se han añadido dos definiciones.

12. En primer lugar, la definición de “acuerdo por escrito”, tal y como se utiliza en los artículos G y H del borrador, pretende clarificar que es suficiente con que el acuerdo sobre la ley aplicable a la obligación alimenticia se contenga en cualquier tipo de medio que permita el acceso a su contenido para que pueda ser consultado en una fecha posterior. Consecuentemente, no se requiere necesariamente que el acuerdo se plasme sobre un papel; se acepta la utilización de tecnologías más modernas. Además, no es necesario que tal acuerdo conste en el único y mismo documento que las declaraciones de las partes, es posible realizarlo en documentos separados.

13. La segunda definición no es realmente nueva. Al especificar que el término “ley” refiere siempre a la ley en vigor en el Estado concernido, con exclusión de las reglas sobre Derecho aplicable, este texto reproduce simplemente el artículo K del Proyecto de junio de 2006, reafirmando así la exclusión del reenvío.

14. Debe resaltarse igualmente que las definiciones de acreedor y deudor deben conservarse en la misma línea de las previstas en el texto del futuro Convenio (cf. art. 3 del anteproyecto de Convenio).

Artículo C

15. Esta disposición se corresponde con el artículo C(1) del Proyecto de junio de 2006. Establece el principio de conexión de las obligaciones alimenticias con la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. Esta conexión se corresponde con la utilizada, principalmente, en el *Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de 2 de octubre de 1973* ("Convenio de 1973" en adelante) y, por lo que respecta a las obligaciones en relación con los niños, en el *Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores de 24 de octubre de 1956* ("Convenio de 1956" en adelante). Este criterio de conexión ofrece varios beneficios, que han sido subrayados por el Informe del GTLA de junio de 2006. Se reproduce a continuación un extracto de este texto (párrs. 13-14):

"el principal [beneficio] es que permite la determinación de la existencia y la cantidad de una obligación alimenticia teniendo en cuenta las circunstancias legales y fácticas del entorno social del país donde reside el acreedor y se obliga en la mayoría de sus actividades. La conexión a la ley de la residencia habitual también asegura el tratamiento igualitario de los acreedores que residen en un mismo país, sin distinción por razón de la nacionalidad: resulta difícil justificar por qué un acreedor extranjero debería ser privilegiado o favorecido, en las mismas circunstancias, sobre un acreedor que ostenta la nacionalidad del Estado donde reside.

14. Debe asimismo resaltarse que el criterio de la residencia habitual es utilizado ampliamente con el fin de determinar el tribunal competente en materia de obligaciones alimenticias, tanto en instrumentos de Derecho uniforme (p.e., art. 5, párr. 2 del Reglamento 44/2001 y la disposición "paralela" del art. 5, párr. 2 del Convenio de Lugano de 1988) como en diversas legislaciones nacionales. Consecuentemente, el uso del mismo criterio para la determinación de la ley aplicable conduce frecuentemente a la aplicación de la legislación de la autoridad que conoce del asunto, conllevando evidentes beneficios en términos de sencillez y eficacia."

16. En el caso de un cambio en la residencia habitual del acreedor, el artículo C(2) mantiene, como lo hacía el artículo C(1) del Proyecto de junio de 2006, la solución del Convenio de 1973 (artículo 4(2)). De acuerdo con esta aproximación, en el caso de que acontezca tal cambio, deberá aplicarse la ley del Estado de la nueva residencia habitual, desde el momento en que se produzca dicho cambio. Esta solución se impone de forma evidente, considerando los motivos en que se basa la conexión de la residencia habitual. Tal y como se indica en el Informe del GTLA de junio de 2006 (párrs. 15-16),

"[e]n el caso de un cambio en la residencia, resulta lógico que la determinación de la existencia y la cantidad de la obligación alimenticia se

realice de acuerdo con la ley del país en el que reside el acreedor. La aplicación de esta ley se justifica asimismo con base en consideraciones relacionadas con el tratamiento igualitario de todos los acreedores que residen en un mismo país, y con vistas a la unificación de la competencia y la ley aplicable.

16. El cambio de la ley aplicable se produce en el momento de la modificación de la residencia, pero únicamente hacia el futuro (ex nunc). Las reclamaciones de los acreedores relacionadas con el periodo anterior al cambio permanecen por tanto sujetas a la ley de la anterior residencia habitual. Esta solución se justifica si se considera que el título del acreedor de alimentos para el periodo anterior ya ha sido adquirido, por lo que no debería cuestionarse posteriormente debido a un cambio de la ley aplicable."

17. De lo contrario a lo establecido por la disposición correspondiente en el Proyecto de junio de 2006, la nueva redacción del artículo C no establece criterios de conexión en cascada entre la ley del foro y la ley de la nacionalidad común de las partes (*cf.* art. C(2) y (3) del Proyecto de junio de 2006). De hecho, el GTLA consideró que la estructura en cascada de los criterios de conexión, que favorece particularmente al acreedor, sólo se justifica plenamente en beneficio de los niños. Las disposiciones pertinentes pueden así encontrarse, con algunas modificaciones, en el artículo D, que determina las reglas especiales relativas a los alimentos en relación con los niños.

18. Además, y por la misma razón, el nuevo artículo C no establece derogación alguna de la conexión de la residencia habitual a favor de la ley del foro, como la prevista en el párr. 2 *bis* del artículo C del Proyecto de junio de 2006. Tal derogación se prevé, no obstante, en el artículo D *b)* por lo que respecta a las obligaciones de alimentos relacionadas con niños.

Artículo D

19. En el caso de las obligaciones de alimentos en beneficio de niños, esta disposición establece derogaciones al criterio de conexión principal en materia de alimentos de la residencia habitual del acreedor y nace de una nueva redacción de las disposiciones del artículo C(2), (2) *bis* y (3) del Proyecto de junio de 2006.

a) Conexión subsidiaria de la ley del foro

20. El artículo D *a)* establece una conexión subsidiaria a la ley del foro en el caso en que el acreedor no puede obtener los alimentos sobre la base de la ley del Estado de su residencia habitual. Se trata de una solución clásica y se consigna actualmente en el Convenio de 1956 (art. 3) y en el Convenio de 1973 (art. 6). En el último, no obstante, se establece únicamente como un último recurso, tras la aplicación, de nuevo de forma subsidiaria, de la ley de la nacionalidad común de las partes (art. 5). La inversión de estos dos criterios de conexión subsidiarios, como se propone en el

borrador (ley del foro antes de la ley de la nacionalidad común) encuentra su justificación en un conjunto de razones que ya fueron indicadas en el Informe del GTLA de junio de 2006 (párr. 19):

"En primer lugar, reduce la importancia en la práctica de la conexión de la nacionalidad, cuya relevancia con respecto a los alimentos es controvertida [...]. En segundo lugar, facilita el trabajo de la autoridad que conoce del asunto, que podrá aplicar su propia legislación de forma subsidiaria, sin que se requiera que sea informada en primer lugar de la ley de la nacionalidad común de las partes; como resultado, esta solución es también beneficiosa para el acreedor, ya que permite que se dicte una decisión más rápidamente y con menores costes."

21. Contrariamente a lo establecido por el Proyecto de junio de 2006, no obstante, la conexión subsidiaria de la ley del foro sólo se establece en el borrador para las obligaciones alimenticias con respecto a los niños. El GTLA considera que esta significativa modificación se justifica en diversos motivos. En primer lugar debería resaltarse que el concepto básico sobre el que descansa una estructura en cascada de criterios de conexión, el *favor creditoris*, tiene considerablemente un mayor peso cuando el acreedor de los alimentos es un niño. Es cierto que en el Convenio de 1973 esta solución es general en su ámbito de aplicación (*cf.* arts. 4 a 6), de manera que cualquier restricción en los casos relacionados con niños podría considerarse un paso atrás. Sin embargo, tal análisis no sería del todo exacto. El Convenio de 1973 ya descarta de hecho la solución de criterios de conexión en cascada para los alimentos entre cónyuges divorciados, ya que se rigen en cualquier caso por la ley aplicable al divorcio (art. 8). Esto significa que aparte de los niños, el establecimiento de criterios de conexión en cascada era realmente beneficioso únicamente a aquellas categorías de adultos acreedores cuyas reclamaciones de alimentos no son todas aceptadas desde un punto de vista comparado (p.e., padres respecto de sus hijos, y personas relacionadas colateralmente y por afinidad). Dado que precisamente para este tipo de hipótesis, el Proyecto prevé la introducción de un conjunto de medios de defensa a favor del deudor (*cf. infra*, art. F), no resultaría demasiado lógico, e incluso parecería claramente contradictorio, permitir que estos acreedores se beneficiaran de una serie de criterios de conexión en cascada.

22. La limitación a los casos relacionados con niños requiere de una definición de esta noción. El GTLA consideraba que la limitación a los niños de hasta 21 años era apropiada y coherente con los límites generales del ámbito de aplicación obligatorio del futuro Convenio, tal y como se contiene en el artículo del anteproyecto de Convenio.

23. En aquellos casos en que es aplicable, la conexión subsidiaria de la ley del foro se utiliza sólo, naturalmente, si el procedimiento de alimentos se ha instado en otro Estado diferente al de la residencia habitual del acreedor, ya que, de otro modo, la ley de la residencia habitual y la ley del foro coincidirían. Además, debe subrayarse que si el eventual texto incluyera una disposición como la sugerida por el artículo D b) (véase más abajo), la aplicación subsidiaria de la ley del foro sólo resultaría pertinente si el procedimiento se insta por el deudor (p.e., en el hipotético caso en que el deudor insta el procedimiento ante la autoridad competente del Estado de su residencia habitual con el fin de ser liberado de una obligación de alimentos sobre la base de la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor; el acreedor podrá entonces

protegerse a sí mismo invocando la ley del foro), o si la autoridad que conoce del asunto es una autoridad de un Estado en el que no reside ninguna de las partes (si, por ejemplo, la reclamación de alimentos se plantea de forma accesoria ante el tribunal competente en relación con la filiación o la disolución del matrimonio). Como cuestión de hecho, de acuerdo con el artículo D *b*), la ley del foro no es en ningún caso aplicable de manera principal si el procedimiento ha sido instado por el acreedor en el Estado de la residencia habitual del deudor.

b) Conexión a la ley del foro cuando el procedimiento es instado en el Estado de la residencia habitual del deudor

24. El artículo D *b*) consigna que la ley del foro es aplicable de manera principal si el acreedor ha demandado ante la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor. No obstante, si en este caso el acreedor de alimentos no puede obtenerlos en aplicación de la ley del foro, resulta entonces aplicable subsidiariamente la ley de la residencia habitual del acreedor.

25. Se trata de una inversión importante de los criterios de conexión previstos en los artículos C(1) y D *a*), (la ley del foro antes que la ley de la residencia habitual del acreedor). La disposición es el resultado de un compromiso dentro del GTLA entre aquellos de sus miembros que defienden la aplicación indiscriminada de la ley de la residencia habitual del acreedor y aquellos que preferirían la ley del foro. Se corresponde con la "opción 1" de la formulación del artículo C(2) *bis* en el Proyecto de junio de 2006. La aplicación de la ley del foro se sujeta a dos condiciones: por un lado, la autoridad competente debe ser la del Estado de la residencia habitual del deudor, y, por otro lado, el procedimiento debe ser instado por el acreedor.

26. Es la primera de estas condiciones la que justifica la aplicación de la ley del foro en lugar de la ley de la residencia habitual del acreedor. Tal y como se indica en el Informe de junio de 2006 (párr. 21), el GTLA subrayó que

"[si] el procedimiento de alimentos se insta en el Estado de la residencia habitual del deudor, el criterio de conexión de la residencia habitual del acreedor pierde parte de su justificación: en tal caso, este criterio no resultará en la aplicación de la lex fori, de tal forma que la autoridad competente necesitará determinar el contenido de un Derecho extranjero, una operación que puede ser costosa en tiempo y en términos económicos. Además, aquel Derecho extranjero deberá ser aplicado aunque, en un caso específico, sea menos favorable para el acreedor que la ley del foro (la única excepción prevista en aplicación del párrafo 2 es la situación en que el acreedor no tiene derecho a ningún tipo de alimentos en aplicación de la ley de su residencia habitual). En tal situación, la aplicación de la ley de la residencia del acreedor conlleva un resultado incoherente con la preocupación por la protección del acreedor en que se basa. Parece adecuado por consiguiente reemplazar esta conexión por la aplicación de la ley del foro."

27. La segunda condición para la aplicación de la ley del foro es que el procedimiento haya sido instado por el acreedor. Ello se dirige a restringir, en interés del acreedor, el incumplimiento del principio de la aplicación de la ley de su residencia habitual. De hecho, parece que esta derogación puede estar justificada si el propio acreedor decide instar un procedimiento en el Estado de la residencia habitual del deudor, mientras que parecería excesivo si el procedimiento se incoara en este mismo Estado por el deudor (p.e., para una petición de modificación). De hecho, en la mayoría de los casos el acreedor puede elegir entre incoar el procedimiento, bien en el país donde reside, bien en el de la residencia del deudor, y si opta por la segunda opción, la aplicación del Derecho nacional de ese Estado será incontestable. Con esto en mente, la solución establecida constituye un intento de compromiso entre los que apoyan una aplicación automática de la ley del foro y los que deseaban sujetarla a una opción por parte del acreedor (cf. Informe del GTLA de junio de 2006, párrs. 24 y 25). Además, debe subrayarse que si el procedimiento es instado por el acreedor, la competencia de las autoridades del Estado de la residencia del deudor se motivará sólidamente (*actor sequitur forum rei*), otorgando quizá una mejor justificación para la aplicación de la ley del foro. Sin embargo, si el procedimiento se inicia por el deudor en su Estado de residencia, la competencia de las autoridades de ese Estado (si existe en aplicación de la ley del foro) debería descansar sobre un criterio de atribución de competencia mucho menos significativo (p.e., la nacionalidad de las partes), o incluso claramente exorbitante (*forum actoris*). Existe incluso más de una razón para no aplicar la ley del foro en este caso.

28. Contrariamente a las soluciones propuestas por el borrador de 2006, la nueva redacción del artículo D b) sólo prevé la aplicación de la ley del foro para las obligaciones alimenticias con respecto a niños. Esta limitación se explica por dos consideraciones principales. Por un lado, parece que la aplicación de la ley del foro en las condiciones previstas por la disposición supone una considerable ventaja para el acreedor, porque demandando ante las autoridades del Estado de su residencia, se otorga al acreedor el derecho de elegir indirectamente la ley aplicable a su reclamación de alimentos (*forum shopping*). El GTLA considera que tal privilegio sólo puede justificarse en el caso de los niños.

29. Además, los beneficios de la aplicación de la ley del foro son particularmente claros por lo que respecta a las obligaciones alimenticias con respecto a niños; el desarrollo de procedimientos más rápidos debido a la aplicación de la legislación interna es especialmente beneficioso en aquellos casos relacionados con niños, y particularmente si estos procedimientos, como ocurre cada vez con mayor frecuencia, se dejan a la competencia de autoridades administrativas. Generalmente estas autoridades carecen tanto de la experiencia como de los medios disponibles para la investigación y aplicación del Derecho extranjero, por lo que sólo la aplicación de la ley del foro parecería compatible con el establecimiento de un sistema administrativo de cobro de alimentos. Esto es naturalmente menos preocupante por lo que respecta a las reclamaciones de alimentos para acreedores adultos (al menos cuando no se relacionan con reclamaciones de alimentos para sus hijos), dado que éstas se fijan generalmente por autoridades judiciales.

c) *Conexión subsidiaria de la nacionalidad común de las partes*

30. Si el acreedor no puede obtener los alimentos bien en aplicación de la ley del Estado de su residencia habitual, bien en aplicación de la ley del foro, se aplica la ley de la nacionalidad común de las partes como último recurso. Esta segunda conexión subsidiaria completa la protección de los alimentos del acreedor en caso de que las legislaciones designadas por los dos primeros criterios no prevean ningún tipo de obligación alimenticia.

31. La conexión de la nacionalidad común también se prevé en el Convenio de 1973 (art. 5) pero se otorga prioridad a la ley del foro. Las razones que llevaron al GTLA a proponer la inversión de estos dos criterios ya se expusieron en el Informe del GTLA de junio de 2006 (párr. 19). No se reproducirán aquí de nuevo.

32. Contrariamente a lo establecido por el Proyecto de junio de 2006, la conexión subsidiaria de la nacionalidad de las partes (y de igual manera de la ley del foro) sólo se prevé para las obligaciones alimenticias relativas a niños. Las razones para limitar en este sentido el ámbito de la cascada de criterios de conexión ya han sido explicadas (*cf. supra*, párr. 21). Debe resaltarse que el recurso a este tercer criterio de conexión en los casos relacionados con niños será relativamente raro, ya que la mayoría de legislaciones nacionales reconocen el derecho de los niños a alimentos.

Artículo E

33. Este artículo contiene una regla especial para la conexión de las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex-cónyuges. Como el artículo D(1), del Proyecto de junio de 2006, esta disposición establece una cláusula de escape que permite a la autoridad competente dejar de aplicar, bajo ciertas condiciones, la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, designada por el artículo C, con el fin de aplicar en su lugar la ley del Estado en el que los cónyuges tenían su última residencia habitual común. Las razones que han conducido a esta solución se explicaron en su mayor parte en el Informe del GTLA de junio de 2006 (párrs. 36-37):

"[...] Debería considerarse que, en ciertos sistemas nacionales, se garantizan alimentos al cónyuge divorciado únicamente de forma muy restringida y en situaciones excepcionales (en Europa, esta actitud restrictiva es característica, en particular, de las leyes de los Estados escandinavos y de ciertas jurisdicciones de Common Law). En este contexto, la aplicación indiscriminada de las reglas generales inspiradas por el favor creditoris se considera excesiva. En particular, la oportunidad para unos de los cónyuges de afectar a la existencia y contenido de la obligación alimenticia a través del mero cambio de la residencia habitual puede conducir, en algunos casos, a resultados más bien injustos, incoherentes con las legítimas expectativas del deudor. [...]"

37. Para tomar estas situaciones en consideración, se realizó una propuesta al GT para sujetar las obligaciones de alimentos entre cónyuges a una norma de conflicto independiente de la establecida en el artículo C y basada en el criterio de la residencia habitual común de los cónyuges o de la última residencia habitual común. Tal propuesta, no obstante, recibió una respuesta diversa de ciertos miembros del GT, ya que parece difícilmente coherente con la preocupación por la protección del acreedor y con la arquitectura general del texto propuesto."

34. El artículo E es un compromiso entre estas dos diferentes aproximaciones (aplicación de las reglas generales del artículo C o regla *ad hoc* basada en la residencia común de los cónyuges). El establecimiento o no de esta regla permanece, sin embargo, muy controvertida, motivo por el que este concreto artículo figura entre paréntesis.

35. Contrariamente a lo establecido por el artículo D(1) del Proyecto de junio de 2006, el propuesto artículo E sólo confiere al tribunal competente el derecho de aplicar la ley del Estado de la última residencia común de los cónyuges. Esta especificación fue introducida para limitar la incertidumbre relacionada con la aplicación de la cláusula de excepción, respetando al mismo tiempo el deseo de los miembros del GTLA que apoyan la aplicación de la ley de la última residencia común de los cónyuges.

36. Además, y asimismo con el objetivo de restringir el ámbito de incertidumbre, las condiciones para la aplicación de la cláusula de escape han sido definidas de una manera más precisa. Por un lado, uno de los cónyuges o ex-cónyuges debe residir todavía en el Estado de la última residencia común cuando se interpone la reclamación, ya que parece que la aplicación de la ley de este país sólo se puede justificar en el caso de existir un estrecho y actual nexo con la ley de aquel Estado, y aquel nexo no existirá ya si los cónyuges han dejado el Estado en cuestión en el momento en que se instó el procedimiento. Por otro lado, la ley del Estado de la última residencia común sólo se puede aplicar si las obligaciones alimenticias en cuestión se encuentran manifiestamente más vinculadas a este Estado que al Estado de la residencia habitual del acreedor. Éste será el caso, por ejemplo, si en el momento de la solicitud de alimentos el cónyuge acreedor ha fijado su residencia en un Estado con el que los cónyuges no tenían vinculación alguna durante su matrimonio.

37. A pesar de una cierta simplificación respecto al Proyecto de junio de 2006, el artículo en cuestión sigue siendo una fuente de incertidumbre por lo que respecta a la ley aplicable y puede conducir a aumentar la duración y los costes de los procedimientos. Además, como todas las reglas basadas en el concepto de vínculos estrechos, existe el peligro de que se aplique de manera diferente en los Estados Contratantes, lo que resultaría en una falsa uniformidad.

38. Debe subrayarse que el ámbito de la disposición se ha extendido y contrariamente a lo establecido por el Proyecto de junio de 2006, se prevé su aplicación no sólo a las obligaciones entre cónyuges que están divorciados o separados o entre aquellos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo o inválido, sino también a las obligaciones de alimentos entre cónyuges durante el matrimonio.

39. Finalmente, debe resaltarse otra simplificación en relación con el Proyecto de junio de 2006, que resulta de la propuesta del GTLA de limitar los criterios de conexión en cascada a las obligaciones alimenticias respecto a niños únicamente (*cf. supra*, art. D). Se desprende (en ausencia de elección de la ley aplicable) que las obligaciones de alimentos entre cónyuges o ex-cónyuges se rigen, bien por la ley de la residencia habitual del acreedor de acuerdo con el artículo C, bien por la ley de la última residencia común si se reúnen las condiciones del artículo E. Ni la ley del foro ni la ley de la nacionalidad común deben ser tomadas en consideración en este caso.

Artículo F

40. Por lo que respecta a las obligaciones alimenticias diferentes a las relacionadas con niños que surgen de una relación padre-hijo, el artículo F establece que el deudor puede oponer a la reclamación del acreedor que no existe obligación alguna por su parte en aplicación de la ley del Estado de la residencia habitual del deudor, ni en aplicación de la ley de la nacionalidad común de las partes, en el caso de que la ostenten.

41. Este veto ha sido redactado conforme a la solución prevista por el artículo 7 del Convenio de 1973. Esta regla permite efectivamente al deudor oponerse a una reclamación de alimentos entre personas relacionadas colateralmente o por afinidad por razón de que no existe obligación de alimentos alguna de acuerdo con la ley de la nacionalidad común del deudor y del acreedor, o, en ausencia de nacionalidad común, de acuerdo con la ley nacional de la residencia habitual del deudor.

42. Contrariamente a lo establecido por la disposición de 1973, la regla propuesta por el GTLA no es sólo aplicable entre personas relacionadas colateralmente o por afinidad, sino a cualquier obligación de alimentos diferente a las relacionadas con niños que surgen de una relación padre-hijo. El veto puede ser entonces invocado, *inter alia*, en casos en que las reclamaciones de alimentos se realizan por un padre (u otro ascendiente) respecto a su hijo/a (o su descendiente), o por un niño mayor de edad respecto a sus padres o ascendientes. También estará disponible para reclamaciones basadas en otro tipos de relaciones familiares que pudieran ser reconocidas por la ley de la residencia habitual o por la ley del foro (p.e., entre parejas homosexuales o heterosexuales).

43. Esta extensión se consideró deseable por una serie de razones. Debe subrayarse en primer lugar que la conveniencia de premiar los alimentos basados en relaciones de familia, como pretende esta regla, no cuenta con el consenso en el plano internacional, de ahí que algunos Estados consideraran que sería posible limitar su impacto. En el marco del Convenio de 1973, esta preocupación se tomó en consideración estableciendo un conjunto de reservas en relación con el ámbito del Convenio (*cf.* arts. 13 y 14 del Convenio de 1973). En opinión del GTLA, sin embargo, la realización de reservas debería restringirse lo máximo posible en el marco del futuro Convenio sobre ley aplicable, que será en cualquier caso opcional. Es entonces preferible que la reticencia mostrada por algunos Estados en relación con las reclamaciones de alimentos basadas en relaciones familiares, tal y como se menciona arriba, sea tomada en consideración en un momento anterior, mediante el establecimiento de reglas de conexión más restrictivas para estos casos.

44. Dado el extendido ámbito de la disposición, el GTLA prefirió evitar una formulación demasiado severa para el acreedor. Esta es la razón por la que, a diferencia de lo establecido por el Proyecto de junio de 2006, el nuevo borrador propone que se mantenga la referencia alternativa a la ley de la nacionalidad común de las partes. En otras palabras, si la obligación de alimentos existe de acuerdo con la ley de la nacionalidad común, esto conllevará la aceptación de la reclamación, incluso aunque no lo establezca la ley de la residencia habitual del deudor. Esta aproximación permite que se reúna en una única regla las dos disposiciones del artículo D(2) y (3) del Proyecto de junio de 2006.

Artículo G

45. Esta disposición proporciona a las partes el derecho de designar expresamente la ley del foro como la ley aplicable a la obligación de alimentos. Esta elección de la ley aplicable presupone que el acreedor de alimentos ha incoado ya o está a punto de incoar un procedimiento ante una determinada autoridad. El consentimiento de las partes pretende hacer aplicable la legislación interna de la autoridad ante la que se presenta la demanda y su efecto se limita a procedimientos específicos. Esta disposición se corresponde con la del artículo E del Proyecto de junio de 2006, que se justificó como sigue en el Informe del GTLA de junio de 2006 (párrs. 49-50):

"49. Esta limitada apertura a la autonomía de la voluntad no parece contar con obstáculo alguno en principio. Debe subrayarse que se trata de una elección realizada en el momento del procedimiento; presupone que el acreedor de alimentos ya ha incoado o está a punto de incoar un procedimiento de alimentos ante una autoridad específica. En el momento en que se realiza esta elección, las partes pueden obtener información (o serán informadas por la autoridad ante la que se interponga la demanda) de la existencia y naturaleza de los beneficios de alimentos previstos en aplicación de la ley del foro.

50. El consentimiento de las partes produce efectos sólo para procedimientos específicos. En consecuencia, si se plantea una reclamación posterior o una reclamación de modificación ante la misma autoridad o ante una autoridad de otro Estado, la elección de ley realizada previamente no tendrá ya eficacia y la ley aplicable tendrá que ser determinada de acuerdo con las conexiones objetivas. Esta limitación de los efectos de la elección está justificada, ya que la ley designada es la ley del foro."

46. La elección de ley aplicable debería jugar un papel significativo en las relaciones entre adultos especialmente. En el caso del divorcio, en particular, será posible para los cónyuges remitir las reclamaciones de alimentos a la legislación interna de la autoridad competente, lo que facilitará ciertamente los procedimientos. No obstante, y como ya ocurría en el Proyecto de 2006, esta posibilidad de elección ha sido también incluida para las obligaciones alimenticias respecto a niños. Esto es así porque parece que los eventuales peligros vinculados con la introducción de la autonomía de la voluntad se compensan en gran medida con las ventajas en términos de sencillez que resulta de la aplicación de la ley del foro. Dada la regla especial del artículo D b), de acuerdo con la que las obligaciones de alimentos respecto a niños

menores de 21 años se rigen en cualquier caso por la ley del foro cuando la solicitud se realiza por el acreedor en el Estado de la residencia habitual del deudor, el efecto de la elección de la ley aplicable puede así permanecer sólo limitada a este campo.

47. Debido a que la ley aplicable puede también ser elegida, de acuerdo con el artículo G, antes de la iniciación de los procedimientos, el GTLA consideró que sería de utilidad introducir un número de puntos relacionados con la forma, especificando en el párrafo 2 que, en este caso, la ley aplicable debería ser designada por medio de consentimiento escrito. Parece esencial, por un lado, poder probar fácilmente la existencia de este consentimiento, y, por otro lado, atraer la atención de las partes sobre las importantes consecuencias que puede tener la elección del Derecho aplicable respecto a la existencia y el contenido de la obligación de alimentos. Por esta razón, algunos miembros del GTLA sugirieron ir más allá, al requerir que el consentimiento escrito de las partes sobre la ley aplicable venga acompañado de su firma.

Artículo H

48. Esta disposición permite a las partes elegir la ley aplicable a la obligación de alimentos en cualquier momento e incluso antes de que surja controversia alguna. Contrariamente a la elección de la ley del foro tal y como se prevé en el artículo G, la elección de ley aplicable del artículo H no sólo se establece "para los procedimientos" y sus consecuencias no se limitan por tanto a los procedimientos que el acreedor de alimentos ya ha incoado o está a punto de incoar. La legislación designada por las partes pretende regir las obligaciones alimenticias entre las mismas desde el momento en que es elegida y hasta que decidan alterar su elección. Como se indicó en el Informe del GTLA de junio de 2006 (párr. 56),

"[L]a ventaja principal de la elección de la ley aplicable es asegurar en cierta medida la estabilidad y la previsibilidad: si las partes han realizado tal elección, la ley designada permanece aplicable a pesar de cualquier cambio en su situación personal, e independientemente de la autoridad competente en caso de controversia. En particular, un cambio en la residencia habitual del acreedor de alimentos no provocará un cambio de la ley aplicable."

49. La elección de ley aplicable es particularmente útil en la relación entre los cónyuges cuando estipulan, antes o durante el matrimonio, un acuerdo sobre las obligaciones de alimentos y/o la propiedad de sus respectivos bienes. Una vez la elección de la ley aplicable ha sido aceptada por los cónyuges, parece que se podría extender a todos los adultos, con la excepción de aquellos que cuentan con facultades personales disminuidas o insuficientes y que por esta razón no están en la posición de velar por sus propios intereses. Esta categoría de "adultos vulnerables" se corresponde con aquellos que se benefician de las medidas de protección establecidas por el *Convenio de La Haya sobre la Protección Internacional de Adultos de 13 de enero de 2000*.

50. La elección de la ley aplicable ha sido excluida en los casos de alimentos respecto a los niños. Sobre este aspecto existen ciertas dudas dentro del GTLA sobre

la determinación de la edad en que esta elección se podría permitir. Mientras los 18 años de edad se corresponde con la edad de la mayoría legal en la mayoría de los países, la propuesta de una edad más elevada (p.e., 21 años de edad) refleja la preocupación por la protección de las personas jóvenes que pueden todavía ser particularmente vulnerables.

51. Con el fin de proteger al acreedor de alimentos, el artículo H establece – como lo hacía el artículo F del Proyecto de junio de 2006 – una serie de limitaciones a la posibilidad que tienen las partes de elegir la ley aplicable.

52. La primera limitación, que tiene una naturaleza formal, consigna que la elección de la ley aplicable debe realizarse por escrito. Sin ánimo de llegar tan lejos como para explicar las ventajas que ello proporciona para el examen del caso, el requisito de una declaración escrita ayuda a atraer la atención del acreedor sobre la importancia de la elección y de protegerle de las consecuencias de una elección realizada sin reflexionar. Por esta razón algunos miembros del GTLA sugirieron el establecimiento de requisitos formales incluso más estrictos, imponiendo notablemente que la declaración de las partes sobre la ley aplicable se acompañe de su firma.

53. La segunda limitación concierne al objeto de la elección en sí mismo y pretende restringir el conjunto de opciones que se abre ante las partes. Entre las opciones previstas en el Proyecto de junio de 2006, se han mantenido algunas sin modificación (la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes, la ley aplicable a su régimen económico). Sin embargo, el GTLA decidió ampliar el abanico de la elección disponible al añadir, por un lado, la ley nacional de una de las partes en el momento de la elección (mientras el Proyecto de 2006 sólo preveía la ley de la nacionalidad común) y, por otro lado, la ley designada por las partes como aplicable a su divorcio o a su separación legal. La última fue introducida para tomar en consideración los desarrollos que están teniendo lugar actualmente en el Derecho internacional privado de la Comunidad Europea, dado que la *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (EC) No 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial* ("Roma III"), presentada por la Comisión el 17 de julio de 2006 (COM(2006) 399 final), establece de manera novedosa la elección de ley aplicable al divorcio o a las separaciones legales.

54. La tercera limitación hace referencia a la eficacia de la elección de ley aplicable (art. H(3)). Como no hubo modificación alguna en este aspecto en relación con la propuesta del Proyecto de junio de 2006 (antiguo art. F(2), las consideraciones expuestas en el Informe de junio de 2006 (párr. 60) pueden ser reproducidas de nuevo en este momento:

"[...] Desde el momento en que una elección de ley que es restrictiva respecto a los alimentos puede privar al acreedor de cualquier reclamación de alimentos, o limitar tales reclamaciones sustancialmente, parece esencial permitir un poder atenuado de la autoridad ante la que se ha presentado la reclamación. Si esa autoridad considera que la aplicación de la ley escogida por las partes causa, en el caso concreto,

consecuencias que resultan ser manifiestamente injustas o no razonables, la ley designada puede dejar de aplicarse a favor de la ley apuntada por los criterios de conexión objetivos previstos en el Proyecto. Esta cláusula de escape se basa en consideraciones de justicia sustantiva y se corresponde con el poder conferido por varias legislaciones nacionales a los jueces, quienes pueden modificar, o incluso dejar de lado, acuerdos sobre alimentos realizados entre las partes cuando consideran que conllevan consecuencias injustas o no razonables. Las circunstancias que podrían conducir a la aplicación de esta cláusula incluyen, por ejemplo, el hecho de que la ley elegida sólo se vincula de manera muy distante con las partes en el momento de la controversia, o que una de las partes (especialmente el acreedor) consintió la elección de la ley aplicable sin haber sido suficientemente informado de sus consecuencias."

Artículo I

55. Esta disposición se corresponde con la disposición contenida en el artículo 9 del Convenio de 1973 y cuenta con un apoyo sustancial dentro del GTLA. Siguiendo una propuesta del GTLA, se ha introducido una regla similar, en la parte obligatoria del Convenio (art. 33(2) del anteproyecto de Convenio). El único cambio respecto al Proyecto de junio de 2006 es de redacción ("organismo público" en lugar de "institución pública"), con el fin de adecuar este texto con la terminología empleada en el anteproyecto de Convenio.

Artículo J

56. Esta disposición se corresponde en gran medida con el artículo 10 del Convenio de 1973 y cuenta con un apoyo sustancial dentro del GTLA. El único cambio respecto al Proyecto de junio de 2006 es de redacción ("organismo público" en lugar de "institución pública"), con el fin de adecuar este texto con la terminología empleada en el anteproyecto de Convenio.

Artículo K

57. El párrafo 1 de esta disposición establece meramente la posibilidad de ignorar la ley aplicable cuando sus consecuencias son manifiestamente contrarias al orden público internacional del foro. Esta disposición es ampliamente aceptada dentro del GTLA.

58. El párrafo 2 se corresponde con la disposición contenida en el artículo 11(2) del Convenio de 1973, pero con una importante diferencia. En lugar de requerir, de hecho, que la autoridad competente tome en consideración las necesidades del acreedor y los recursos del deudor en cada caso, el proyecto permite que lo haga incluso aunque la ley aplicable disponga de otra manera. Esta modificación esclarece que la disposición no pretende introducir una regla sustantiva uniforme dirigida a equilibrar las diferencias entre las legislaciones nacionales, sino simplemente permitir a la autoridad ante la que se ha presentado la demanda que

deje de aplicar el Derecho extranjero cuando no tome en consideración las necesidades del acreedor o los recursos del deudor. No obstante, esta regla no cuenta con un apoyo uniforme dentro del GTLA.