

ES

ES

ES



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 24.3.2010
COM(2010) 105 final

2010/0067 (CNS)

Propuesta de

REGLAMENTO (UE) DEL CONSEJO

**por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al
divorcio y a la separación judicial**

{COM(2010) 104 final}

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Introducción

1.1. Antecedentes de la propuesta

El 17 de julio de 2006, la Comisión adoptó, sobre la base del artículo 61, letra c), y del artículo 67, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actualmente artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) una Propuesta de Reglamento del Consejo¹ por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003² por lo que se refiere a la competencia y que introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial («Roma III»). El Reglamento habría debido ser adoptado por el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo. El Parlamento Europeo emitió su dictamen sobre esta propuesta el 21 de octubre de 2008³.

La propuesta de la Comisión ha sido examinada en el Comité de Derecho Civil (Roma III) desde octubre de 2006. Cabe constatar que no hubo unanimidad sobre ninguna de las soluciones propuestas por lo que respecta a las normas relativas a la ley aplicable en el marco del Reglamento ni sobre las derogaciones propuestas. Así pues, los días 5 y 6 de junio de 2008, el Consejo tomó nota de la falta de unanimidad para llevar a buen término el Reglamento «Roma III» y de la existencia de dificultades insuperables que hacían imposible, en ese momento y en un futuro próximo, toda unanimidad. Constató que los objetivos de Roma III no podían alcanzarse en un plazo razonable aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados.

El 25 de julio de 2008, el Consejo tomó nota de que al menos ocho Estados miembros tenían la intención de invitar a la Comisión a presentar una propuesta de cooperación reforzada y de que cabía la posibilidad de que otros Estados miembros participaran una vez hecha la propuesta de la Comisión; de que únicamente una petición oficial a la Comisión por parte de dichos Estados miembros permitiría contar con una eventual propuesta de la Comisión que haría posible que cada delegación se pronunciara de forma definitiva sobre la oportunidad de una cooperación reforzada y sobre su participación en la misma; de que la eventual solicitud de al menos ocho Estados miembros a la Comisión para que presentase una propuesta de cooperación reforzada no prejuzgaba el curso a dar al procedimiento y, en particular, la autorización que se solicitaría del Consejo.

Los días 28 julio y 12 de agosto de 2008 y 12 de enero de 2009, diez Estados miembros⁴ dirigieron una solicitud a la Comisión en la que indicaban que tenían la intención de establecer entre ellos una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial y pidiendo que la Comisión presentara al Consejo una propuesta a tal efecto. El 3 de marzo de 2010, Grecia retiró su solicitud.

¹ COM(2006) 399.

² Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, DO L 338 de 23.12.2003, p. 1.

³ DO C 15 E de 21.1.2010, p. 128.

⁴ Bulgaria, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Rumanía y Eslovenia.

La propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, y la presente propuesta de Reglamento del Consejo por la que se establece dicha cooperación reforzada, que la Comisión adoptó simultáneamente, constituyen la respuesta de la Comisión a la petición de los nueve Estados miembros, en lo sucesivo denominados «Estados miembros participantes». La propuesta de Decisión del Consejo contiene una evaluación detallada de las condiciones jurídicas y de la oportunidad de la instauración de una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

2. Motivación y objetivos de la propuesta

2.1. Consolidación de la seguridad jurídica y de la previsibilidad

En los procedimientos matrimoniales de carácter internacional, las notables diferencias entre los distintos Derechos nacionales, en particular por lo que se refiere a las normas de conflicto de leyes, son fuente de una gran inseguridad jurídica. La gran disparidad y complejidad de las normas de conflicto nacionales hacen muy difícil a los matrimonios «internacionales» prever qué ley se aplicará a su procedimiento de divorcio o separación judicial. Por otro lado, los Estados miembros participantes no ofrecen a los cónyuges ninguna posibilidad de elegir la ley aplicable a estos procedimientos, lo que puede llevar a la aplicación de una ley con la que los cónyuges tengan vínculos débiles y a un resultado que no satisfaga sus expectativas legítimas. Ello tampoco fomenta las soluciones amistosas.

Teniendo en cuenta las partes pertinentes de la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento de la Comisión de 17 de julio de 2006 («Roma III»), el objeto de la presente propuesta de Reglamento es establecer un marco jurídico claro en la Unión Europea que establezca la ley aplicable en materia de divorcio y separación judicial y ofrezca a las partes cierto grado de libertad en la elección de la ley aplicable. La medida de cooperación reforzada solo se refiere a la ley aplicable y no a la competencia judicial, como hacía la propuesta inicial de la Comisión, con el fin de no afectar al Derecho de la Unión, es decir, al Reglamento (CE) n° 2201/2003, que la propuesta inicial se proponía modificar. Aunque figura entre las disposiciones insertadas por el Comité sobre las cuestiones de derecho civil (Roma III)⁵, el artículo 20 *sexies*-1 no se incluyó en la presente propuesta de Reglamento. En efecto, este artículo contiene en sustancia una norma sobre la competencia judicial y está estrechamente vinculado al artículo 7 *bis* sobre el foro necesario, que también se descartó, pues se refería asimismo a la competencia judicial.

2.2. Mayor flexibilidad mediante la introducción de cierto grado de autonomía de las partes

Actualmente, la autonomía de las partes en los asuntos matrimoniales es muy limitada. La propuesta flexibiliza el marco jurídico, ofreciendo a los cónyuges una posibilidad limitada de elegir otra ley que sea aplicable a los procesos de divorcio o separación judicial. La elección de los cónyuges está circunscrita a las leyes con las que el matrimonio presenta una estrecha vinculación, a fin de evitar la aplicación de leyes poco o nada vinculadas a los cónyuges.

⁵ Véase doc. 9712/08 del Consejo de la Unión Europea.

El permitir a los cónyuges llegar a un acuerdo sobre estos asuntos podría resultar particularmente útil en los casos de divorcio por consentimiento mutuo. Eso constituirá un fuerte incentivo para que las parejas que se enfrenten a una situación de este tipo organicen de antemano las consecuencias de una posible ruptura del vínculo marital y favorecerá los divorcios por consentimiento mutuo, lo que es crucial para los matrimonios con hijos. El Reglamento «Roma III» contribuiría también a la integración de los nacionales de terceros Estados, dándoles la posibilidad de substituir la ley de su nacionalidad por la de su nueva residencia.

Se prevén algunas salvaguardas especiales con el fin de garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección y destinadas a proteger al cónyuge en situación de mayor debilidad.

2.3. Impedir la «carrera a los tribunales» por parte de uno de los cónyuges

Por último, la propuesta aborda el problema de la «carrera a los tribunales» por parte de uno de los cónyuges, es decir, el caso en el que un cónyuge solicita el divorcio antes que el otro para asegurarse de que el proceso se regirá por una ley dada, que estime más favorable a la protección de sus intereses. Esto puede conducir a la aplicación de una ley con la que el otro cónyuge no esté estrechamente vinculado, o que no tenga en cuenta sus intereses. Por otro lado, dificulta los esfuerzos de reconciliación y deja escaso margen para la mediación.

Es probable que la introducción de unas normas de conflicto de leyes armonizadas reduzca considerablemente el riesgo de «carrera a los tribunales», puesto que cualquiera que sea el órgano jurisdiccional del Estado miembro participante al que se acuda aplicaría la ley designada sobre la base de normas comunes.

A falta de elección, la ley aplicable se determinará en función de una escala de criterios de vinculación, dando prioridad a la ley del Estado de residencia habitual de los esposos, lo que garantizará que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija según un ordenamiento jurídico con el que la pareja tenga vínculos estrechos. Aumentará así considerablemente la seguridad jurídica y la previsibilidad para los cónyuges afectados, así como para los profesionales de la justicia.

La norma sobre la ley aplicable a falta de elección está destinada a proteger al esposo en situación de mayor debilidad, al dar prioridad a la aplicación de la ley de la residencia habitual de la familia antes de la separación, con independencia del órgano jurisdiccional ante el que interponga la demanda uno de los cónyuges, lo que permitirá a los cónyuges prever fácilmente qué ley se aplicará a su procedimiento de divorcio o separación judicial.

3. Consulta de las partes interesadas y análisis del impacto de la medida de cooperación reforzada

La publicación de la propuesta de la Comisión de julio de 2006 fue precedida de una amplia consulta de las partes interesadas. La última versión resultante de las negociaciones en el Consejo, que la Comisión incluye en parte en su propuesta, no difiere sensiblemente de la propuesta de la Comisión de julio de 2006. En efecto, esta versión mantiene las mismas soluciones de principio para la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (por ejemplo, la elección de la ley aplicable, la residencia habitual de los cónyuges como criterio principal de vinculación, la excepción del orden público, etc.).

La Comisión realizó un estudio de impacto adjunto a su propuesta inicial de julio de 2006 que sigue siendo vigente por lo que se refiere a la cuestión de la ley aplicable, y al que se hará referencia⁶. La presente propuesta de la Comisión establece una cooperación reforzada por lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Con arreglo al artículo 20, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, el procedimiento de la cooperación reforzada solo puede utilizarse como «último recurso». La Comisión puede proponer una cooperación reforzada y el Consejo puede dar el visto bueno solamente sobre temas que el Consejo ya haya tratado y sobre los cuales haya concluido que no puede encontrarse otra solución ya que los «los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto». Por tanto, la Comisión no puede cambiar ni el ámbito de la cooperación reforzada, en este caso la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, ni las normas fundamentales del instrumento, ambos contenidos en la última versión del texto negociado en el Consejo. Además, el contenido de la propuesta de la Comisión por la que se establece una cooperación reforzada está limitado al ámbito de aplicación precisado en las solicitudes de cooperación reforzada de los Estados miembros participantes, es decir, la ley aplicable en materia matrimonial. En el tema que nos ocupa, un nuevo estudio de impacto no parece pues conveniente.

4. Aspectos jurídicos de la propuesta

4.1. Base jurídica

La base jurídica de la presente propuesta es el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que atribuye al Consejo competencias para adoptar medidas relativas al Derecho de familia que tengan repercusión transfronteriza, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta se refiere a la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, temas incluidos en el Derecho de familia. Las normas en materia de determinación de la ley aplicable recogidas en la propuesta se aplican solamente en las situaciones de carácter internacional, es decir, por ejemplo, en las que los cónyuges son de nacionalidades diferentes, residen en Estados miembros distintos o en un Estado miembro del que al menos uno de los cónyuges no tiene la nacionalidad. Por lo tanto, se cumple la condición de la repercusión transfronteriza enunciada en el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4.2. Principio de subsidiariedad

Los objetivos de la Propuesta solo pueden alcanzarse con una acción de la Unión en forma de normas comunes en materia de ley aplicable, en su caso, por medio de una cooperación reforzada. Las normas de conflicto deben ser idénticas si se quieren garantizar, en beneficio de los ciudadanos, los objetivos de la propuesta, es decir, el refuerzo de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad. Vemos pues que una acción unilateral de los Estados miembros participantes iría en contra de estos objetivos. No hay ningún convenio internacional vigente entre los Estados miembros sobre la cuestión de la ley aplicable en materia matrimonial. La consulta pública y la evaluación de impacto que acompañaron la Propuesta de julio de 2006 pusieron de relieve el alcance de los problemas abordados en la

⁶ SEC(2006) 949.

presente Propuesta, que afectan anualmente a decenas de miles de ciudadanos. En vista de la naturaleza y el alcance del problema, los objetivos sólo pueden lograrse a nivel de la Unión.

4.3. Principio de proporcionalidad

La presente Propuesta es totalmente coherente con el principio de proporcionalidad en la medida en que se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar sus objetivos. No implicará ninguna carga financiera o administrativa adicional para los ciudadanos, y sólo una muy restringida carga adicional para las autoridades nacionales afectadas.

4.4. Instrumento elegido

La naturaleza y el objetivo de la propuesta requieren la forma de un Reglamento. La necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad exige normas claras y uniformes. Las normas propuestas en materia de ley aplicable son precisas y detalladas y no requieren ninguna transposición al Derecho nacional. Dejar a los Estados miembros participantes un margen de discrecionalidad en la aplicación de estas normas pondría en peligro los objetivos de seguridad jurídica y previsibilidad.

4.5. Posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca

El Reino Unido e Irlanda no participan en la cooperación desarrollada en los ámbitos cubiertos por el título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a menos que manifiesten su deseo de participar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento propuesto y no queda vinculada por éste ni sujeta a su aplicación en virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea.

5. Incidencia presupuestaria, simplificación y coherencia con las otras políticas de la Unión

5.1. Incidencia presupuestaria

La propuesta no tendrá incidencia en el presupuesto de la Unión.

5.2. Simplificación

La Propuesta supone una simplificación de los procedimientos administrativos tanto para los ciudadanos como para los profesionales de la justicia. En particular, la armonización de las normas de conflicto de leyes simplificará considerablemente los procedimientos permitiéndoles determinar la ley aplicable sobre la base de un único conjunto de normas que sustituirán a las normas nacionales de conflicto de leyes existentes de los Estados miembros participantes.

5.3 Coherencia con las otras políticas y los objetivos de la Unión

La propuesta respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como principios generales del Derecho de la Unión.

6. Comentario de los artículos

Artículo 1

El Reglamento propuesto se aplica a todas las situaciones que entrañan un conflicto de leyes, es decir, aquéllas que contienen uno o más elementos ajenos a la vida social interna de un país y que son susceptibles de implicar a varios sistemas jurídicos. Por lo tanto, se aplica solamente a las situaciones de carácter internacional, como, por ejemplo, aquéllas en las que los cónyuges son de nacionalidades diferentes, residen en Estados miembros diferentes o en un Estado miembro del que al menos un cónyuge no tiene la nacionalidad («parejas internacionales»).

Las normas propuestas en materia de ley aplicable se limitan al divorcio y a la separación judicial y no se aplican al procedimiento de nulidad de matrimonio, para el cual tanto la autonomía de las partes como la elección de otras leyes distintas de las del órgano jurisdiccional que entienda del caso se estiman inadecuadas. Por lo que se refiere a las normas de competencia judicial, la nulidad del matrimonio está cubierta por el Reglamento (CE) n° 2201/2003, como el divorcio y la separación judicial.

Artículo 2

Con arreglo al artículo 2, el presente Reglamento presenta un carácter universal, es decir sus normas uniformes en materia de conflicto de leyes pueden designar indiferentemente la ley de un Estado miembro participante, la ley de un Estado miembro no participante o la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea. Se trata de un principio profundamente arraigado en el Derecho positivo de las normas de conflicto de leyes que ya se encuentra en el Convenio de Roma de 1980, en los convenios celebrados en el marco de la Conferencia de La Haya así como en las normas de conflicto nacionales de los Estados miembros participantes. Se han introducido algunas cláusulas de salvaguardia con el fin de prevenir la aplicación de leyes de divorcio o separación judicial extranjeras incompatibles con los valores comunes de la Unión Europea. En los casos en que se designe la ley de otro Estado miembro, la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil puede desempeñar un importante papel de asesoramiento, informando a los órganos jurisdiccionales sobre el contenido de la ley extranjera.

Artículo 3

En su gran mayoría, las normas de conflicto de leyes nacionales sólo prevén una solución en una determinada situación. La Propuesta pretende aumentar la flexibilidad de los cónyuges al permitirles elegir la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Pueden elegirse únicamente aquéllas que tienen una vinculación estrecha con los cónyuges debido a su residencia habitual, a su última residencia habitual común, si uno de los cónyuges sigue residiendo allí, a la nacionalidad de uno de los cónyuges o a la ley del foro.

Las mismas normas de conflicto debían aplicarse a la separación judicial y al divorcio, puesto que en varios casos la separación judicial constituye una etapa necesaria antes del divorcio. Los Estados miembros participantes que reconocen la separación judicial aplican las mismas normas de conflicto que al divorcio.

Esta mayor autonomía de las partes mejorará la seguridad jurídica y la previsibilidad para los cónyuges. Conviene respetar algunas exigencias formales con el fin de garantizar que los dos cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección y de proteger al cónyuge en situación de mayor debilidad. La Comisión comparte la opinión del Parlamento Europeo según la cual es necesario evitar que la elección por las partes de la ley aplicable lleve a la aplicación de una ley contraria a los derechos fundamentales y al Derecho de la Unión. El texto limita pues la elección de las partes a las leyes extranjeras sobre divorcio y separación judicial que sean compatibles con los valores comunes de la Unión Europea.

Artículo 4

A falta de elección por los cónyuges, la ley aplicable se determina según una escala de criterios de vinculación sucesivos en la cual la residencia habitual de los cónyuges figura en primer lugar. Esta norma uniforme garantizará la seguridad jurídica y la previsibilidad. Es probable que la introducción de normas armonizadas de conflicto de leyes reduzca considerablemente el riesgo de «carrera a los tribunales», puesto que cualquier órgano jurisdiccional de los Estados miembros participantes al que se acudiera aplicaría la misma ley designada sobre la base de normas comunes.

El hecho de que esta norma esté basada en primer lugar en la residencia habitual de los cónyuges y, en su defecto, en su última residencia habitual si uno de ellos reside aun allí, implicará, en la gran mayoría de los casos, la aplicación de la ley del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la demanda (aunque no siempre, en particular, cuando uno de los cónyuges regresa a su Estado de origen y acude en dicho Estado a un órgano jurisdiccional de acuerdo con las normas de competencia establecidas por el Reglamento (CE) n° 2201/2003). Los casos de aplicación de una ley extranjera serán, por lo tanto, limitados.

Artículo 5

Se trata de una norma destinada a evitar las discriminaciones. En algunas situaciones, en las que la ley aplicable no prevé el divorcio o no concede a uno de los esposos, por razones de pertenencia a uno u otro sexo, la igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, deberá aplicarse la ley del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la demanda.

Artículo 6

Permitir el reenvío comprometería el objetivo de seguridad jurídica. La designación de una ley en virtud de normas de conflicto de leyes uniformes significa, pues, la designación de las normas materiales de esta ley y no sus normas de Derecho internacional privado.

Artículo 7

El mecanismo de la excepción de orden público permite al órgano jurisdiccional excluir la aplicación de las disposiciones de la ley extranjera designada por la norma de conflicto de leyes cuando la aplicación en concreto de esa ley extranjera sea contraria al orden público del

órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda. El término «manifiestamente» significa que la excepción de orden público sólo debe aplicarse con carácter excepcional.

Artículo 8

Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales que tengan sus propias normas jurídicas sustantivas en materia de divorcio y separación judicial, el presente Reglamento deberá aplicarse también a los conflictos de leyes entre dichas unidades territoriales, de tal modo que se garanticen la seguridad jurídica, la previsibilidad y la aplicación uniforme de las normas de la Unión Europea a toda situación que implique un conflicto de leyes.

Artículo 9

Esta disposición organiza la transparencia para los ciudadanos de las normas aplicables a los contratos matrimoniales en los Estados miembros participantes. La Comisión pondrá a su disposición esta información en el sitio Web de la red judicial europea en materia civil y mercantil.

Artículo 10

Este artículo se refiere a la aplicación del instrumento en el tiempo.

Artículo 11

La finalidad de las disposiciones propuestas es establecer un justo equilibrio entre el respeto de las obligaciones internacionales de los Estados miembros participantes y el objetivo de la construcción de un auténtico espacio europeo de justicia. El apartado 1 permite a los Estados miembros participantes seguir aplicando las normas de conflicto de leyes incluidas en los convenios bilaterales o multilaterales de los que sean partes en el momento de la adopción del Reglamento. No obstante, la coexistencia de ambos regímenes paralelos, es decir, la aplicación por parte de algunos Estados miembros participantes de las normas de los convenios que hayan ratificado y la aplicación por parte de los demás Estados miembros participantes de las normas del Reglamento propuesto, sería contraria al buen funcionamiento del espacio europeo de justicia.

Artículos 12 y 13

Por lo que se refiere a los artículos sobre la revisión del instrumento, la entrada en vigor y la aplicación del mismo, se han retomado las disposiciones habituales.

Propuesta de

REGLAMENTO (UE) DEL CONSEJO

por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

El CONSEJO de la UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 81, apartado 3,

Vista la Decisión [...] del Consejo de [...] por la que autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁷,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Previa transmisión de la propuesta a los parlamentos nacionales,

Visto el dictamen del Parlamento Europeo⁸,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo⁹,

De conformidad con un procedimiento legislativo especial,

Considerando lo siguiente:

- (1) La Unión se ha marcado como objetivo mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia que garantice la libre circulación de las personas. Para el progresivo establecimiento de dicho espacio, la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en las materias civiles con repercusión transfronteriza.
- (2) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Consejo adopta las medidas relativas al derecho de familia con repercusión transfronteriza.
- (3) La Comisión adoptó, el 14 de marzo de 2005, un Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio. Este Libro Verde puso en marcha una amplia consulta pública sobre las posibles soluciones a los problemas que puedan surgir en la situación actual.

⁷ DO L [...] de [...], p. [...].

⁸ DO C [...] de [...], p. [...].

⁹ DO C [...] de [...], p. [...].

- (4) La Comisión propuso, el 17 de julio de 2006, un Reglamento por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial.
- (5) El Consejo, reunido en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio de 2008, concluyó que no había unanimidad sobre esta propuesta y que existían dificultades insuperables que hacían imposible, en ese momento y en un futuro próximo, toda unanimidad. Estableció que los objetivos de la propuesta no podían alcanzarse en un plazo razonable aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados.
- (6) Bulgaria, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Rumania y Eslovenia presentaron posteriormente a la Comisión una solicitud en la que indicaban su intención de instaurar entre ellos una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial y la invitaban a presentar una propuesta a tal efecto ante el Consejo. El 3 de marzo de 2010 Grecia retiró su solicitud.
- (7) El Consejo adoptó el [...] la Decisión [...] que autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.
- (8) Según el artículo 328, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las cooperaciones reforzadas estarán abiertas a todos los Estados miembros en el momento en que se establezcan, siempre y cuando se respeten las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización. También lo estarán en cualquier otro momento, siempre y cuando se respeten, además de las mencionadas condiciones, los actos ya adoptados en ese marco.
- (9) El presente Reglamento debería crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir una situación en la que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro de modo que el procedimiento esté sujeto a una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses.
- (10) Con el fin de delimitar correctamente el ámbito de aplicación territorial del presente Reglamento, conviene determinar los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada.
- (11) El presente Reglamento se aplicará independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional o tribunal ante el que se interponga la demanda.
- (12) Para que los cónyuges dispongan de la libertad de designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos o, a falta de elección, para que dicha ley se aplique a su divorcio o separación judicial, ésta debería aplicarse aunque no fuera la del Estado miembro participante. En caso de designación de la ley de otro Estado miembro, la red establecida por medio de la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil¹⁰ puede

¹⁰ DO L 174 de 27.6.2001, p. 25.

desempeñar un papel de información de los órganos jurisdiccionales sobre el contenido de la ley extranjera.

- (13) Aumentar la movilidad de los ciudadanos exige más flexibilidad y una mayor seguridad jurídica. Para contribuir a este objetivo, el presente Reglamento debería reforzar la autonomía de las partes en materia de divorcio y de separación judicial, dejándoles cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o a su separación judicial. Esta posibilidad no debería ampliarse a la nulidad matrimonial, que está estrechamente vinculada a las condiciones de validez del matrimonio, y en relación con la cual la autonomía de las partes resulta inapropiada.
- (14) Los cónyuges deberían poder elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial la del país con el que tengan una vinculación especial, o la ley del foro. La ley elegida debe ser conforme a los derechos fundamentales contemplados en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La posibilidad de elegir la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial no debería perjudicar el interés superior del niño.
- (15) Antes de designar la ley aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional y de la Unión Europea y los procesos de divorcio y separación judicial. Con el fin de garantizar el acceso a una información de calidad adecuada, la Comisión actualizará periódicamente los datos en el sistema de información al público a través de Internet, establecido mediante la Decisión 2001/470/CE del Consejo.
- (16) La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Cada cónyuge debería saber exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable. La posibilidad de elegir de común acuerdo la ley aplicable debería tener lugar sin perjuicio de los derechos y de la igualdad de oportunidades de ambos cónyuges. A este respecto, los jueces nacionales deberían ser conscientes de la importancia de una elección informada de ambos esposos por lo que respecta a las consecuencias jurídicas del convenio concluido sobre la elección de la ley.
- (17) Deberían introducirse algunas salvaguardias especiales para garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección. Como mínimo, el convenio respecto a la elección de la ley aplicable debería formularse por escrito y estar firmado y fechado por ambas partes. No obstante, si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tienen su residencia habitual contempla requisitos formales adicionales, deberán cumplirse. Por ejemplo, dichos requisitos formales adicionales pueden existir en un Estado miembro participante en el que el convenio se inserte en el contrato de matrimonio.
- (18) El convenio de designación de la ley aplicable debería poder concluirse y modificarse a más tardar en la fecha en la que se presente la demanda ante el órgano jurisdiccional o incluso durante el procedimiento, si así lo prevé la ley del foro. En tal caso, debería bastar con que dicha designación sea registrada por dicho órgano jurisdiccional de conformidad con la ley del foro.
- (19) A falta de elección de la ley aplicable, el presente Reglamento debería introducir unas normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en una escala de criterios de

vinculación fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate, para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad, y para impedir una situación en la que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro de modo que el procedimiento esté sujeto a una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses. Estos criterios de vinculación se han elegido de modo que el procedimiento de divorcio o separación judicial esté regulado por una ley con la que los cónyuges estén vinculados estrechamente, y están basados en primer lugar en la ley de la residencia habitual de los esposos.

- (20) En algunas situaciones debería aplicarse, no obstante, la ley del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda, cuando la ley aplicable no prevé el divorcio o cuando, por razones de pertenencia a uno u otro sexo, no concede a uno de los cónyuges la igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial.
- (21) Consideraciones de interés público deberían justificar que se confiriera a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes la posibilidad, en circunstancias excepcionales, de descartar la aplicación de la ley extranjera cuando ésta sea manifiestamente contraria al orden público del foro. No obstante, los órganos jurisdiccionales no deberían poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado miembro, cuando fuera en contra de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular de su artículo 21 que prohíbe toda forma de discriminación.
- (22) Dado que en varios Estados y Estados miembros participantes coexisten dos o más sistemas de derecho o conjuntos de normas relativas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento, convendría prever en qué medida las disposiciones del presente Reglamento se aplican en las distintas unidades territoriales de estos Estados y Estados miembros participantes.
- (23) Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, reforzar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad - y por lo tanto la facilitación de la libre circulación de personas en la Unión Europea - en los procesos matrimoniales de ámbito internacional, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros participantes de forma individual debido a la magnitud y a los efectos del presente Reglamento, dichos objetivos pueden lograrse mejor a nivel de la Unión Europea, llegado el caso, por medio de una cooperación reforzada entre los Estados miembros, de conformidad con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar estos objetivos.
- (24) El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios consagrados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular por su artículo 21, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Este Reglamento debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en cumplimiento de estos derechos y principios.

HA ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

Capítulo I - Ámbito de aplicación

Artículo 1

Ámbito de aplicación material

1. El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial.
2. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «Estado miembro participante», el Estado miembro que participe en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en virtud de la Decisión [...] del Consejo de [...] por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Artículo 2

Carácter universal

La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante.

Capítulo II - Normas uniformes sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

Artículo 3

Elección de la ley aplicable por las partes

1. Los cónyuges podrán elegir de común acuerdo la ley aplicable al proceso de divorcio y de separación judicial, siempre que dicha ley respete los derechos fundamentales definidos en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el principio de orden público, de entre las siguientes leyes:
 - a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento en que se celebre el convenio,
 - b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio,
 - c) la ley del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio,
 - d) la ley del foro.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, todo convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse o modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se presente la demanda ante el órgano jurisdiccional.

3. El convenio contemplado en el apartado 2 se formulará por escrito y estará fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio.

No obstante, si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento en que se celebra el convenio establece requisitos formales adicionales para dichos convenios, esos requisitos tendrán que ser cumplidos. Si los cónyuges residen habitualmente en distintos Estados miembros participantes y las legislaciones de ambos Estados miembros disponen requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones.

4. Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges podrán designar también la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. En tal caso, la designación será registrada por dicho órgano jurisdiccional de conformidad con la ley del foro.

Artículo 4

Ley aplicable a falta de elección por las partes

A falta de una elección según lo establecido en el artículo 3, el divorcio y la separación estarán sujetos a la ley del Estado:

- a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda o, en su defecto,
- b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el periodo de residencia no haya finalizado más de un año antes de la presentación de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la presentación de la demanda o, en su defecto,
- c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la presentación de la demanda o, en su defecto,
- d) de presentación de la demanda.

Artículo 5

Aplicación de la ley del foro

Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 3 y 4 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro.

Artículo 6

Exclusión del reenvío

Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un Estado, entenderá por ella las normas jurídicas en vigor en dicho Estado con exclusión de las normas de Derecho internacional privado.

Artículo 7
Orden público

Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

Artículo 8
Sistemas no unificados

1. Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de divorcio y separación, cada unidad territorial se considerará como un Estado a efectos de la determinación de la ley aplicable según el presente Reglamento.

2. Un Estado miembro participante en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de divorcio y separación no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales.

Capítulo III – Otras disposiciones

Artículo 9
Información facilitada por los Estados miembros participantes

1. A más tardar [*tres meses después de la fecha de aplicación del presente artículo*], los Estados miembros participantes comunicarán a la Comisión, en su caso, sus disposiciones nacionales relativas a:

- a) requisitos formales aplicables a los convenios sobre elección de la ley aplicable, y
- b) la posibilidad de designar la ley aplicable de conformidad con el artículo 3, apartado 4.

Los Estados miembros participantes comunicarán a la Comisión cualquier cambio que se produzca en relación con dichas disposiciones.

2. De conformidad con el apartado 1, la Comisión pondrá a disposición del público la información transmitida a través de los medios que considere adecuados, en particular mediante el sitio Web de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

Artículo 10
Disposiciones transitorias

1. El presente Reglamento se aplicará a las demandas que se hayan presentado tras la fecha de aplicación del mismo estipulada en el artículo 13 así como a los convenios mencionados en el artículo 3 que se hayan celebrado después de dicha fecha.

No obstante, también deberá darse efecto a todo convenio relativo a la elección de la ley aplicable que se haya celebrado de conformidad con la legislación nacional de un Estado miembro participante antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento, siempre y

cuando dicho convenio reúna las condiciones establecidas en el artículo 3, apartado 3, párrafo primero.

2. El presente Reglamento no afectará a los convenios relativos a la elección de la ley aplicable celebrados de conformidad con la legislación del Estado miembro participante del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentando una demanda antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento.

Artículo 11

Relación con los convenios internacionales existentes

1. El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o más Estados miembros participantes en el momento de la adopción del presente Reglamento y que se refieran a materias reguladas por él, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en virtud del artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el presente Reglamento prevalecerá, entre los Estados miembros participantes, sobre los convenios que se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento y de los que sean parte los Estados miembros participantes.

Artículo 12

Cláusula de revisión

A más tardar [*cinco años después de la entrada en vigor del presente Reglamento*], la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe relativo a la aplicación del presente Reglamento. En caso necesario el informe irá acompañado de propuestas de adaptación.

Capítulo IV – Disposiciones finales

Artículo 13

Entrada en vigor y fecha de aplicación

El presente Reglamento entrará en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Será aplicable a partir de [*doce meses después de la fecha de adopción del presente Reglamento*], con la excepción del artículo 9, que se aplicará a partir del [*seis meses después de la fecha de adopción del presente Reglamento*].

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de conformidad con los Tratados.

Hecho en Bruselas el

Por el Consejo
El Presidente