

Revista del Foro Canario

79

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS EN ESPAÑA Y EL DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL

MANUEL PÉREZ RODRÍGUEZ

PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE LA LAGUNA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

- I.1. La importancia del ámbito convencional.
- I.2. Calificación Jurídica de la obligación alimenticia y su eventual autonomía.
- I.3. La acción de orden público en materia de alimentos.
- I.4. Derecho Interno Español.

II. LA PROBLEMÁTICA GENERAL DE LAS CONVENCIONES

- II.1. El campo de aplicación de los Convenios de 1956 y 1973.
 - II.1.1. Ratione Materiae.
 - II.1.2. Ratione Personae.
 - II.1.3. Ratione Loci.

II.2. Diversas cuestiones de Calificación.

II.2.1. Las prestaciones Compensatorias.

II.2.2. El fundamento de la obligación alimenticia: Las Uniones Libres.

II.2.3. Las obligaciones alimenticias contractuales.

III. LA NORMA DE CONFLICTO DOMINANTE Y LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

III.1. Sistema de Conexiones.

III.2. El recurso a las Instituciones Públicas.

III.3. Las reglas del art. II.

IV. LOS CONFLICTOS DE CONVENCIONES

IV.1. Cuestiones Generales.

IV.2. Las Convenciones de 1956 y de 1973.

V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la compleja temática de las obligaciones alimenticias en Derecho Internacional Privado, el presente trabajo tiene como esencial objetivo, el análisis en España de la problemática de la determinación del Derecho aplicable, cuando en la relación alimenticia se halle conectado un elemento de extranjería. Y es que las condiciones de vida actuales hacen que se multipliquen cada vez más y más los supuestos en los que las personas afectadas por dichas relaciones habiten fuera de sus países de origen o que no vivan todas ellas en un mismo Estado o que posean diferentes nacionalidades. Factores tales como la proliferación de crisis matrimoniales que terminan en el divorcio o la separación judicial; la creciente liberalización de las legislaciones en materia de filiación, que como bien señala González Campos, es un resultado de la puesta en práctica del principio de igualdad de los hijos ante la Ley⁽¹⁾. Y el cada vez mayor trasvase poblacional fuera de las fronteras patrias, ya sea por motivos laborales o por el cada vez más creciente turismo internacional; hacen que abunden las situaciones de abandono de menores o de cónyuges desasistidos por el incumplimiento de la obligación jurídica de prestar alimentos e imponerse la realidad de un anormal funcionamiento de los cauces institucionales por los que el necesitado de asistencia la encuentra debidamente.

I.1. La importancia del ámbito convencional.

El marcado particularismo de los sistemas estatales en la reglamentación de las obligaciones alimenticias⁽²⁾ y el consiguiente desamparo en que puede encontrarse el acreedor de alimentos ante los consecuentes obstáculos con los que se puede encontrar para hacer valer sus derechos ante el deudor de los mismos, ya sea por las divergencias de las legislaciones internas sobre el plano del derecho sustancial o procesal, ya sea por las dificultades prácticas que se presentan a las personas indigentes para proseguir una acción en el extranjero, hacen que sea la reglamentación convencional el medio más eficaz de solución de dicha problemática. Una reglamentación convencional que conduzca sobre todo a la unificación de las reglas de conflicto de leyes así como a las reglas

(1) Vid. JULIO GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, en *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Vol. II, pág. 224. Oviedo 1984.

(2) GONZÁLEZ CAMPOS, *opus cit.*

relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias y actos públicos extranjeros, aparte del mutuo auxilio judicial en esta materia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las gestiones iniciadas por la Sociedad de Naciones fueron continuadas gracias a las iniciativas llevadas a cabo por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado de Roma, el Consejo Económico Social y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que dieron como resultado las siguientes Convenciones:

- 1.^a La Convención de las Naciones Unidas, Nueva York, de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero.
- 2.^a La Convención de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los hijos.
- 3.^a La Convención de La Haya de 15 de abril de 1958 relativa al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto de los hijos.
- 4.^a La Convención de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias.
- 5.^a La Convención de La Haya de 2 de octubre de 1973 concerniente al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones relativas a obligaciones alimenticias.

Nosotros, centraremos nuestro estudio en las dos Convenciones de La Haya relativas a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, puesto que la Convención de Nueva York, destinada a facilitar a los acreedores alimenticios la obtención de la pensión de alimentos no se pronuncia en ningún momento sobre la ley aplicable a la obligación alimenticia. Como tampoco lo hace con respecto al régimen de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en el materia ⁽³⁾.

Ambas Convenciones fueron firmadas y ratificadas por España, por lo que forman parte de nuestro derecho positivo. La primera, ratificada el 25 de mayo de 1974 ⁽⁴⁾, y la segunda el 4 de julio de 1986 ⁽⁵⁾.

(3) Vid. ELISA PÉREZ VERA, en *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Tecnos. Madrid 1980.

(4) B.O.E. núm. 108 de 6 de mayo de 1974. Aranzadi legislación 1974, núm. 972.

(5) B.O.E. núm. 222 de 16 de septiembre de 1986.

La Convención de 1956 está también en vigor en los siguientes Estados: República Federal Alemana, Austria, Bélgica, Francia, Italia, Japón, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía.

Mientras que la Convención de 1973 está vigente, además, en los siguientes Estados: Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía.

Antes de entrar en la cuestión de fondo del presente estudio, creemos necesario realizar un somero análisis de dos puntos fundametnales, como son:

a) La calificación jurídica de la obligación alimenticia y su eventual autonomía.

b) La acción de orden público en materia de alimentos.

Así como también prestaremos nuestra atención a la reglamentación de la deuda alimenticia en el derecho material español.

I.2. Calificación jurídica de la obligación alimenticia y su eventual autonomía.

En cuanto a la calificación jurídica, se afirma en la doctrina dominante que el deber de prestar alimentos constituye una típica obligación legal que tiene como fuente el derecho de familia. Aunque como bien señala Aguilar Navarro⁽⁶⁾ hay otras manifestaciones de la deuda alimenticia que se alejan del derecho familiar, como es el caso de la obligación alimenticia en relación con el derecho sucesorio o supuestos contractuales en los que el acuerdo de voluntades se concreta en una deuda de alimentos.

También se defiende una concepción autónoma de la obligación alimenticia⁽⁷⁾, basada en un derecho natural de alimentos. Concepción que queda reflejada en las Convenciones de La Haya como subsiguientemente observaremos. Admitiéndose que la interpretación de las Convenciones debe tener en cuenta el conjunto de sus elementos específicos y característicos.

I.3. La acción del orden público en materia de alimentos.

Si bien los primeros escauceos doctrinales, esencialmente la doctrina francesa (Bartin, Ripert...) propugnaron la presencia del orden público en el ámbi-

(6) Vid. *Derecho Civil Internacional*. Vol. II. Madrid 1975, págs. 448 ss.

(7) Vid. J. DEPREZ, en *Aliments*. Répertoire Dalloz, I. 85-92.

to de la obligación alimenticia, estimando que la ley aplicable sería siempre la ley del foro en base al orden público internacional, tal planteamiento ha sido abandonado en pro de buscar en el orden público internacional un factor de protección de los intereses del acreedor de alimentos. Como señala Aguilar Navarro⁽⁸⁾ cuando ahora se acude al orden público internacional, se hace en forma de un correctivo funcional que viene a defender unos criterios de justicia material que se estiman comunes a gran parte de la humanidad. De este modo, la ley extranjera normalmente competente debe ser descartada cuando no asegura al acreedor de los alimentos una protección suficiente de sus intereses. Entendiendo, en materia de obligación alimenticia, al orden público desde una perspectiva amplia, conllevaría el rechazo a la aplicación de la ley del foro siempre que el alimentista corra el peligro de ser tratado de forma peor que conforme a su ley nacional.

Desde una perspectiva estricta, debería ser aplicable la ley extranjera siempre que garantice un mínimo de prestaciones, aunque tenga efectos diferentes de los que produciría la ley del foro. Aunque como indica González Campos:

“...La tesis de conexión más favorable dista mucho, sin embargo, de hacerse realidad en los modernos ordenamientos por lo que, hoy por hoy, el orden público sigue cumpliendo una misión tradicional en este sentido”⁽⁹⁾.

I.4. Derecho Interno Español.

Hasta la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 faltaba una regulación específica sobre las obligaciones alimenticias. Y es por ello que con la referida reforma se introduce el vigente párrafo séptimo del art. 9 del Código Civil, comprensivo de una norma de conflicto y la correspondiente normativa en pro de solucionar eventuales conflictos móviles, por cambios en la concreción temporal de las conexiones retenidas⁽¹⁰⁾.

(8) *Opus cit.*

(9) *Opus cit.*, pág. 235.

(10) Sobre esta materia Vid. ELISA PÉREZ VERA, *opus cit.*, nota 3; en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*. Vol. Iº. Tecnos. Madrid 1977, págs. 473 ss. GONZÁLEZ CAMPOS, *opus cit.*, nota I. MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editorial Revista de Derecho Privado. Jaén 1978, págs. 185 ss. ANTONIO MARÍN LÓPEZ, en *Derecho Internacional Privado Español*. Parte Especial. Vol. II. Granada 1987, págs. 220 ss. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, en *Las obligaciones alimenticias en el Derecho Internacional Privado Español*. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. XXXVII 1985, págs. 67-108. JOSÉ LUIS IGLESIAS BUIGUEZ, en *Le nouveau système de règles de Conflict du Droit International Privé Espagnol*. (Revue Critique de Droit International Privé). Tomo LXVI. París 1976.

Art. 9,7:

“El derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclama cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación. En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio”.

Tenemos pues, en el párrafo primero de este apartado séptimo, una norma de conflicto compleja con tres conexiones alternativas, de aplicación subsidiaria. Puntos de conexión que, como veremos más adelante, son los mismos que los recogidos en los artículos 4, 5 y 6 del Convenio de La Haya de 1973, aunque se invierte la jerarquía de los dos primeros: la ley nacional común y la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos. Tal alteración en el orden jerárquico de las conexiones entre la norma de conflicto española y la convencional, traerá consecuencias muy distintas. Ya que, si bien los Convenios de La Haya tienen como conexión principal la residencia habitual del acreedor, en cambio, la normativa española optó por consagrar como conexión principal, la competencia de la ley nacional común. Quizás porque coincidiera en gran manera y la problemática de los años setenta se centraba al respecto en la gran masa de emigrantes españoles en el extranjero. Pero hay que tener en cuenta, como lo señala Elisa Pérez Vera⁽¹¹⁾, que la disparidad de nacionalidades suele ser la regla general en los supuestos en que nuestra condición de país receptor de turismo nos sitúa en la posición del deudor alimenticio.

Por ello, hubiese sido preferible la tónica mantenida en el derecho convencional de enarbolar como conexión primaria la ley de la residencia habitual, que comporta muchas más ventajas que la nacionalidad en el sentido de que las mismas autoridades del país de la residencia habitual del alimentista son las mejor calificadas para establecer, a la luz de las condiciones económicas y sociales existentes, las normas adecuadas que determinen el alcance, la cuantía y la responsabilidad en la prestación de la obligación alimenticia. Además de que se evita que el alimentante pueda sustraerse a sus obligaciones al establecerse en un país en el que éstas sean o ya desconocidas o ya restringidas.

(11) *Opus cit.*, nota anterior.

Por otro lado hay que resaltar que se ha optado por una regulación amplia de la deuda alimenticia (derecho a la prestación de alimentos entre parientes) con lo que el referido art. 9,7 está en consonancia con la tónica mantenida al respecto con los Convenios de La Haya de 1973. La importancia del problema y la amplitud de su regulación, como lo señala Aguilar Navarro Benítez de Lugo ⁽¹²⁾ ha conducido a una reglamentación autónoma de la deuda alimenticia, haciéndola objeto de un tratamiento separado, independiente de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y de las relaciones paternofiliales, lo que permite fácilmente obviar el conflicto de calificaciones.

Ahora bien, como indica González Campos ⁽¹³⁾, es casi prácticamente nula la aplicación del art. 9,7º del Código Civil por nuestros Tribunales. Ya que por un lado, la realidad demuestra que son nuestros nacionales los principales deudores alimenticios y por lo tanto, escapan de la óptica del derecho aplicable, pasando pues al uso de las vías, o bien de la demanda suscitada en España por el Ministerio Fiscal sobre la base del derecho convencional o bien encontrarnos con la presencia de una sentencia extranjera que conceda alimentos a un hijo que tampoco tendría especiales inconvenientes para ser reconocida y ejecutada en nuestro país sobre la base del procedimiento especial recogido en el derecho convencional vigente.

Y además, hay que tener en cuenta que aparte de los supuestos en los que el art. 9,7º sólo posee un carácter supletorio de los Convenios vigentes en nuestro país, a tal carácter residual se unen las circunstancias en las que la perfilada autonomía quiebra y que ocurre, cuando la prestación de alimentos es una consecuencia del divorcio o de una separación. En la que entra en juego pues, la aplicación del art. 107 del Código Civil ⁽¹⁴⁾, ya que, como ha señalado González Campos ⁽¹⁵⁾, la sentencia que declara la separación o el divorcio modifica tan sensiblemente la situación jurídica de los cónyuges, lo que explica una solución especial. Solución, además, acogida en el art. 8 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la deuda alimenticia, vigente en nuestro país y que analizaremos posteriormente.

(12) *Opus cit.*, nota 10.

(13) *Opus cit.*, pág. 231.

(14) Art. 107 CC: *La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.*

(15) *Vid. opus cit.*

Tampoco será aplicable el art. 9,7º del Código Civil cuando la deuda alimenticia sea consecuencia de la tutela o de un legado, cuyas conexiones pertinentes son las incluidas en los arts. 9,6 y 9,8 del Código Civil respectivamente.

También queda relegado el art. 9,7 del Código Civil, cuando la obligación alimenticia tiene una base contractual y que por lo tanto es aplicable el art. 10,5 del Código Civil.

Por lo tanto, en la práctica, el art. 9,7 del Código Civil va a operar solamente cuando se trate de relaciones entre cónyuges y paternofiliales y siempre con un *carácter residual* para los supuestos en los cuales no sean de aplicación los Convenios de La Haya, vigentes en nuestro Estado.

Además, queda patente también la ineficacia de las conexiones del art. 9,7º cuando el acreedor alimenticio posee la nacionalidad extranjera. Situaciones bastante frecuentes en la práctica, pues se demuestra que son españoles los principales deudores alimenticios, con lo cual los problemas suscitados no se resuelven a través de la óptica del Derecho aplicable, sino a través de una demanda suscitada en España por el Ministerio Fiscal sobre la base de la Convención de Nueva York de 1956; o, en caso de encontrarnos ante la presencia de una sentencia extranjera que conceda alimentos a un hijo, no tendrá especiales inconvenientes para ser reconocida y ejecutada sobre la base del procedimiento especial recogido en el derecho convencional de La Haya, vigente en España.

Por último, tenemos que destacar la especial atención que el legislador ha tomado con la problemática de los conflictos móviles en relación con la deuda alimenticia. Como se recoge en el apartado 2º del art. 9,7º del Código Civil:

“...En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio”.

Aunque en este punto es necesario resaltar las matizaciones que al respecto realiza Elisa Pérez Vera ⁽¹⁶⁾. Por un lado, la justificación de la radical mutabilidad de la ley aplicable cuando afecta a la nacionalidad común sólo tiene auténtico sentido cuando es precedida o acompañada de un desplazamiento de la residencia habitual; pero por otro lado, no todo cambio de la residencia habitual; pero por otro lado, no todo cambio de la residencia habitual del alimentista va a suponer un cambio de la ley aplicable.

(16) *Opus cit.*

Internacional Privado revisten una importancia particular y como bien señala François Herzfelder ⁽¹⁸⁾ constituyen el objetivo esencial tanto de la jurisprudencia como de la doctrina. Y en este punto, en lo que concierne al término “hijo no legítimo”, es necesario recordar que, a diferencia de la Convención de 1956, la Convención de 1973 no se limita a las obligaciones alimenticias de ascendientes con respecto a los hijos, es decir, con respecto a los descendientes no casados y que no han alcanzado la edad de veintiún años, sino que en cambio, el término “hijo no legítimo” utilizado en el art. I de la Convención de 1973 comprende pues *cualquier persona* de origen no legítimo.

Se ha cuestionado si ambas Convenciones pueden ser aplicadas a las obligaciones alimenticias relativas a niños acogidos o amparados. La mayor parte de la doctrina se ha pronunciado por una respuesta afirmativa ⁽¹⁹⁾.

En cambio, ambas Convenciones no son aplicables a las obligaciones alimenticias que no se derivan de relaciones de familia, sino que son consecuencias exclusivas de situaciones de orden sucesorio, delictual o contractual. En síntesis, las referidas Convenciones no son aplicables cuando la situación no presenta elementos de extranjería y el campo de aplicación *ratione materiae* de las mismas, está limitado exclusivamente a las obligaciones alimenticias ⁽²⁰⁾.

En cambio, es controvertida la cuestión de saber si esta regla exige o excluye la aplicación de la Convención a las cuestiones previas concernientes a la existencia de relaciones de familia que constituyen la base de las obligaciones alimenticias.

También hay que señalar que en el capítulo de las reservas, los Estados contratantes pueden excluir de la aplicación del Convenio las obligaciones alimenticias entre ciertas categorías de personas.

Y así, el Convenio de 1956 recoge en su artículo II la posible exclusión de los hijos adoptivos:

(18) Vid. *Les obligations Alimentaires en Droit International Privé Conventionnel*. París 1985.

(19) Vid. BISCHOFF, en *Les Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*. Clunet 1964.

(20) Art. 5º, 2 de la Convención de 1956: *No regula más que los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias. Las decisiones dictadas en aplicación de la presente Convención no podrán prejuzgar cuestiones de filiación y relaciones familiares entre el deudor y el acreedor.*

Art. 2º 1: *El Convenio sólo regula los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias.*

“Cada Estado Contratante, que firme o ratifique la presente Convención o se adhiera, puede reservarse no aplicarla a los hijos adoptivos”.

Mientras que la Convención de 1973, recoge expresamente las reservas contenidas en los arts. 13 y 14:

Art. 13: “De conformidad con el artículo 24, todo Estado contratante podrá reservarse el derecho de aplicar el Convenio sólo a las obligaciones alimenticias:

1. Entre esposos y ex-esposos.
2. Respecto de una persona menor de veintiún años que no haya estado casada”.

Art. 14: “De conformidad con el artículo 14, todo Estado contratante podrá reservarse el derecho de no aplicar el Convenio a las obligaciones alimenticias:

1. Entre colaterales.
2. Entre parientes por afinidad.
3. Entre esposos divorciados, separados, o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o anulado, cuando la decisión de divorcio, separación, nulidad o anulación del matrimonio haya sido dictada en rebeldía en un Estado en que la parte rebelde no tenía su residencia habitual”.

Tanto Suiza como Turquía han hecho la reserva de no aplicar el Convenio a las obligaciones alimenticias entre colaterales o afines.

II.1.3. *Ratione loci*.

Por razón del lugar o la aplicación geográfica de las Convenciones, mientras el Convenio de 1956 recoge expresamente en su art. 6º que:

“La Convención no se aplica más que en el caso de que la ley designada por el artículo primero sea la de uno de los Estados contratantes”,

en cambio, la Convención de 1973 es *universalista*, ya que como se recoge en su artículo tercero:

“La ley designada por el Convenio se aplica con independencia de cualquier condición de reciprocidad, incluso si se trata de la ley de un Estado no contratante”.

II.2. Diversas cuestiones de Calificación.

En cuanto a las cuestiones de calificación relativas a la Convención de 1956, tenemos que afirmar que han sido objeto de numerosos análisis por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en Derecho Comparado⁽²¹⁾.

Con la entrada en vigor de la Convención de 1973, con el objeto de establecer las normas de conflicto que permiten la determinación de la ley aplicable

“a las obligaciones alimenticias que se derivan de las relaciones de familia” (art. 1º)

surge una nueva categoría de conexión, mucho más amplia que la de la Convención de 1956:

“La de obligaciones alimenticias respecto de los hijos”.

Conforme al método tradicional aplicado en Derecho Internacional Privado, hay que examinar los criterios que permiten determinar el contenido del término “obligaciones alimenticias” que se derivan de las relaciones de familia para posteriormente analizar el campo de aplicación de la ley declarada aplicable a esta categoría. Ambas cuestiones están vinculadas de tal suerte que no siempre es posible lograr la adecuada delimitación según los criterios puramente lógicos. La obligación alimenticia es aquella por la cual una persona está obligada a suministrar una serie de prestaciones alimenticias a otra. Y como señala Herzfelder⁽²²⁾ el término alimenticio debe ser interpretado en un sentido *amplio*, entendiendo por ello, todas las categorías de prestaciones de las que una persona tiene necesidad de subsistir, sea cual sea su denominación o su clasificación conceptual en los diferentes sistemas jurídicos. Todas las obligaciones que tienen por objeto una de estas prestaciones son, pues, obligaciones alimentarias en el sentido de las Convenciones de La Haya que estamos analizando. En la gran mayoría de los casos, la obligación alimenticia tiene por objeto una *pensión alimenticia*, es decir, prestaciones periódicas.

(21) Vid. SIEHR, en *Ausländische Unterhaltsentscheidungen und ihre Abänderungen im Inland wegen veränderter Verhältniss*. Festschrift Bosch 1976.

(22) *Opus cit.*

Pero como afirma Sigaudy ⁽²³⁾, la periodicidad no es un criterio de obligación alimenticia. En derecho interno, se distingue en Italia, el “mantenimiento”, “el assegno” y los “alimenti”. En Estados Unidos de América: el “support”, “maintenance” y el “alimony”. Pero sin duda alguna, cada una de las tres categorías de prestaciones alimentarias y las obligaciones que tienen por objeto caen dentro del sentido que encierran las Convenciones de La Haya con respecto a la obligación alimenticia. En Francia también existe distinción en dos categorías de prestaciones pero ambas son consideradas también como obligaciones alimenticias en el sentido de las dos Convenciones de La Haya. Se trata de la obligación de los esposos de sostener y de educar a sus hijos (art. 203 del Código Civil Francés) y por otro lado, la obligación alimenticia recíproca entre ascendientes y descendientes (arts. 205, 207 y 211 del Código Civil Francés).

La obligación alimenticia de los padres con respecto a los hijos, comprende los gastos relativos a la formación escolar y profesional. Al contrario, la mayoría de las legislaciones no imponen a los padres la obligación de dotar y establecer a sus hijos. De todas formas, se estima en general, que las cuestiones relativas al establecimiento de los hijos no pertenecen al dominio de las obligaciones alimenticias.

En nuestro derecho interno, tenemos una concepción amplia y aglutinadora de alimentos, como se desprende del art. 142 del Código Civil:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Distinguiéndose en el art. 143 de nuestro Código Civil, por un lado, la obligación alimenticia entre cónyuges, y por otro, la relativa entre ascendientes y descendientes:

“Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

(23) Vid. *Les conventios relatives á une obligation alimentaire*. París 1968.

1º Los cónyuges.

2º Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.

Rige el principio de proporcionalidad de la cuantía con el caudal o medios de quien está obligado a satisfacer la obligación alimenticia ⁽²⁴⁾.

Pudiendo el deudor satisfacer la obligación a su propia elección en las modalidades contempladas en el art. 149 del Código Civil:

“El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

Como bien indica Herzfelder ⁽²⁵⁾ cuando se trata de obligaciones alimenticias entre esposos, es necesario distinguir entre las obligaciones que pueden incumbir a cada uno de ellos durante la vida conyugal común, de las que nacen después del cese de la vida en común y especialmente en los casos de divorcio o de separación de cuerpos. Categoría ésta, la de obligaciones alimenticias entre esposos, la más importante en el sentido de que la mayor parte de los litigios se producen a causa de la desunión del matrimonio.

Los principios esenciales según los cuales esta materia está regulada por el derecho interno de un gran número de legislaciones modernas son ampliamente coincidentes. Durante la vida en común, cada uno de los esposos está obligado en relación con el otro a contribuir convenientemente a las cargas del matrimonio, es decir, al mantenimiento de la familia nuclear. Las cargas del matrimonio comprenden en principio, todo lo que es necesario, no sólo para la subsistencia de los esposos sino también la subsistencia de los hijos en la medida en que están a cargo de los padres.

En caso del cese de la vida conyugal común, y especialmente cuando surge el divorcio o la separación de los cuerpos, la situación cambia. La obligación

(24) Art. 145, I: *Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcionada a su caudal respectivo.*
Art. 146: *La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.*

(25) *Opus cit.*

mutua de los esposos, de contribuir a las cargas del matrimonio, desaparece en general, desde el cese de la vida en común de los esposos y es necesario distinguir, pues, tres categorías de relaciones jurídicas:

- 1.^a— Las obligaciones de uno de los esposos con relación al otro y que toman generalmente la forma de pensión alimenticia.
- 2.^a— Las obligaciones alimenticias de cada esposo en relación a los hijos.
- 3.^a— Las relaciones jurídicas existentes entre los dos esposos en lo que concierne a las prestaciones alimenticias a suministrar por cada esposo a cada uno de los hijos.

En los Estados donde la Convención de 1973 está en vigor, la ley aplicable entre los esposos está determinada durante la duración del matrimonio por los artículos 4 a 6 de la Convención, que analizaremos subsiguientemente.

Durante el período a partir del divorcio o de la separación de cuerpos, rigen las reglas del artículo 8 del referido Convenio.

Mientras que las obligaciones de los padres en relación con los hijos, son siempre regidas por las normas contenidas en los arts. 4 a 6 que posteriormente analizaremos.

En derecho común, la opinión dominante rechaza la competencia de la ley del régimen matrimonial para la obligación de los esposos de contribuir a las cargas del matrimonio. Pero se puede contestar que relaciones más o menos estrechas pueden existir entre el régimen matrimonial y las obligaciones alimenticias que durante el matrimonio incumben a los esposos entre ellos y en relación con los hijos, sobre todo cuando el derecho interno de las obligaciones alimenticias comprende reglas que remiten al régimen matrimonial. (Tenemos por ejemplo el art. 214 del Código Civil francés y los arts. 1.604 y 1.583 B.G.B. en el derecho federal alemán) o, inversamente, el derecho de los regímenes matrimoniales remite a las reglas sobre las obligaciones alimenticias de los esposos (Arts. 1.409, 1.448, 1.449 y 1.537 del Código Civil francés y para el derecho federal alemán el art. 1.420 B.G.B.).

Si la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, según las reglas del derecho convencional no es la misma que la ley aplicable al régimen matrimonial según las reglas de conflicto del Derecho común del Estado Contratante, puede plantear problemas particulares que han sido señalados sobre todo por la

doctrina alemana⁽²⁶⁾. En efecto, dicha escisión puede ser incompatible con la interdependencia que existe entre las dos instituciones en el derecho interno de los dos sistemas jurídicos en conflicto y puede, pues, provocar conflictos de normas positivas o negativas. Como señala Herzfelder⁽²⁷⁾ para evitar resultados inaceptables podrá tenerse en cuenta el principio del respeto de los conjuntos legislativos y podrá pues ser necesario el recurrir al método de la adaptación o eventualmente y en último término, a la excepción de Orden Público.

Problemas análogos se producen cuando la ley, rechazando los efectos del matrimonio no es idéntica a la ley que es aplicable a las obligaciones alimenticias entre esposos, según la Convención de 1973.

II.2.1. *Las prestaciones compensatorias.*

Existe controversia sobre la calificación de las prestaciones compensatorias previstas por ciertas legislaciones modernas en caso de divorcio o de separación de cuerpos. Nadie duda que se trata de obligaciones derivadas de una relación de familia, pero se pregunta si por razón de su objeto o de su finalidad, estas obligaciones pueden ser consideradas como alimenticias.

Haciendo un somero análisis de Derecho Comparado, vemos que el Código Civil francés les ha consagrado a las prestaciones compensatorias las disposiciones de los arts. 270 a 280. El art. 270 las define como prestaciones destinadas a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio ha creado en las condiciones de vida respectivas. En derecho francés interno el carácter de estas prestaciones es discutido⁽²⁸⁾.

En el plano del Derecho Internacional Privado, el problema de la calificación de las prestaciones compensatorias del derecho francés parece no haber encontrado todavía la solución definitiva⁽²⁹⁾. Ya que se estima que no son ni alimenticias ni tampoco son indemnizatorias, considerándolas que revisten en derecho interno un carácter propio y las unen a la ley del divorcio como efectos del mismo. En contra de esta orientación, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas les reconocía un claro carácter alimenticio en el sentido de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968⁽³⁰⁾.

(26) Vid. RAAPE, en *Internationales Privatrecht*. 6ª edicc. T. I. 1977.

(27) *Opus cit.*

(28) Vid. GROSLIERE, en *La réforme du divorce*. 1976, págs. 143 ss. MASSIP, en *La réforme du divorce*. 1976, pág. 213.

(29) Vid. GOUDENET-FALLÓN, en *J.C.L. de Derecho Intrenacional*. Fascículo 547, Nos. 118 y 119.

(30) Vid. Asunto de Cavel, *Rev. Critique de Derecho I.P.* 1980, 618.

El Alemania Federal, el principio de las prestaciones compensatorias entre esposos divorciados ha sido introducido por la ley sobre la reforma del matrimonio, de 14 de julio de 1976, en vigor desde el 1 de julio de 1977, bajo la forma de “Versorgungsansgleich”. Se trata de un reparto de los derechos de jubilación o más exactamente, de derechos futuros o eventuales, adquiridos durante el matrimonio sobre una pensión de vejez, incapacidad en el trabajo o de invalidez ⁽³¹⁾.

Los problemas relativos a la ley aplicable a esta institución, han sido objeto en Alemania Federal, de una discusión extremadamente controvertida. Declarándose en principio que la “Versorgungsansgleich” es una institución de carácter propio. Pero en razón a su naturaleza jurídica presenta una afinidad con las obligaciones alimenticias postmatrimoniales, debe pues, ser sometida a la ley de los efectos del divorcio.

Se tiene la impresión que el principio de prestaciones compensatorias en caso de divorcio, en el sentido dado en la definición del art. 270 del código civil francés, es adoptado cada vez más por los sistemas de derecho siguientes:

A) En U.S.A y en el R.U. de Gran Bretaña, los Tribunales mantienen una fuerte tendencia a proceder en caso de divorcio a una partición equitativa de los bienes de los esposos, independiente de su régimen matrimonial, desarrollando también un sistema de partición de prestaciones de retiro y de pensiones que se aproxima notablemente al “Versorgungsansgleich” alemán.

B) En Canadá, el “Canadian Pensions Act” ha sido completado por una ley previsor con efectos a partir del 1 de enero de 1978 en caso de divorcio o de anulación de matrimonio, bajo ciertas condiciones, la partición de los derechos relativos a las rentas de vejez (previstas por la Seguridad Social Canadiense). El “British Columbia Family Relations Act” (aplicable a la provincia de Columbia Británica) prevé en caso de divorcio o de anulación de matrimonio, la partición de la totalidad de los bienes adquiridos por los dos esposos durante el matrimonio, comprendiendo las rentas de vejez de carácter privado.

C) En nuestro Estado, a partir de la ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en vigor desde el 10 de agosto de 1981 ⁽³²⁾, en el art. 10º de las Disposiciones Adicionales, se recoge que el cónyuge divorciado tiene derecho

(31) Vid. MAJOROS, en *Mariage et famille en question. L'évolution contemporaine du droit allemand*. 1980.

(32) BOE. núm. 172 de 20 de julio de 1981.

cho a todas prestaciones de la Seguridad Social que ha venido beneficiándose por su matrimonio con su excónyuge. Este derecho comprende por una parte las prestaciones médicas y farmacéuticas, pero por otra parte, las pensiones de viudedad en una medida proporcional al tiempo vivido con el cónyuge divorciado ⁽³³⁾.

Pero además, es importante señalar la normativa en el art. 97 de nuestro Código Civil ⁽³⁴⁾ relativo al desequilibrio económico que puede producirse en el cónyuge que sufre por el hecho de la separación o del divorcio, a causa de la posición del otro, implicando por ello, una situación peor que la que tenía durante el matrimonio, por lo cual tiene *derecho a una pensión* que es fijada por decisión judicial y que puede ser reemplazada por otro modo de regulación.

En todos estos supuestos expuestos, como afirma Herzfelder ⁽³⁵⁾ no se trata de obligaciones alimenticias, porque las prestaciones compensatorias no pueden ser asimiladas a las obligaciones alimenticias, aunque se trate de dos instituciones que presentan una afinidad funcional evidente y que en derecho interno están a menudo ligadas por lazos más o menos estrechos.

Se trata de una materia muy compleja en el plano del Derecho Internacional Privado al exigir un régimen de cierta flexibilidad y admitir la aplicación del método de adaptación. Es por esta razón por lo que no es aplicable a las prestaciones compensatorias la Convención de 1973. Y como reitera Herzfelder, en lo que concierne al principio consagrado por la regla del art. 8 de dicha Convención:

“No obstante lo dispuesto en los artículos 4º y 6º, la ley aplicable al divorcio regirá las obligaciones alimenticias entre esposos di-

(33) Vid. DUBLER, en *Le nouvelle Legislation espagnole en matière de divorce*. Rev. Int. de Derecho Comparado. 1982, pág. 1.185.

(34) *El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:*

1.ª Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.

2.ª La edad y estado de salud.

3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.

5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.ª El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijará las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

(35) *Opus cit.*

vorciados y la revisión de las decisiones relativas a esta obligaciones, en el Estado contratante en que el divorcio haya sido declarado o reconocido.

El párrafo precedente se aplicará también a los supuestos de separación de cuerpos, nulidad o anulación de matrimonio”.

Es por lo tanto más justificado aplicarlo por analogía a las prestaciones compensatorias, que corresponde perfectamente al principio adoptado en esta materia por el derecho común. Será, pues, oportuno aplicar esta regla a las prestaciones compensatorias, bajo la reserva de las moderaciones que se necesiten aportar para con ello evitar resultados inaceptables.

II.2.2. *El fundamento de la obligación alimentaria: Las Uniones Libres.*

Las Convenciones de 1973 y de 1956, no se aplican sino a las obligaciones alimentarias relativas a una relación de familia.

Ciertas cuestiones particulares pueden plantearse cuando dicha relación es un matrimonio. Las cuestiones de validez de un matrimonio en cuanto a las condiciones de fondo y de forma son cuestiones previas que se apreciarán según las reglas de conflicto del foro. Y por lo tanto, en este punto habrá que acudir a la Convención de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de matrimonios.

Pero se pueden plantear otras cuestiones relativas al matrimonio en esta materia. Y una de ellas surge cuando se trata de unas uniones puramente convencionales entre personas de sexo diferente: *Uniones libres*. Término que parece hoy preferible al de concubinato y que sustituye cada vez más al matrimonio institucional.

En lo que concierne al derecho interno, en muchos países anglosajones, la unión libre está asimilada al matrimonio bajo ciertas condiciones, comprendiendo en general y sobre todo la no existencia de impedimentos de matrimonio y el poder del consentimiento tácito al matrimonio (por parte de los dos compañeros de la unión libre), o la existencia de hechos que justifiquen la presunción de este consentimiento y la notoriedad así como la continuidad de la cohabitación. También en ciertas repúblicas de Yugoslavia, la unión libre está asimilada al matrimonio, bajo ciertas condiciones ⁽³⁶⁾.

(36) Vid. LANDWEHR, en *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Göttingen, 1978.

Por otro lado, existe también un cierto número de países donde los efectos patrimoniales se pueden atribuir a la unión libre (sin ser asimilada al matrimonio), bajo ciertas condiciones por el derecho interno. Ya sea durante la vida en común o después de la ruptura.

Tales obligaciones alimenticias están previstas:

a) En las leyes de ciertas repúblicas de Yugoslavia, África, y Extremo Oriente, Ontario y Columbia Británica (Canadá), los Países Bajos y los Países Escandinavos.

b) Reconocidas por la Jurisprudencia y la doctrina de Alemania Federal, Austria, Países Bajos, Inglaterra y Escocia.

Es evidente que la calificación de la unión libre es decisiva para la cuestión de saber si la Convención de 1973 es aplicable. Cuando una demanda de alimentos presentada por uno de los compañeros de tal unión, contra la otra parte, no se trata de una obligación alimenticia dependiente del parentesco o de un matrimonio. En este caso, pues, la Convención de 1973 no es aplicable salvo que la unión sea calificada de matrimonio en el sentido del art. 1º de la Convención. Ahora bien, nos parece que esta calificación no sería conforme ni a las concepciones que determinan la categoría de matrimonio en la gran mayoría de los Estados.

La Convención de 1973 no es competente en los casos de demanda de obligaciones alimenticias de un compañero de una unión libre contra el otro. Aun cuando, como bien señala Herzfelder ⁽³⁷⁾ según las reglas del derecho interno aplicable, en virtud de los arts. 4 a 6 de la Convención, la unión libre en cuestión, esté asimilada a un matrimonio institucional o que sea considerada como un soporte suficiente para la existencia de obligaciones alimenticias entre compañeros de tal unión.

Cuestión diferente es la del *matrimonio inexistente*, que no debe ser confundido con la unión libre, ya que en el caso de matrimonio inexistente, las dos partes *tienen la voluntad* de contraer un matrimonio institucional y que es lo que justamente no es el caso, cuando se trata de una unión libre.

En Derecho Internacional Privado, las obligaciones alimenticias entre esposos durante el matrimonio, están sometidas en general a la ley que rige los efectos del matrimonio. Y la cuestión de la ley aplicable a los efectos del ma-

(37) *Opus cit.*

rimonio nulo, del matrimonio anulado o del matrimonio inexistente es controvertida, pero es generalmente admitido que la misma ley debe ser competente para las tres situaciones ⁽³⁸⁾.

Por lo tanto, las reglas del art. 8 de la Convención de 1973, son aplicables a las obligaciones alimenticias entre esposos resultantes de la nulidad o de la anulación del matrimonio. Pero ciertas legislaciones conocen también el matrimonio inexistente como es el caso de la “Nicht Ehe” del derecho alemán y del “Void marriage” del derecho inglés. Para los que tales reglas del referido artículo también son aplicables a estas situaciones.

II.2.3. *Las obligaciones alimenticias contractuales.*

La cuestión de la aplicabilidad de las Convenciones a las obligaciones alimenticias contractuales es un tema importante y también bastante controvertido. Importante porque cada vez más y más existen obligaciones alimenticias regladas por contratos. Y en este punto conviene recordar que en el derecho interno la mayor parte de las legislaciones modernas admiten la regulación contractual de las obligaciones alimenticias y hasta formalmente permiten dicha regulación para ciertas categorías de relaciones alimenticias. Tal es el caso de los arts. 230, 232 y 293 del Código Civil Francés; los arts. 1.585, 1.612 del B.G.B. alemán; los arts. 288 y 328 del Código Civil Suizo. Y en el derecho inglés, el padre ilegítimo puede obligarse por un “agreement” a contribuir al mantenimiento del hijo. En lo que las organizaciones sociales de dicho país dedicadas a la ayuda de los hijos naturales estimulan fuertemente esta solución convencional por razón de los inconvenientes que puede presentar en Inglaterra el procedimiento judicial en esta materia.

Bien es verdad que en la Convención de 1973, su aplicación no está prescrita sino para los supuestos de obligaciones alimenticias:

- a) Cuando de trata de una obligación alimenticia “ex lege”, consagrada por la ley y no cuando es una obligación alimenticia que tiene por objeto un acto jurídico.
- b) Cuando la existencia de una relación de familia entre el acreedor y el deudor, constituye el elemento esencial del fundamento de la obligación alimenticia.

(38) Vid. BISCHOFF, en *Les Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*. Clunet, 1964 y en FADHALLAH, en *La famille légitime en Droit International Privé*. 1977.

Por lo tanto, la aplicación de ambas Convenciones a las obligaciones alimenticias con objeto de una regulación contractual no está ordenada ni defendida. Pertenece, pues, a cada Estado contratante, el decidir en qué medida esta categoría de obligaciones alimenticias debe ser sometida a la competencia de la Convención.

La doctrina en este punto es controvertida y la opinión que parece ser la predominante es la de que la competencia de la ley desarrollada por la autonomía de la voluntad debe ser excluida, sobre todo, porque dos elementos inherentes a este sistema de relaciones, son considerados incompatibles con la naturaleza de las obligaciones alimenticias: Por un lado el peligro de *inseguridad*; por otro, la posibilidad que pueden tener las partes de *suplantar* la misma aplicación de las reglas imperativas de la ley designada por las normas de Derecho Internacional Privado.

III. LA NORMA DE CONFLICTO DOMINANTE Y LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

III.1. Sistema de Conexiones.

Así como el Convenio de 1956 contempla como conexión principal, en su art. 1º, *la residencia habitual del hijo*, aplicando de forma excepcional y subsidiaria la ley interna del Estado contratante cuando la demanda sea interpuesta ante autoridad del referido Estado y posean tanto el deudor como el acreedor, la nacionalidad de dicho Estado, el deudor tenga su residencia habitual en dicho Estado.

En cambio, la Convención de 1973 recoge tres conexiones con carácter alternativo. Una conexión principal y dos subsidiarias. Completándose el sistema con tres reglas especiales, recogidas en los arts. 7, 8 y 9 del Convenio.

La conexión principal es la *residencia habitual del acreedor de alimentos*, la cual determina la ley aplicable a la obligación alimenticia.

Adoptándose, al igual que en el Convenio de 1956, el principio de la variabilidad del estatuto alimenticio, al permitirse que en caso de cambio de la residencia habitual del acreedor, la ley interna de la nueva residencia habitual, se aplica a partir del momento en que el cambio se ha producido.

Art. 4: “La ley interna de la residencia del acreedor de alimentos regirá las obligaciones alimenticias a que se refiere el artículo 1º.

En el caso de que cambiara la residencia habitual del acreedor, será aplicable la ley interna de la nueva residencia habitual, a partir del momento en que se produzca el cambio”.

Las conexiones subsidiarias son las recogidas en los arts. 5 y 6 del Convenio.

Art. 5: “La ley nacional común se aplicará cuando el acreedor no pueda obtener alimentos del deudor, en virtud de la ley designada en el artículo 4º”.

Art. 6: “La ley interna de la autoridad que conozca de la reclamación se aplicará cuando el acreedor no pueda obtener alimentos del deudor, en virtud de las leyes designadas en los artículos 4º y 5º”.

La ley nacional común queda invalidada en el caso en que cada una de las partes posea lógicamente distinta nacionalidad. Como señala Ballet ⁽³⁹⁾ la regla recogida en el artículo 5º tiene unas implicaciones favorables de orden procesal cuando la competencia internacional de los Tribunales de un Estado está fundada sobre el hecho de que las dos partes tienen su nacionalidad. El juez puede ser inducido a aplicar la *lex fori*, lo que conduce a una simplificación y a una consecuente aceleración del procedimiento. Por otra parte, la competencia indirecta de los tribunales del Estado, cuando tanto el deudor como el acreedor están vinculados jurídicamente al mismo, está formalmente reconocida por el art. 7,2º de la Convención de 1973 para el reconocimiento y ejecución de las decisiones relativas a las obligaciones alimenticias.

Las reglas comprendidas en los arts. 4 a 6 son también aplicables en caso de revisión de una decisión anterior invocando un cambio de circunstancias, siendo lógicamente el deudor la parte esencialmente interesada en demostrar que no debe alimentar al acreedor que los reclama.

Entre ambas Convenciones podemos señalar las siguientes diferencias al respecto:

1ª).— La Convención de 1973, al contrario de la de 1956, es también aplicable cuando la ley designada por estas reglas es la de un Estado no contratante, por lo tanto tiene un carácter universal.

(39) Vid. *Les nouvelles conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*. Clunet. 1974.

2ª).— En el sistema de la Convención de 1973, la residencia habitual del acreedor ha sido mantenida como factor principal de regulación.

3ª).— La Convención de 1973 también continúa inspirándose en el principio de la variabilidad del estatuto alimenticio.

4ª).— En la Convención de 1973 se sigue manteniendo el principio de la regulación subsidiaria, como en la Convención de 1956, pero con las modificaciones siguientes:

Para el supuesto de que el acreedor no pueda obtener los alimentos, en virtud de la ley de su residencia habitual, la remisión subsidiaria a la ley de la autoridad que conozca del asunto es pospuesta y reemplazada por las conexiones de los arts. 5 y 6 del Convenio, que reenvían en último caso a la ley interna del Estado, lo cual es una consecuencia del carácter universalista dado a la Convención de 1973, ya que sus autores han juzgado necesario crear un sistema de regulación uniforme, no admitiéndose reglas de conflicto convencionales y excluyendo pues las reglas de conflicto del derecho común.

El sistema se completa con la normativa especial de los arts. 7 y 8.

Art. 7: “En las relaciones alimenticias entre parientes por vía colateral o por afinidad, el deudor podrá oponerse a la pretensión del acreedor sobre la base de que no existe tal obligación en su ley nacional común o, a falta de nacionalidad común, en la ley interna de la residencia habitual del deudor”.

La cuestión de las obligaciones alimenticias entre colaterales y afines, fue objeto de abundantes discusiones en el curso de los trabajos preparatorios del Convenio de 1973 a causa de la diversidad de regímenes previstos en los derechos internos de los diversos sistemas jurídicos. Al quedar recogida y no excluida como es el caso de la Convención de 1956 en su art. 5,1:

“La presente Convención no se aplica a las relaciones de orden alimenticio entre colaterales”.

El régimen particular de la Convención de 1973 es fruto del compromiso entre las diferentes tendencias opuestas en los Delegados de La Haya. El art. 7 viene a prestarse a dar un juego ambivalente y complejo por su subsidiariedad con relación a la normativa comprendida en el artículo 4 a 6. Herzfelder ⁽⁴⁰⁾,

(40) *Opus cit.*, pág. 46.

oportunamente, ejemplariza de forma muy fehaciente con unos supuestos que vienen a ilustrar el funcionamiento del mecanismo contemplado en el referido art. 7. Como en Francia no se contemplan las obligaciones alimenticias entre colaterales y sí en cambio, en Italia.

a) Si un italiano reclama alimentos a su hermano, también de nacionalidad italiana, pero ambos residentes en Francia. El derecho italiano reconoce en principio la existencia de una obligación alimenticia entre colaterales, por lo que será aplicada en virtud del art. 5 de la Convención.

b) A la inversa, si son dos colaterales de nacionalidad francesa residentes en Italia, los alimentos se reclaman por uno hacia el otro, se puede oponer a tal prestación invocando la nacionalidad francesa común (art. 7).

c) La situación es diferente aun cuando se trata de colaterales que carecen de la misma nacionalidad, si uno reside en Italia y el otro en Francia. Si el que reside en Italia pide alimentos al otro, este último puede rechazar dicha pretensión invocando la ley francesa (ley de la residencia habitual). Y a la inversa, si el que reside en Francia entabla contra el otro una acción alimenticia ante el tribunal italiano, este último deberá aplicar la ley italiana a la obligación alimenticia según lo preceptuado en el art. 6 de la Convención de 1973.

Todo esto implica la realidad de que el art. 7 no se aplica jamás de pleno derecho y en realidad se ha configurado como una excepción o como una defensa de fondo, como lo indica Sauteraud ⁽⁴¹⁾.

En cuanto a las reglas contenidas en el art. 8:

“No obstante lo dispuesto en los artículos 4º a 6º, la ley aplicable al divorcio regirá las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados y la revisión de las decisiones relativas a estas obligaciones, en el Estado contratante en que el divorcio haya sido declarado o reconocido.

El párrafo precedente se aplicará también a los supuestos de separación de cuerpos, nulidad o anulación de matrimonio”.

Tenemos que aducir en primer lugar, que el art. 8,1º no es aplicable sino exclusivamente a los *esposos divorciados*. Por lo que resulta que, en el caso

(41) Vid. SAUTEREAUD-MARCENAC, en *Comment obtenir le versement d'une pension alimentaire à l'étranger*. Gaz. 1973. Du nouveau en matière de recouvrement international des pensions alimentaires. 1977.

de un proceso de divorcio, las obligaciones alimenticias entre esposos estén reguladas por *una decisión provisional*, no se rigen por este art. 8 sino por la normativa contemplada en los arts. 4 a 6 de la Convención de 1973, puesto que estas decisiones provisionales no conciernen más que a las obligaciones alimenticias entre esposos durante el matrimonio y no, por lo tanto, derivadas del divorcio.

Además, la regla del artl 8,1º no es aplicable sino cuando el divorcio ha sido pronunciado o reconocido en el Estado contratante.

Por analogía, también es aplicable a los supuestos relativos a la separación de cuerpos, nulidad y anulación de matrimonio. Aunque hay que tener presente que el derecho común de la mayor parte de las legislaciones modernas somete las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados, a la ley del divorcio y que al contrario, las reglas concernientes a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias entre esposos en caso de separación, nulidad o anulación de matrimonio presentan una cierta diversidad, que son objeto de controversias ⁽⁴²⁾.

La ley que según el art. 8,1º rige en un Estado contratante, las obligaciones alimenticias entre los esposos divorciados, así como la revisión de las decisiones relativas a estas obligaciones, es la ley aplicada al divorcio pronunciado o reconocido en el referido Estado. Aunque como bien indica Herzfelder ⁽⁴³⁾ se puede llegar a que el divorcio esté regido por la leyes de dos Estados diferentes como cuando en uno se presenta la demanda del marido y en otro, la de la mujer, situación que se puede presentar en caso de la aplicación de la regla del art. 17.3 del BGB alemán. Siendo dado que las obligaciones alimenticias entre los esposos divorciados no pueden se regidas sino por la ley material de un solo Estado, tal ley será designada por las reglas de conflicto del Estado donde el Derecho Internacional Privado ha determinado la ley aplicable al divorcio. La cuestión de la ley aplicable a la obligación alimenticia puede también plantearse cuando la ley aplicada al divorcio no conlleva las previsiones necesarias relativas a la obligación alimenticia entre los ex esposos. En la mayoría de los Estados, el divorcio presupone igualmente una decisión judicial, pero que puede ser contenciosa o no, o emanar también de una jurisdicción administrativa o religiosa. Pero, según ciertas legislaciones,

(42) Vid. MESTRE, en J.C.L. de Derecho Internacional Privado, 546 C. n° 544 ss. BELLET, en *Les Nouvelles Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires*. Clunet 1974.

(43) *Opus cit.*

el divorcio puede resultar también de un acto no judicial como puede ser un contrato o un repudio unilateral.

Los problemas relativos al reconocimiento de un divorcio intervenido en el extranjero o de un divorcio que es intervenido en un Estado contratante, aunque resulte de un acto donde la naturaleza o la forma no está conforme a las reglas del derecho interno de este Estado, son regidos por las reglas nacionales o convencionales de Derecho Internacional Privado que son aplicables.

III.2. El recurso a las Instituciones Públicas.

Con el art. 9 de la Convención de 1973:

“El derecho de una institución pública a obtener el reembolso de la prestación suministrada al acreedor se regirá por la misma ley a la que la institución está sujeta”.

Completado con el art. 10.3º:

“Los límites de la obligación del deudor, cuando la institución pública, que ha suministrado alimentos al acreedor, pida el reembolso de su prestación”.

Vemos por vez primera se crea una regla uniforme para regir el derecho de una institución pública para obtener el reembolso de una prestación alimenticia, exigida por ella a un indigente. Como afirma Herzfelder, se trata de una innovación particular importante. Porque el papel creciente en el mundo moderno de la cúpula social e internacional multiplica el número de casos o de personas en la necesidad de recibir prestaciones de una institución pública que procura obtener el reembolso de las personas obligadas a una obligación alimenticia.

El término institución pública es un resultado de los documentos preparatorios de La Haya y debe ser comprendido en un sentido amplio. Por lo que tal nación comprenderá, pues, en principio, no solamente las colectividades de derecho público (Estado, Diputación, Ayuntamiento) y los organismos, servicios y funcionarios públicos, comprendiendo a los agentes diplomáticos o consulares, sino también a las organizaciones internacionales y las organizaciones o empresas privadas consideradas como entidades de interés general.

El art. 9 por lo tanto, concierne a la institución pública, el derecho a solicitar el reembolso de la prestación suministrada al acreedor. En la mayoría

de los casos se tratará del derecho a solicitar tal reembolso al deudor de alimentos.

Tal derecho está previsto a menudo por la ley interna en favor de las colectividades públicas y de los organismos de ayuda social o de Seguridad Social⁽⁴⁴⁾.

En nuestro Código Civil, tenemos reseñado en el art. 148 in fine que:

“El juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades”.

También la institución pública puede tener el derecho de solicitar el reembolso de sus prestaciones al acreedor que las ha recibido si ha vuelto a una mejor fortuna; o a su sucesión. La ley que rige la institución pública puede ser determinada sin dificultades cuando se trata de instituciones públicas nacionales (las del Estado). Mientras que para las instituciones públicas internacionales, la determinación de la ley aplicable deberá ser buscada en las reglas competentes de Derecho Internacional Público o Privado.

Es probable que cuando se trate de un recurso de una institución pública, las reglas de la ley que según el art. 9 son aplicables, serán consideradas como reglas de derecho público según la calificación de la autoridad que conoce. Lo que no puede ser motivo de exclusión de la aplicación de dicho artículo ya que el mismo no contiene reserva alguna al respecto y que en caso contrario tendría un campo de aplicación bastante restringido. Y como indica Herzfelder⁽⁴⁵⁾ es ampliamente reconocido que (según lo establecido en 1975 por el Instituto de Derecho Internacional)

“...el carácter público atribuido a una disposición de derecho extranjero designado por la regla de conflicto no es obstáculo a la aplicación de estas disposiciones, bajo la reserva fundamental de orden público”.

En caso de recurso de la institución pública contra el deudor de alimentos, es necesario que se respete lo establecido en el art. 10,3º de la Convención.

(44) En derecho francés, el art. 14 de la Ley de 11 de julio de 1975 relativo al cobro de pensiones alimenticias; el art. 17 de la Ley belga sobre asistencia pública de 2 de abril de 1965; arts. 90 y 91 de la Ley federal alemana relativa a la ayuda social; art. 289 del Código Civil Suizo; arts. 13, 26 y 30 de la Ley austriaca sobre anticipos alimenticios.

(45) *Opus cit.*, pág. 65 ss.

Por lo que la institución no puede pedir al deudor el reembolso de las prestaciones concedidas al acreedor, sino en la medida en que han sido dadas por el deudor según la ley aplicable dispuesta en la Convención de 1973.

La institución no puede pedir ningún reembolso al deudor si, según esta ley, ninguna obligación alimenticia le incumbe en relación con el beneficiario de las prestaciones prestadas por la institución pública.

Como indica Herzfelder, es la ley reguladora de la institución pública la que puede apreciar la cuestión de saber si ella tiene el derecho de solicitar el reembolso de las prestaciones que ella ha suministrado al acreedor y cuál es el fundamento de este derecho. En este punto las diferentes legislaciones presentan una cierta diversidad. Pudiéndose distinguir dos sistemas diferentes según se trate de *una transmisión convencional o legal del crédito* sustituyendo la institución pública al acreedor alimenticio o bien que la ley reguladora de la institución pública *le confiere un derecho propio* al reembolso de las prestaciones que ha facilitado al acreedor.

De todas formas, en la medida en que la ley reguladora de la institución pública le confiere el derecho de solicitar el reembolso de las prestaciones facilitadas al acreedor, este derecho debe ser reconocido en cada Estado donde la Convención de 1973 es aplicable a la obligación alimenticia en cuestión bajo reserva del respeto a la regla del art. 10,3º y del orden público internacional.

III.3. Las reglas del art. II

En el art. II de la Convención de 1973 podemos contemplar dos reglas bien determinadas:

- a) Una regla relativa al orden público. (Art. II,1)
- b) Una regla de derecho material. (Art. II,2).

Art. II. “La aplicación de la ley designada por el Convenio sólo podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público. No obstante, e incluso si la ley aplicable dispone otra cosa, en la determinación del montante de la prestación alimenticia deberán tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor”.

Ante la cada vez mayor incidencia de la importancia de las obligaciones alimenticias en el plano ético y social, se comprende fácilmente que en esta

materia los problemas de orden público estén de gran actualidad. Como señala Herzfelder ⁽⁴⁶⁾ hay que distinguir dos situaciones diferentes según que las autoridades de un Estado contratante hayan de decidir sobre el crédito alimentario o sobre el reconocimiento y ejecución de la decisión alimenticia llegada de la autoridad de otro Estado, pues no son los mismos, los criterios relativos a la incompatibilidad con el orden público.

Nos vamos a centrar en la primera de ellas, en los casos donde la autoridad de un Estado contratante debe decidir sobre la existencia o el alcance de una obligación alimenticia, donde es necesario examinar si el orden público internacional de este Estado es “manifiestamente incompatible” con la aplicación de la ley designada por la Convención de 1973 o eventualmente por la de 1956.

Art. 4º Conv. 1956: “La ley declarada aplicable por la presente Convención no puede ser rechazada más que si su aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado al que pertenece la autoridad que conoce del caso”.

Los problemas de orden público expuestos desde el punto de vista de la Convención de 1956 han sido objeto de abundantes análisis elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, especialmente las relativas a las obligaciones alimenticias en relación con los hijos ilegítimos ⁽⁴⁷⁾.

Ni que decir tiene que cada Estado contratante aplica las reglas de su propio derecho internacional privado autónomo a la cuestión de saber si, en cada caso, la ley designada por la Convención de 1973 o eventualmente la de 1956 es manifiestamente incompatible con el orden público.

Aunque también hay que tener presente que se admite generalmente que en el campo de aplicación de los tratados de Derecho Internacional Privado, el uso del recurso de orden público debe ser hecho con moderación y con discreción. Este principio ha sido reconocido puntualmente con respecto a la Convención de 1956 y debe ser respetado igualmente con respecto a la Convención de 1973. En efecto, según los términos formales del art. 4º de la Convención de 1956 y del art. II de la de 1973, la aplicación de la ley designada por ellas no puede ser descartada salvo si ella es manifiestamente incompatible con el orden público, disposición que por lo tanto implica una interpretación

(46) *Opus cit.*

(47) Vid. LOUSSOUARN y BOUREL, en *Droit International Privé*, 1978. SIMON-DEPITRE, en *Droit International Privé. Problemes actuels*. París 1964.

restrictiva del dominio del orden público. Como señala Herzfelder⁽⁴⁸⁾ hay que recordar por otra parte que según un principio reconocido generalmente en Derecho Internacional Privado, no se trata de apreciar la cuestión de incompatibilidad de la ley extranjera con el orden público del Estado contratante de una forma abstracta y general sino de examinar en cada caso concreto, el resultado de la aplicación de la ley extranjera si es compatible o no con el orden público.

En cuanto al párrafo segundo del art. II, el origen de esta regla de derecho material, está en relación con los hechos siguientes: Según el antiguo texto del art. 1.708 del BGB alemán, el montante de las prestaciones alimenticias dadas al hijo ilegítimo por su padre era determinado por la “Lebensstellung” es decir, por la situación social y económica de la madre, sin tener en cuenta la situación económica del padre. También un cierto número de tribunales no alemanes se pronunciaban sobre la cuestión de saber si esta regla de derecho alemán aplicable según la Convención de 1956 no era manifiestamente incompatible con el orden público de la autoridad que conozca. En este punto se pronunciaron en tal sentido muchas sentencias del oberster gerichtshof austriaco⁽⁴⁹⁾, declarando que se tenía que tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Y al contrario, en decisiones ulteriores se declaró que después del método de apreciación abstracta que se estimó aplicable en estos casos, la referida regla alemana no debía ser considerada como incompatible con el orden público austriaco. Esta toma de posición se explica sobre todo por el hecho que en materia de ejecución forzada los derechos austriacos y alemanes ofrecen ciertas posibilidades de tener en cuenta los recursos del deudor y de la jerarquía de los acreedores de alimentos.

Por razones análogas, la jurisprudencia suiza ha llegado igualmente a la constatación que el antiguo art. 1.708 del BGB no era incompatible con el orden público suizo. Mientras que la jurisprudencia holandesa es bastante interesante en este punto, ya que el derecho holandés no contiene reglas análogas a las del derecho alemán relativas a la protección del deudor y la jerarquía de los acreedores de los alimentos. Y para evitar la intervención del orden público contra la aplicación del antiguo art. 1.708 BGB, los tribunales holandeses han encontrado la siguiente solución: Según la referida regla de derecho alemán, es la situación social y económica de la madre la que determina el montante de los alimentos dados por el padre al hijo ilegítimo. Pero, las reglas del

(48) *Opus cit.*, págs. 50 ss.

(49) Vid. BOHMER/SIEHR, en *Das gesamte Familienrecht*, Band 2.

derecho alemán procesal aplicables en materia de ejecución forzosa piden tener en cuenta igualmente los recursos del deudor. Para obtener un resultado conforme al espíritu del sistema alemán, es necesario fijar el montante de las prestaciones alimenticias dadas al hijo ilegítimo por el padre, teniendo en cuenta también los recursos de este último. Hay que señalar que para llegar a esta solución interesante, la jurisprudencia holandesa ha recurrido al procedimiento de la adaptación que le ha permitido llegar a una calificación funcional de un conjunto de reglas materiales y procesales de derecho alemán ⁽⁵⁰⁾.

En Francia, el principio establecido por el art. 208 del Código Civil, según el cual los alimentos deben ser fijados en función de las necesidades del acreedor y de los recursos de las dos partes, depende del dominio del orden público. Por lo que la antigua disposición del art. 1.708 BGB ha sido pues declarada incompatible con el orden público francés en la medida en que la aplicación de esta regla del derecho alemán no permite tener en cuenta la situación económica del padre del niño.

A causa de la reforma del derecho alemán, por la ley sobre la situación jurídica de los hijos ilegítimos (Niehtehelichen-Gesetz) de 19 de agosto de 1969, en vigor desde el 1 de julio de 1970, los problemas que la aplicación de la antigua regla del art. 1.708 BGB supuesto a la jurisprudencia no alemana, no tiene ya un interés práctico.

Para evitar, pues, los inconvenientes que estas reglas pueden causar a los tribunales y esencialmente, para evitar en lo más posible, los problemas que ellas promueven, del área del orden público, se ha estimado útil insertar en la Convención de 1973 la regla del art. II,2, que como ya se ha dicho, es una regla de derecho material o más exactamente, una regla de derecho internacional privado material.

En lo que concierne a las necesidades del acreedor, parece acertado que deben de ser determinadas no de una forma abstracta, sino teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso en especial. En toda demanda se ha de tener en cuenta, las necesidades del acreedor y los recursos del deudor (art. II,2) que no comprende el principio de proporcionalidad, que queda concretado en el derecho interno de los diferentes sistemas jurídicos, como es el caso del art. 2.081 del Código Civil francés o en nuestro Código Civil, en los arts. 146 y 147.

(50) Vid. HERZFELDER, *opus cit.*, pág. 52 ss.

Art. 146. “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.

Art. 147. “Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”.

Puede establecerse el problema de la intervención del orden público en aquellos casos donde el principio de la proporcionalidad es recogido por la ley del Estado contratante, pero no por la ley designada por la Convención.

También tenemos que tener presente que no sólo el alcance sino el principio mismo de una pensión alimenticia puede cambiar y tiene pues como resultado, el principio de la revisabilidad o de la variabilidad de las pensiones alimenticias, principio que permite a los interesados obtener en caso de cambio de las circunstancias, la adaptación de sus rentas alimenticias a la nueva situación.

Principio que queda reseñado en nuestro derecho interno en el ya referido art. 147 del Código Civil y en los arts. 93, 97 y 100, introducidos con la ley sobre el divorcio de 7 de julio de 1981 ⁽⁵¹⁾.

En caso de cambiar las circunstancias, tanto los acreedores como los deudores tienen el derecho por lo tanto, de la revisión de las decisiones, tanto judiciales como administrativas, carácter revisable de las pensiones alimenticias no sólo reconocido por el derecho español sino también por la mayoría de las legislaciones ⁽⁵²⁾.

En cuanto a la Convención de 1973 hay que tener también presente la regla del art. 8,1º que estipula que “la ley aplicable al divorcio regirá las obligaciones alimenticias entre esposos divorciados y la revisión de las decisiones relativas a estas obligaciones, en el Estado contratante en que el divorcio haya sido declarado o reconocido”.

“El párrafo precedente se aplicará también a los supuestos de separación de cuerpos, nulidad o anulación de matrimonio”.

(51) Art. 100. *Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges.*

(52) Vid. arts. 323, 641 a 643, 1.612 y 1.615 BGB del derecho alemán; art. 286 del Código Civil Suizo; art. 401 C. Civil holandés; art. 440 C. Civil italiano.

Muchos sistemas aplican el principio de la variabilidad o de la cláusula rebus sic stantibus a otros títulos ejecutivos y más generalmente a los acuerdos privados relativos a las pensiones alimenticias, en cambio, las legislaciones presentan divergencias en lo concerniente al *carácter imperativo* de la variabilidad de las pensiones alimenticias, así por ejemplo su exclusión contractual es admitida en principio en Alemania Federal, pero no en Francia.

IV. LOS CONFLICTOS DE CONVENCIONES

IV.I Cuestiones generales

Al hablar de conflictos de convenciones tenemos que afirmar necesariamente, que estamos ante una materia donde el estudio sistemático es relativamente reciente. Una materia impregnada de aguda complejidad donde un sector de la doctrina ha realizado profundos estudios al respecto, especialmente el profesor Majoros⁽⁵³⁾, Volken⁽⁵⁴⁾ y Sigaudy⁽⁵⁵⁾.

No vamos a entrar con la misma intensidad en esta temática, pues desbordaría el marco del presente estudio, aunque sí creemos necesario abordar algunas consideraciones generales que a nuestro juicio podrían constituir unas líneas de orientación importantes. Como bien lo indica Herzfelder⁽⁵⁶⁾, lo que caracteriza a los conflictos de convenciones en materia de Derecho Internacional Privado, es el hecho de que en un mismo Estado y ante un problema a resolver, existan dos o más tratados, ya sean multilaterales o bilaterales, que están en vigor en el mismo y que comprenden reglas aplicables en principio al referido problema. Existiendo, pues, incompatibilidad entre las reglas de cada uno de los tratados vigentes, se trata de *determinar la prioridad en la aplicación de los mismos*. Una problemática cada vez más frecuente en Derecho Internacional Privado por la mayor proliferación de convenciones internacionales que hacen proclives los conflictos de normas convencionales concurrentes. Como señala Volken⁽⁵⁷⁾, siempre es necesario el examen de si existe un auténtico conflicto de convenciones, es decir, si el tratado de Derecho Internacional en cuestión comporta unas disposiciones que están en contradicción y que son hasta

(53) Vid. *Les Conventions internationales en matière de droit privé*. 1980.

(54) Vid. *Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht*. Zürich 1977.

(55) Vid. *Les Conventions relatives à une obligation alimentaire*. París 1968.

(56) *Opus cit.*

(57) *Opus cit.*, pág. 236 ss.

incompatibles con las disposiciones que sobre la misma materia forman parte de otro u otros tratados del género.

Para ello es importante el examen del campo de aplicación material, personal y temporal de las diferentes normas en cuestión, para saber si las mismas, son de verdad, concurrentes.

IV.2 Las convenciones de 1956 y 1973.

Lo primero que tenemos que afirmar es la radical diferencia entre ambas, en lo que respecta a que si bien la Convención de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de los hijos no contiene disposiciones relativas a los conflictos de Convenciones, en cambio, la Convención de 2 de octubre de 1973 *sí contiene* en sus arts. 18 y 19 disposiciones importantes al respecto:

Art. 18: “Este Convenio, en las relaciones entre los Estados Partes, sustituirá al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, concluido en La Haya el 24 de octubre de 1956.

No obstante, el párrafo anterior no se aplicará al Estado que, por la reserva prevista en el artículo 13, haya excluido la aplicación del presente Convenio a la obligaciones alimenticias respecto de los menores de veintiún años que no hayan estado casados”.

Art. 19: “El Convenio no afectará a los instrumentos internacionales de los que un Estado contratante sea parte, ahora o en el futuro, y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio”.

En el art. 18 se hace mención concreta a la sustitución del Convenio de 1956 por el de 1973, en las relaciones entre los Estados en cuanto a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores. Aunque contiene la excepción relativa a las obligaciones alimenticias en relación a menores de veintiún años que no hayan estado casados, en base a la reserva prevista en el art. 13 del Convenio de 1973. (De conformidad con el artículo 24, todo Estado contratante podrá reservarse el derecho de aplicar el Convenio sólo a las

obligaciones alimenticias: 1 Entre esposos y ex esposos. 2 Respecto de una persona menor de veintiún años que no haya estado casada ⁽⁵⁸⁾).

En el artículo 19 de dicho Convenio, se recoge que el Convenio no afectará a los instrumentos internacionales de los que un estado contratante sea parte “ahora o en el futuro” y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio. Desde luego, pueden surgir conflictos, como indica Herzfelder ⁽⁵⁹⁾ cuando un Estado que es parte de la Convención de 1956, ratifica la Convención de 1973 sin hacer la reserva contenida en el art. 13,1º del referido texto legal ya reseñado anteriormente y relativo a los casados menores de veintiún años, lo que dará lugar a un conflicto de Convenciones en cuanto a la ley aplicable en las obligaciones alimenticias para los menores en aquellas relaciones entre dicho Estado de una parte y los Estados donde la Convención de 1956 está vigente y no se han adherido a la Convención de 1973 o que se han adherido a la misma pero haciendo la reserva recogida en el referido art. 13,1º por otra.

Pueden pues surgir, en base a lo reseñado en los arts. 18 y 19 de la convención de 1973, las siguientes hipótesis:

1º) En un Estado que no es parte de la Convención de 1956 y que se ha adherido a la Convención de 1973 sin hacer la reserva del art. 13,1º: *La Convención de 1973 se aplica sólo a las obligaciones para con los menores* (en el sentido de la Convención de 1956).

2º) En un Estado que es parte de la Convención de 1956 y que no ha puesto en vigor la Convención de 1973, o que se ha adherido haciendo uso de la reserva del art. 13,1º: *La Convención de 1956 permanece en vigor*, ya que esta Convención sólo es aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a los hijos. (Art. 19 de la Convención de 1973).

(58) Art. 24: *Hasta el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, todo Estado podrá formular una o varias de las reservas previstas en los artículos 13 a 15. Ninguna otra reserva será admitida.*

De igual modo, todo Estado, al notificar una extensión del Convenio conforme al artículo 22, podrá formular una o varias de tales reservas con efectos limitados a los territorios o a algunos de los territorios a que se refiere la extensión. En cualquier momento, todo Estado contratante podrá retirar una reserva que hubiera hecho. Esta retirada será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

El efecto de la reserva cesará el día 1 del tercer mes siguiente a la notificación mencionada en el párrafo precedente.

(59) *Opus cit.*

3º) Un Estado donde la Convención de 1956 está en vigor, se adhiere a la de 1973 sin hacer la reserva del art. 13,1º; *aplicará esta última también para las obligaciones alimenticias relativas a los menores*. Pero está obligado a aplicar a esta categoría de obligaciones alimenticias, *la Convención de 1956 en los asuntos con Estado donde esta Convención está en vigor* y que no se ha adherido al Convenio de 1973 o que adhiriéndose al mismo, ha realizado la reserva del art. 13,1º.

4º) Un Estado que ha ratificado el Convenio de 1973 sin ser parte del de 1956 *puede adherirse a este último si ha hecho la reserva del art. 13,1º del Convenio de 1973*. Si no ha hecho tal reserva, su adhesión al Convenio de 1956, incompatible con su adhesión anterior al Convenio de 1973, sería considerada como ineficaz.

Las disposiciones reseñadas en los artículos 18 y 19 de la Convención de 1973 permitirán resolver los conflictos de normas entre las dos Convenciones, por ejemplo en el caso de derecho transitorio, con la adhesión a la Convención de 1973 de un Estado donde la Convención de 1956 está vigente. Pero las dudas de interpretación subsisten sobre todo en la siguiente cuestión:

El artículo 18,1º dispone que la Convención de 1973 sustituye “entre los Estados que son partes” a la Convención de 1956, las derogaciones de esta regla deben ser retiradas de las disposiciones del art. 18,2 y del 19.

Como señala Herzfelder, se impone la interpretación restrictiva del texto del art. 18 para limitar en la medida de lo posible las complicaciones y los inconvenientes que se pueden provocar, tomándose como una solución aceptable, la siguiente:

Las dos Convenciones tienen como fin esencial el determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y en las dos Convenciones, es la ley de *la residencia habitual del acreedor* quien determinará la ley aplicable a las obligaciones relativas al menor en la gran mayoría de los casos. Aunque, de todas formas, el juez del Estado Contratante donde las dos Convenciones entren en vigor, no aplicará la Convención de 1956 cuando la ley aplicable a la obligación alimenticia es designada por el art. 3 de la referida Convención.

En este caso, aplicará las reglas de la Convención de 1973, ya que constituyen las normas de conflicto a los que el art. 3 de la Convención de 1956 reenvía, descartando sus propios puntos de conexión.

Para desviarse de los problemas concernientes a los conflictos entre las dos Convenciones, el Estado que es parte de la Convención de 1956 y ha ratificado la de 1973 sin hacer la reserva del art. 13,1º tendrá interés en denunciar la Convención de 1956, conforme a su artículo 12.

En cuanto a los conflictos que pueden producirse entre los Convenios de 1956 y 1973 y otros tratados internacionales que comportan reglas relativas a las obligaciones alimenticias, tenemos que señalar las siguientes consideraciones:

1º) Con la Convención de la ONU para la reclamación de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956, que señala en su art. 6,3º que la ley reguladora de dicha acción y todas las cuestiones conexas, *es la ley del Estado del deudor*.

2º) La Convención de la Unión Nórdica de 6 de febrero de 1931 (Modificada el 26 de marzo de 1953) contiene algunas disposiciones de derecho internacional privado sobre el matrimonio, la adopción y la tutela, concluida por Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia. Los arts. 7 y 9 designan la ley que, en caso de divorcio o separación de los esposos, es aplicable a las obligaciones alimenticias entre esposos y entre padres e hijos. Esta Convención no es aplicable sino cuando el acreedor y el deudor de los alimentos poseen la nacionalidad de uno de los Estados contratantes y tienen en él su domicilio. Según las reglas de esta Convención, la ley que rige las obligaciones alimenticias está determinada por la nacionalidad, por el domicilio de los padres o, ciertamente, por el domicilio del deudor. Si la Convención de 1973 estuviera en vigor en uno de los Estados de la Unión Nórdica, podría producirse un conflicto entre las dos Convenciones en estos Estados. Y sería resuelto por la cláusula de compatibilidad permisiva del art. 19 de la Convención de 1973 en favor de la Unión Nórdica. Mientras que si dos Estados de esta Convención se adviniesen a la Convención de 1956, los conflictos que se pudieran producir en ambos Estados entre las dos Convenciones serían más difíciles de resolver puesto que ninguna de ellas contiene una regla de compatibilidad.

3º) Con la Convención de 5 de octubre de 1961, relativa a la competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, pudiendo producirse conflictos con las de

1956 y 1973, cuando es menor el acreedor de alimentos en cuanto a los conflictos de normas relativas a la representación legal. Y es que según el art. 18,2 de la Convención de 1961, como cláusula permisiva, no se opone pues a la aplicación de la Convención de 1956. Pero según la interpretación dada en general a este artículo, la situación es diferente cuando se trata de tratados que entran en vigor en un Estado contratante más tarde que la Convención de 1961.

Se estima que la prioridad no puede serle conferida sino a la medida en que no atente a los derechos de los otros Estados partes de la Convención de 5 de octubre de 1961. Bajo esta reserva, con relación a esta Convención, la prioridad podría serle dada a la Convención de 1973 que, a su vez, según el art. 19, no deroga la Convención de 5 de octubre de 1961. Pero esta solución es fuertemente contestada por la doctrina, especialmente por Herzfelder, que entiende que la prioridad debe serle conferida a la Convención de 1973 según la máxima de que la ley especial deroga a la general. Y que de todas formas, la aplicación de las dos Convenciones a la representación legal del acreedor alimenticio exige una interpretación restrictiva. Que en el caso donde la Convención de 5 de octubre de 1961 es descartada por la Convención de 1956 o la de 1973, para regir la representación legal del acreedor, la aplicación de la ley así designada por la convención competente no es exclusiva ya que si aquélla es más favorable para el ejercicio de los derechos alimenticios del acreedor, esta ley debe ser apartada en favor de la ley aplicable en materia de representación legal en el Estado contratante según las reglas del derecho común o de otro instrumento internacional.

V. CONCLUSIONES

Tenemos que afirmar que es la vía convencional el medio más adecuado de solución de la problemática relativa a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, como factor de armonización internacional frente al agudo particularismo de los sistemas internos de reglamentación.

Constituyen las dos Convenciones de La Haya analizadas en el presente trabajo, el medio actual más adecuado y progresivo, no sólo porque estipulan una concepción autónoma de las obligaciones alimenticias sino que además

fijan como conexión principal, la residencia habitual del acreedor, lo que comporta más ventajas que inconvenientes en el momento de la regulación de la cuantía y la responsabilidad de la prestación de la obligación alimenticia.

Al ser ambas Convenciones ratificadas por España, forman parte de nuestro derecho positivo. Lo que conduce a que tengamos dos sistemas de determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias: el convencional y el interno. Este último, esencialmente difiere del anterior en que, a pesar de usar una misma norma de conflicto compleja con tres conexiones alternativas y subsidiarias, se invierte la jerarquía de las referidas conexiones, lo que vendría a producir entre ambos, soluciones lógicamente contrapuestas.

Aunque en la práctica, es prácticamente nula la aplicación de la normativa interna española al respecto, normativa comprendida en el art. 9,7 del Código Civil. Por un lado, al quedar sujeto a un carácter residual de la vía convencional vigente; y por otro, las situaciones jurídicas particulares que encuentran en España una normativa especial interna, prioritariamente aplicable como son los supuestos de divorcio (art. 107 del C. Civil), tutela o legado (Arts. 9,6 y 9,8 del C. Civil) o una obligación alimenticia con base contractual. (Art. 10,5 del C. Civil).

Las Convenciones de La Haya, si bien la de 1956 se centra en las obligaciones alimenticias entre relaciones paternofiliales, la de 1973 amplía el campo de aplicación a las relaciones de familia en general, excluyéndose las prestaciones compensatorias como efecto de la ruptura matrimonial y el campo de aplicación posible relativo a las uniones puramente consensuales o uniones libres, con las cuestiones que se pueden plantear ante posibles reclamaciones de prestaciones alimenticias.

Tampoco son aplicables las referidas Convenciones, a las obligaciones alimenticias contractuales, excluidas en la misma normativa convencional, al prescribir su concreción, exclusivamente, en las obligaciones alimenticias ex lege y cuando la relación familiar constituye el esencial elemento de fundamentación.

La Convención de 1973, aparte de su carácter universal, amplía su campo de aplicación a las obligaciones alimenticias entre colaterales y afines, aunque tal progresiva medida alcance en la práctica un carácter de excepción por su subsidiariedad ante la normativa recogida en los arts. 4 a 6 de la referida Convención.

Asimismo, constituye una importante innovación la recogida en la Convención de 1973, en cuanto al derecho de una institución pública a obtener el reembolso de una prestación alimenticia efectuada por aquélla al acreedor de alimentos. Derecho que debe ser reconocido en cada Estado donde la Convención de 1973 está vigente.

También es progresiva la normativa del art. 12 de la Convención de 1973, que regula los posibles problemas de derecho transitorio que se pueden suscitar.

En definitiva, ambas Convenciones, pero especialmente la de 1973, ha mejorado sensiblemente el régimen convencional en materia de obligaciones alimenticias. Lo importante es que los Convenios sean puestos en vigor, en la gran mayoría de los Estados y que éstos utilicen lo menos posible el derecho a realizar reservas a los mismos.

Marzo de 1990