

PROCESOS PARALELOS EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES: RÉGIMEN DE LA LITISPENDENCIA (Y ACCIONES DEPENDIENTES) INTRACOMUNITARIA

PARALLEL JUDGMENTS IN MATRIMONIAL MATTERS: EU LIS PENDENS (AND DEPENDENT ACTIONS) RULES

JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LITISPENDENCIA INTRACOMUNITARIA EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES: ASPECTOS GENERALES. III. NATURALEZA DE LA REGLA DE LITISPENDENCIA INTRACOMUNITARIA EN MATERIA MATRIMONIAL: RIGIDEZ Y POSIBLE FLEXIBILIZACIÓN. IV. IDENTIFICACIÓN DE UNA SITUACIÓN DE LITISPENDENCIA: LA IDENTIDAD DE PARTES, OBJETO Y CAUSA EN LOS PROCESOS PARALELOS MATRIMONIALES Y LA FALSA LITISPENDENCIA. V. MOMENTO DE INICIACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES A EFECTOS DE LITISPENDENCIA: ORDEN CRONOLÓGICO DE ACCIONES Y PROCESOS DE CONCILIACIÓN CONYUGAL. VI. COMPORTAMIENTO PROCESAL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ANTE UNA SITUACIÓN DE LITISPENDENCIA ENTRE PROCESOS MATRIMONIALES. VII. LITISPENDENCIA Y *TRANSFERENCIA* DE CAUSAS MATRIMONIALES PENDIENTES: LA OPCIÓN DEL ART. 19.3 *IN FINE* R. 2201. VIII. DIVORCIO NOTARIAL ESPAÑOL Y LITISPENDENCIA INTRACOMUNITARIA.

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto el análisis de la regla de litispendencia intracomunitaria del art. 19 del Reglamento (CE) 2201/2003 en relación exclusivamente a los procesos paralelos de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial. Teniendo en cuenta la futura aplicación del Reglamento (UE) 2019/1111, que sustituirá al Reglamento (CE) 2201/2003, se examina la naturaleza rígida de esta regla, valorando las posibilidades de flexibilización del *prior tempore* con especial referencia a la figura del *forum non conveniens* en materia matrimonial. Asimismo, la cuestión de la identidad de partes, objeto y causa en los procesos paralelos matrimoniales, prestando especial atención a las acciones dependientes y a los desajustes que una aproximación que equipara las instituciones de la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial, puede generar respecto de los objetivos del Reglamento 2201/2003. Determinado el momento de inicio de los procesos matrimoniales a efectos de litispendencia, especialmente, la influencia de eventuales fases previas obligatorias de conciliación entre cónyuges, se estudia el comportamiento procesal exigido por la norma al primer y segundo órgano jurisdiccional, dedicando un epígrafe a la posibilidad de transferencia de acciones paralelas, de problemática importante y de difícil respuesta, sobre todo en cuanto a los aspectos conflictuales relativos a la

Fecha de recepción del trabajo: 9 de octubre de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 19 de noviembre de 2019.

* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela. Orcid.org/0000-0002-0601-8119. javier.maseda@usc.es

acción trasvasada, terminando con una referencia a la relación existente entre litispendencia intracomunitaria y divorcio notarial español.

ABSTRACT: This work analyses the EU lis pendens rule of art. 19 of Regulation (EC) 2201/2003 in relation exclusively to the parallel proceedings of legal separation, divorce and marriage annulment. Taking into account the future application of Regulation (EU) 2019/1111, repealing Regulation (EC) 2201/2003, the rigid nature of this rule is examined, valuing the flexibility possibilities of the *prior tempore* with special reference to the *forum non conveniens* in matrimonial matters. Likewise, the question of the identity of parties and cause of action in parallel matrimonial proceedings, paying special attention to the dependent actions and to the consequences for the goals of Regulation (EC) 2201/2003 derived from the equal weight given to legal separation, divorce and marriage annulment. Determined the seising of a EU matrimonial court for lis pendens, specially, mandatory attempts for matrimonial reconciliation, the procedural exigences of the rule for the first and second seised court are studied, dedicating a section to the possibility and problems of *transfer* of parallel actions, especially with respect to the choice of law rule related to the action transferred, ending with a reference to the relationship between EU lis pendens and Spanish notarial divorce.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimoniales. Litispendencia intracomunitaria. Acciones dependientes. Reglamento 2201/2003. Regulación: art. 19.

KEYWORDS: *Matrimonial matters. EU lis pendens. Dependent actions. Regulation (EC) 2201/2003. Rules: art. 19.*

I. INTRODUCCIÓN

El Reglamento (CE) núm. 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 parental¹, responde al objetivo de crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantice la libre circulación de personas, lo que exige, entre otras actuaciones, la adopción de aquellas medidas de cooperación judicial en materia civil que resulten necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior (Considerando núm. 1 Reglamento 2201/2003). Las normas de reconocimiento y ejecución recogidas en este instrumento responden a esta finalidad: de ahí el principio de confianza mutua y la limitación al mínimo necesario de los motivos de denegación del reconocimiento (Considerando núm. 21 Reglamento 2201/2003).

La convivencia de procedimientos paralelos en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental ante los órganos jurisdiccionales de distintos Estados

¹ DOUE L 338/1, de 23 de diciembre de 2003. Deroga al Reglamento (CE) núm. 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOCE L 160/19, de 30 de junio de 2000).

miembros no facilita la libre circulación de personas en el espacio judicial europeo en tanto en cuanto el potencial riesgo de respuestas contradictorias relativas a la situación de los cónyuges y menores: las reglas de litispendencia del Reglamento 2201/2003, al igual que el resto de reglas de esta misma naturaleza recogidas en los diferentes instrumentos comunitarios, tienen como finalidad la evicción de este riesgo y, con ello, facilitar el reconocimiento de resoluciones en esta materia en el ámbito intracomunitario como objetivo básico de este instrumento².

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la regla de litispendencia del art. 19 R. 2201 exclusivamente en lo que a procesos paralelos de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial se refiere. Ubicar el estudio de este precepto sólo en lo que es su proyección respecto de las crisis matrimoniales tiene que ver con las novedades que el legislador europeo introdujo en su momento en la normativa de litispendencia relativa a esta materia, recogidas originalmente en el art. 11 R. 1347 y más tarde heredadas en el actual art. 19 R. 2201, en tanto que, y a pesar de que su regulación también comparta aspectos propios de muchas de las reglas de litispendencia intracomunitaria, singularizan en gran medida tanto su mecanismo como su enfoque. No en vano se ha llegado a entender que esta singularidad justificaría por sí sola la adopción del Reglamento 1347/2000 (y normativas posteriores) en la medida en que ofrece una regla reguladora de la litispendencia y acciones dependientes de rasgos ciertamente particulares e innovadora³.

Coherente con lo expuesto, no trataremos aquella parte del art. 19 R. 2201 que se corresponde con la regulación de la litispendencia en materia de responsabilidad parental, de necesario estudio propio, más todavía con las novedades que en su normativa establece el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de*

² MALATESTA, A., “Art. 19 R. 2201”, en CORNELOUP, S. (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, Université de Bourgogne, Lexis Nexis, Paris, 2013, pp. 321-338, espec. p. 322; MANKOWSKI, P., “Art. 19”, en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (edit.), *Brussels IIbis Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier, Ottoschmidt, Köln, 2017, pp. 236-269, espec. p. 238; VITELLINO, G., “European Private International Law and parallel proceedings in third States in Family matters”, en *The external dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, MALATESTA, A./BARIATTI, S./POCAR, F. (edit.), Cedam, Padova, 2008, pp. 221-248, espec. p. 226; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley Unión Europea*, 2014, pp. 5-22, espec. par. IV.2, que habla de evicción de situaciones claudicantes. En el sentido de que el art. 19 R. 2201 pretende evitar procesos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros y los conflictos entre resoluciones judiciales que pudieran así resultar, véase ap. 29 de la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C-489/14, A.; o ap. 64 de la *STJCE de 9 de noviembre de 2010*, As. C-296/10, *Purrucker*.

³ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial” (DOCE de 16 de julio de 1998, C 221, p. 27), par. 5; también en BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000 (Bruselas II)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, vol. 102, 2003, pp. 361-386, espec. p. 374; o GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation Brussels II bis”, en FULCHIRON, H./NOURISSAT, C. (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 53-67, espec. p. 66, que lo entiende como uno de los grandes logros del Reglamento 2201/2003 (y precedente).

2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)⁴, que sustituirá a partir del 01 de agosto de 2022 al Reglamento 2201/2003, muy importantes en sede de responsabilidad parental y menos en materia de crisis matrimoniales, donde se mantienen las líneas generales marcadas por el art. 19 R. 2201 (art. 20 R. 2019). Del mismo modo, tampoco trataremos aquellos casos de procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales cuando la primera de las causas se dirime ante los Tribunales de un tercer Estado, de problemática también propia: dada la inoperatividad de un precepto cuya aplicación parte de la existencia de demandas paralelas entre “...distintos Estados miembros...” (art. 19 R. 2201)⁵, su regulación habrá que buscarla, bien en el régimen convencional aplicable que vincule a España con el Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interpuso la primera demanda y que regule la litispendencia internacional⁶, bien en el Derecho doméstico⁷, en nuestro caso, el art. 39 de la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*⁸.

Así pues, analizaremos la regla de litispendencia del art. 19 R. 2201 en relación a los procesos civiles de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial que se hallen pendientes ante los órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros⁹. Por un

⁴ DOUE L 178/1, de 02 de julio de 2019. En vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE y aplicable a partir del 01 de agosto de 2022 (art. 105 R. 2019).

⁵ Así, MANKOWSKI, P., “Art. 19”, *loc. cit.*, p. 243; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Lights and shadows of communitarisation of Private International Law: jurisdiction and enforcement in family matters with regard to relations with third states”, en *The external dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, MALATESTA, A./BARIATTI, S./POCAR, F. (edit.), Cedam, Padova, 2008, pp. 99-121, espec. p. 106; VITELLINO, G., “European...”, *loc. cit.*, p. 222.

⁶ GARDEÑES SANTIAGO, M., “Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2017 (arts. 37 a 40)”, *REDI*, vol. LXVIII, 2016-I, pp. 109-119, espec. p. 109 y p. 111; QUINZÁ REDONDO, P., “Art. 37 LCJ”, en *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P./PALAO MORENO, G. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 433-439, espec. p. 434; o FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Wolters Kluwer, 2017, p. 333.

⁷ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 243; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 246; GARDEÑES SANTIAGO, M., “Procedimientos...”, *loc. cit.*, p. 109.

⁸ BOE de 31 de julio de 2015.

⁹ El Reglamento 2201/2003 sólo se aplica a los procesos civiles de relajación o disolución del vínculo conyugal ante autoridades públicas (art. 2 R. 2201 habla de “...autoridades de los Estados miembros...”). O, lo que es lo mismo, y si bien no se dice expresamente, no se aplica a los procesos privados (divorcios privados derivados de una declaración unilateral de un cónyuge o a través de un contrato de divorcio; *STJUE de 20 de diciembre de 2017*, As. C-372/16, *Sahyouni*) ni religiosos, coherente con la línea marcada por el Considerando núm. 9 R. 1347, esta vez de manera expresa (Ní SHÚILLEABHÁIN, M., “Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections From a Common Law Perspective”, *I.C.L.Q.*, vol. 59, octubre 2010, pp. 1021-1053, espec. p. 1043), al determinar que “...el ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir los procedimientos civiles, así como los procedimientos no judiciales admitidos en materia matrimonial en determinados Estados, con exclusión de los procedimientos de naturaleza puramente religiosa...” (BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 20.B; PINTENS, W., “Art. 1”, en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (edit.), *Brussels Ibis Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier, Ottoschmidt, Köln, 2017, pp. 52-81, espec. p. 58; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2018, pp. 231-232 y p. 298; también,

lado, examen de la naturaleza rígida de una norma que resulta operativa en un contexto propicio de *forum shopping*, valorando las posibilidades de flexibilización del *prior tempore* con especial referencia a la figura del *forum non conveniens* en materia matrimonial. Por otro, la cuestión de la identidad de partes, objeto y causa en los procesos paralelos matrimoniales, atendiendo especialmente a las acciones dependientes y los desajustes que una aproximación que equipara las instituciones de la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial, puede generar respecto de los objetivos del Reglamento 2201/2003. Una vez determinado el momento de inicio de los procesos matrimoniales a efectos de litispendencia, examinando especialmente la influencia de eventuales fases previas obligatorias de conciliación entre cónyuges, analizaremos los (imperativos) comportamientos procesales de primer y segundo órgano jurisdiccional, dedicando un epígrafe a lo que viene a denominarse la posibilidad de *transferencia* de acciones paralelas, de problemática importante y de difícil respuesta, sobre todo en

ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion européenne: le Reglement dit Bruxelles II”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2001, pp. 403-457, espec. p. 410, nota núm. 22, criticando esta exclusión). Dado su carácter privado y la no-intervención de las autoridades de los Estados UE en su proceso, no se aplican las normas del Reglamento 2201/2003 al proceso *get* dirimido ante un Tribunal rabínico judío en un Estado miembro o a un repudio en un Consulado dentro del territorio de un Estado miembro (PINTENS, W., “Art. 1...”, *loc. cit.*, p. 58; VASSILAKIS, E., “The impact of substantive law on the material scope of application of Regulation Brussels II bis”, *Public and Private International Law Bulletin*, vol. 35, pp. 51-68, espec. p. 59). Otros procesos, como los dirimidos ante el *mufti*’s en Grecia, competentes en procedimientos de divorcio relativos a ciudadanos musulmanes griegos residentes en la región de Tracia (concurrentemente con los Tribunales civiles), son también procesos religiosos; no tienen efecto de cosa juzgada y se hallan fuera del ámbito del Reglamento 2201/2003 (así, PINTENS, W., “Art. 1...”, *loc. cit.*, p. 58; más dudas, VASSILAKIS, E./KOURTIS, V., “The impact...”, *loc. cit.*, p. 138), sólo ejecutables tras la emisión por parte de un Tribunal civil griego de una decisión que examina la competencia del *mufti*, la compatibilidad de la normativa aplicada (*sharia*) con la Constitución griega y su carácter ejecutable en Grecia (VASSILAKIS, E./KOURTIS, V., “The impact...”, *loc. cit.*, pp. 137-138). Cabe el reconocimiento vía Reglamento 2201/2003 de las resoluciones por las cuales cada Estado miembro incorpora a su ordenamiento jurídico las sentencias eclesiásticas sobre nulidades canónicas emitidas *ex art. 63 R. 2201* a partir de los Concordatos entre la Santa Sede y España, Portugal, Italia y Malta (PINTENS, W., “Art. 1...”, *loc. cit.*, p. 58); por ejemplo, en Italia, resolución de la Corte d’Appello, necesaria para el reconocimiento de una decisión religiosa en este país (LONG, J., “The impact and application of Regulation Brussels II bis in Italy”, en BOELE-WOELKI, K./GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (edit.), *Brussels II bis: its impact and application in the Member States*, Intersentia, 2007, pp. 167-183, espec. pp. 169-173); en España, de acuerdo con el art. 80 C.c. y art. 778 LEC, una vez que la decisión canónica se declara ajustada a Derecho tras superar las condiciones de reconocimiento del régimen autónomo del art. 46 LCJI (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Civitas, Thomson-Reuters, Madrid, 2017, p. 267 y pp. 280-281); en Portugal, la jurisdicción eclesiástica tiene competencia exclusiva sobre las resoluciones de nulidad de matrimonios canónicos concordatarios, lo que puede implicar el no reconocimiento de resoluciones civiles procedentes de otros Estados (BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 120). Con todo, téngase en cuenta que existe práctica en la que se aplicó la regla de litispendencia autónoma respecto de un primer caso matrimonial dirimido ante un órgano religioso. Véase, así, la *Sent. Cour Cass. francesa de 18 de enero de 2017* (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033900959&fastReqId=373851847&fastPos=1>), en relación a un caso de divorcio ante un primer juez libanés, donde la Cour d’Appel rechazó la excepción de litispendencia al considerar que no había un Tribunal civil en el Líbano que resolviese el divorcio y que la decisión del Consejo Islámico chiíta no podía reconocerse en Francia, lo que fue rectificado por el Tribunal superior (sobre ello, NIEL, P.L./MORIN, M., “L’exception de litispendance internationale et la jurisdiction de l’autorité religieuse saisie”, en <https://www.actu-juridique.fr/international/droit-international-prive/lexception-de-litispendance-internationale-et-la-jurisdiction-de-lautorite-religieuse-saisie/>, 2017).

cuanto a los aspectos conflictuales relativos a la acción trasvasada, así como a la relación existente entre litispendencia intracomunitaria y divorcio notarial español.

En todo este contexto de libre circulación de personas y evicción de resoluciones contradictorias, téngase en cuenta, en fin, que las reglas de litispendencia, aun sirviendo para paliar su posibilidad, no pueden evitar la existencia de resoluciones inconciliables en aquellos casos en los que, en la práctica, los operadores jurídicos ignoran la excepción por desconocimiento de la existencia de un proceso paralelo en otro Estado UE o por mala praxis¹⁰. De ahí la necesidad de unas reglas de reconocimiento que se encarguen de lidiar también con la convivencia de resoluciones contradictorias en el marco de las crisis matrimoniales, con unos arts. 22.c y d R. 2201 que establecen una causa denegatoria de reconocimiento que no impone más que una condición de identidad de partes, pero no de identidad de objeto y causa. Más todavía cuando no es posible denegar el reconocimiento de una resolución extranjera de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial por desconocimiento por parte del operador jurídico de origen de la regla de litispendencia del art. 19 R. 2201¹¹.

Expuesto lo expuesto, pasemos a examinar, pues, la regla de litispendencia intracomunitaria del art. 19 R. 2201, englobado en la Sección 3ª del Reglamento 2201/2003 relativa a las *Disposiciones comunes*, que lleva por título *Litispendencia y acciones dependientes* y cuyo tenor se expresa en los términos siguientes.

(...) 1. Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados

¹⁰ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 112. Véase el caso que dio lugar a la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*, donde la Curtea de Apel București, segundo Tribunal, debió aplicar el art. 19.1 R. 2201 (y art. 27 R. 44 en relación a los alimentos) respecto de la litispendencia relativa a la demanda de disolución matrimonial: no sólo aplica de manera incorrecta el Derecho comunitario, también emplea argumentos erróneos para justificar su respuesta (primero, por fundamentar su comportamiento en la normativa nacional rumana reguladora de la litispendencia y no en la normativa comunitaria; segundo, por excluir la aplicación del art. 19.1 R. 2201 con base en la disparidad de objeto entre una demanda de separación y otra de divorcio, cuando son acciones dependientes incluidas en el art. 19.1 R. 2201; y, finalmente, por apelar al desconocimiento en la legislación rumana de la institución de la separación, cuando la litispendencia comunitaria se aplica en estos casos también). También, *Sent. Cour d'Appel Toulouse de 08 de febrero de 2005* (RG 04/00923, citada por WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 112, nota núm. 92), en relación a un caso de una primera demanda de divorcio ante los Tribunales franceses interpuesta por el marido y una segunda ante los Tribunales alemanes incoada por la esposa, donde el juez alemán ignoró la excepción de litispendencia, emitiendo una sentencia que la esposa quiso reconocer en Francia y que no fue admitida porque el Tribunal alemán no se hallaba legitimado para conocer de la causa matrimonial.

¹¹ Así lo establece la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*. Sobre ello, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Litispendencia, reconocimiento y orden público (Comentario breve a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2019, Asunto C-386/17: Liberato), *La Ley (Unión Europea)*, 29 de marzo de 2019, pp. 1-11. En el mismo sentido, WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 113. Más dudas, MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 331, apoyándose en ap. 670 y 71 de la *STJUE de 22 de diciembre de 2010*, As. C-497/10, *Mercredi*. Con todo, véase Considerando núm. 56 R. 2019, cuando estima, ya explícitamente, que “...no debe ser posible alegar como motivo de denegación los motivos que no se encuentran enumerados en el presente Reglamento, como, por ejemplo, la vulneración de la norma de litispendencia...”.

miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. (...) 3. Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquél. En este caso, la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar la acción ante el primero.

II. LITISPENDENCIA INTRACOMUNITARIA EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES: ASPECTOS GENERALES

1.- Pluralidad de foros matrimoniales, *forum shopping* y litispendencia

El riesgo de procesos paralelos, presente en cualquiera de las materias reguladas por los diferentes instrumentos comunitarios, resulta más acentuado, si cabe, en el ámbito de las crisis matrimoniales.

Por un lado, porque, si bien puede hablarse del Reglamento 2201/2003 como régimen regulador preferente a la hora de determinar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros (con la excepción de Dinamarca) en materia de crisis matrimoniales¹², lo cierto es que, al menos desde la óptica del ordenamiento jurídico español, sus reglas serán las únicas aplicables en la práctica. Primero, porque el Reglamento 2201/2003, aplicable desde el 01 de marzo de 2005 (art. 72 R. 2201), no sólo deroga el anterior Reglamento 1347/2000, también prevalece sobre cualquier Convenio bilateral o multilateral existente entre los Estados UE regulando esta materia¹³. Y, segundo, porque, a pesar de que el Reglamento 2201/2003 no tiene carácter *erga omnes* y posibilita la aplicación en ciertos casos de las reglas de competencia del Derecho doméstico (las competencias residuales del art. 7 R. 2201), los órganos jurisdiccionales españoles difícilmente aplicarán las normas de competencia del art. 22 ter LOPJ y, especialmente, del art. 22 quater c) LOPJ, una vez reformados por la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*¹⁴: si conforme a la LOPJ anterior seguían siendo operativos, a pesar de la vigencia del Reglamento 2201/2003, el foro de la nacionalidad española del demandante con residencia habitual en España del art. 22.3 LOPJ, así como el foro basado en el sometimiento de ambos cónyuges a los Tribunales españoles del art. 22.2 LOPJ, la copia que hace el art. 22 quater c) LOPJ de los foros del Reglamento 2201/2003 al trasladar el legislador español los criterios competenciales de este instrumento a la hora de elaborar la regla autónoma, deriva en su solapamiento, restándole operatividad, a lo que debe unirse la imposibilidad de tener en cuenta una eventual sumisión expresa del actual art. 22 bis LOPJ desde el momento en que el legislador español incluyó como condición para su aplicación que se trate de materias

¹² Así, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2018, p. 466.

¹³ Así, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, 2018, p. 466.

¹⁴ BOE de 22 de julio de 2015.

“...en que una norma expresamente lo permita...”, lo que no sucede respecto de las crisis matrimoniales¹⁵.

Por otro, porque el legislador comunitario emplea en el Reglamento 2201/2003, a diferencia de otros regímenes basados en la jerarquización de foros y ausente la autonomía de la voluntad expresa o tácita, una serie de foros exclusivos de competencia judicial internacional (arts. 3 a 5 R. 2201)¹⁶, de alcance objetivo y que resultan operativos de manera alternativa y no jerárquica¹⁷. Esta variedad de foros de competencia judicial internacional, incrementada por la jurisprudencia del caso *Hadadi*¹⁸ y cuya flexibilidad responde a la necesidad de adaptarse a la movilidad de las personas y a sus necesidades individuales¹⁹, facilita la pluralidad de procedimientos entre los cónyuges en una materia tan sensible y de alta conflictividad como es la separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial: al margen de aquellos procedimientos iniciados de mutuo acuerdo o de demanda conjunta, no es extraño que, en los procesos matrimoniales contenciosos, aprovechando este carácter alternativo y atendiendo a sus intereses propios, cada uno de los cónyuges interponga su demanda ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro diferente, ambos competentes con base en las reglas del Reglamento 2201/2003, ya sea coincidiendo el *petitum* de ambos procedimientos, ya ante *petitums* divergentes²⁰.

No son sólo razones de comodidad procesal o económica las que, en cualquier caso, pueden llevar a los cónyuges a presentar su demanda ante aquellos Tribunales de un Estado UE coincidentes con su residencia habitual, con su nacionalidad o a dirigir la selección hacia cualquier otro órgano jurisdiccional que convenga a sus intereses²¹.

¹⁵ Sobre estas cuestiones, MASEDA RODRÍGUEZ, J., “Crisis matrimoniales y la reforma de las reglas domésticas españolas de competencia judicial internacional: paso adelante o paso atrás”, *Revista Jurídica Digital UANDES* (Chile), vol. II, núm. 2, 2018, pp. 1-17 y bibliografía allí citada al respecto.

¹⁶ El término *exclusivo* se corresponde con *limitativo*, en el sentido de que no pueden operar más foros de los referidos en el Reglamento 2201/2003, y no con un supuesto carácter jerárquico o privilegiado; así, GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: «Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs»”, *Journ. dr. int.*, 2001-II, pp. 381-430, espec. p. 395.

¹⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *El divorcio internacional en la Unión Europea (jurisdicción y ley aplicable)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2013, p. 33. Por ejemplo, *SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de diciembre de 2017* (JUR 2018\121031), que señala que “...los criterios de competencia son alternativos, lo que significa que no hay ninguna jerarquía ni prelación...”.

¹⁸ Véase *STJUE de 16 de julio de 2009*, As. C-168/08, *Hadadi*.

¹⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Competencia...”, *loc. cit.*, p. 371.

²⁰ En este sentido, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz*, 2011, 2013, pp. 135-194, espec. p. 155; también, MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 322; o GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, pp. 399-400.

²¹ Véase BAARSMA, N.A., *The Europeanisation of International Family Law*, Asser Press, The Hague, 2011, pp. 153-154, alertando de que la pluralidad de foros del Reglamento 2201/2003 puede dar ventaja a aquella parte económicamente más fuerte que puede recabarse un asesoramiento más importante respecto de qué Tribunal seleccionar en función de la ley aplicable, al margen de lo que supone en términos económicos litigar en el extranjero; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 100. Véase BOICHÉ,

Piénsese, por una parte, que no todas las normativas materiales internas recogen las figuras de la separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial, aunque algunas causas de divorcio en ciertos ordenamientos puedan coincidir con las causas de nulidad en otros: frente a ordenamientos jurídicos que recogen la totalidad de estas instituciones (España, Portugal, Francia, Italia, Bélgica...), otras normativas domésticas sólo regulan el divorcio, desconociendo la figura de la separación judicial (Alemania, Austria, Finlandia, Suecia, Grecia, Países Bajos...) o de la nulidad matrimonial (Suecia, Finlandia...)²². De acuerdo con ello, no debe descartarse que un cónyuge vincule la selección del Tribunal ante el que presenta la demanda al hecho de que la legislación material doméstica del Estado al que pertenece este órgano jurisdiccional se adapte a su intención de solicitud. Del mismo modo, y partiendo de que el Reglamento 2201/2003 regula únicamente las cuestiones de la competencia judicial internacional relativas a la relajación o disolución del vínculo²³, pueden ser razones vinculadas a la ley aplicable aquéllas que determinen la selección del Tribunal donde el cónyuge decide interponer su demanda. Téngase en cuenta, al respecto, que el *Reglamento (UE) núm. 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*²⁴, se alinea con aquellos instrumentos de cooperación reforzada, de manera que la uniformización de la normativa conflictual aplicable a las causas de separación judicial o divorcio no afecta a la totalidad de los Estados miembros, aplicando aquellos Estados no vinculados por este Reglamento 1259/2010 su norma de conflicto doméstica, cuya respuesta puede favorecer las pretensiones de uno de los cónyuges frente al otro²⁵. Además, este Reglamento 1259/2010 no se ocupa de las cuestiones conflictuales relativas a la nulidad matrimonial (art. 1.2.c R. 1259), cuya regulación queda a expensas de lo determinado por el legislador nacional (art. 107.1 C.c., en el caso español)²⁶, siendo también estas divergencias las razones que pueden condicionar, asimismo, la actuación procesal de los cónyuges. A lo expuesto, añádase el hecho de que, aunque es

A., “Nota a Paris, 19 décembre 2002”, *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 816-827, espec. pp. 821-822, en relación a las diferencias entre litigar en Francia o en Inglaterra en materia matrimonial.

²² Sobre estas divergencias, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad...”, *loc. cit.*, p. 148; o BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 52. También, véanse las *Tables* en el Anexo al *Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio* (COM (2005) 82 final), señalando asimismo las diferentes formas de los legisladores nacionales de enfrentarse a una misma institución.

²³ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 22.

²⁴ DOUE L 343/10, de 29 de diciembre de 2010.

²⁵ En relación a esta búsqueda de la ley aplicable en esta materia de crisis matrimoniales, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Comares, Granada, 2014/2015, p. 193, cuando señala que este *forum shopping* no termina con la adopción de este Reglamento 1219/2010 dado su carácter de cooperación reforzada, si bien es cierto que el problema era mayor antes de su entrada en vigor; BAARSMA, N.A., *The Europeanisation...*, *op. cit.*, p. 154; BOELE-WOELKI, K./GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “The impact and the application of the Bruxelles II bis Regulation in the member States: comparative synthesis”, en BOELE-WOELKI, K./GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (edit.), *Brussels II bis: its impact and application in the Member States*, Intersentia, 2007, pp. 23-40, espec. p. 33; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 55; o GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad...”, *loc. cit.*, p. 156. También, *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment (Final Report, Analytical annexes)*, en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/924728ec-9148-11e8-8bc1-01aa75ed71a1>, mayo de 2015, p. 18.

²⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad...”, *loc. cit.*, pp. 184-185.

cierto que el Reglamento 2201/2003 no regula cuestiones como las obligaciones alimenticias entre cónyuges o aquéllas relativas al régimen económico matrimonial²⁷, propias de otros instrumentos comunitarios²⁸, las respuestas de ley aplicable del correspondiente régimen regulador pueden determinar la conducta procesal de los cónyuges a la hora de seleccionar el Tribunal competente para la relajación o disolución del vínculo conyugal en tanto la existencia de reglas de competencia que favorecen la acumulación de causas ante un mismo órgano jurisdiccional (por ejemplo, art. 8 R. 2201, permitiendo reclamar por cuestiones relativas a responsabilidad parental ante aquellos Tribunales que resulten competentes en materia de crisis matrimoniales; art. 5 R. 2016, en relación a los regímenes económico-matrimoniales; o, en el mismo sentido, art. 3.c o 4.c.i R. 4/2009, esta vez respecto de reclamaciones de alimentos y pensión compensatoria). La reciente entrada en vigor y/o aplicabilidad de la normativa comunitaria a muchos de estos aspectos ligados típicamente a una demanda de disolución del matrimonio consigue reducir en parte el problema de *forum shopping* referido, más elocuente en los momentos anteriores a su vigencia y aun persistente en la actualidad dado que muchos de estos nuevos regímenes comunitarios surgen en forma de instrumentos de cooperación reforzada (por ejemplo, Reglamento 2016/1103, relativo a los regímenes económico-matrimoniales)²⁹.

La importancia de una regla reguladora de la pluralidad de procedimientos de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial en el ámbito judicial europeo, como es aquélla recogida en el art. 19 R. 2201, no es, pues y en consonancia con lo expuesto,

²⁷ En relación a la dispersión internacional del pleito, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *El divorcio...*, *op. cit.*, p. 44; o ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales (nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español)*, *De Conflictu Legum*, USC, Santiago de Compostela, 2004, pp. 139-140 y pp. 65-109.

²⁸ Respecto de las obligaciones alimenticias entre cónyuges, *Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* (DOUE L 7/1, de 10 de enero de 2009); y respecto del régimen económico matrimonial, *Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales* (DOUE L 183/1, de 08 de julio de 2016).

²⁹ Véase, en este sentido, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2014/2015, p. 207, cuando señala que el verdadero *forum shopping* en materia de crisis matrimoniales se produce, no tanto por la disolución del vínculo, como en atención a estas cuestiones asociadas, sobre todo, las relativas a los efectos económicos de una separación judicial o un divorcio. También, *Practical Problems Resulting from The Non-Harmonization of Choice of Law Rules in Divorce Matters*, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, the Netherlands, December 2002, en http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/divorce_matters_en.pdf, pp. 9-14, en relación al *forum shopping* en crisis matrimoniales antes de la entrada en vigor del Reglamento 4/2009 sobre alimentos, y *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment (Final Report, Analytical annexes)*, en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/924728ec-9148-11e8-8bc1-01aa75ed71a1>, mayo de 2015, p. 18, señalando la reducción del *forum shopping* en crisis matrimoniales con base en cuestiones alimenticias por la entrada en vigor del Reglamento 4/2009, aunque hay Estados UE no vinculados por el Protocolo 2007.

una cuestión menor³⁰. No deja de serlo, tampoco, tras la reforma del Reglamento 2201/2003 y su transformación en el Reglamento 2019/1111.

2.- Reglas de litispendencia y acciones dependientes: presente, pasado y futuro

El art. 19 R. 2201 es heredero del anterior art. 11 R. 1347, nacido a su vez a partir del también art. 11 del *Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*. Respondía originalmente a razones ligadas a las dificultades del antiguo art. 21 CB 1968³¹ a la hora de enfrentarse a los supuestos de litispendencia y su delimitación respecto de la conexidad³², además de a las diferencias normativas de los Estados miembros en cuanto al concepto mismo de litispendencia, más estricto en ciertos Estados como Francia, Portugal, Italia o España, donde se exige identidad de objeto, causa y partes, frente a una noción más amplia de litispendencia referida únicamente a identidad de objeto y partes existente en otros ordenamientos jurídicos³³. Las ya reseñadas diferencias entre las normativas materiales de los Estados miembros, cuyas legislaciones domésticas no contemplan la totalidad de las figuras de la separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial, exigían un precepto regulador de los procesos paralelos entre Estados miembros distinto de los ya existentes, adaptado a la idiosincrasia de las procedimientos relativos a crisis matrimoniales y que cumpliera el objetivo de evicción de resoluciones contradictorias en el ámbito del espacio judicial europeo³⁴.

Aunque la redacción del art. 19 R. 2201 difiere ligeramente de la recogida en el art. 11 R. 1347, su trascendencia no es sustancial. Las modificaciones en su tenor simplifican el texto sin cambiar en esencia sus consecuencias finales³⁵, por lo que puede decirse que

³⁰ Véase ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, pp. 415-416, cuando entienden que es esta pluralidad de foros alternativos la que motivó la introducción del “...mecanismo corrector sofisticado...” de la litispendencia del art. 11 R. 1347, considerando que hubiera sido mejor un control de la competencia judicial internacional indirecta.

³¹ *Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968* (DOCE C 189, de 28 de julio de 1990, sucedido por el *Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DOCE L, núm. 12, de 16 de enero de 2001), y, actualmente, por el *Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DOCE L-351/1, de 20 de diciembre de 2012).

³² Véase BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 52.

³³ Véase BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 52; CANO BAZAGA, E., “El Derecho de familia comunitario: competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental”, *Anuario de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, pp. 67-89, espec. pp. 85-86.

³⁴ Véase BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 52, aludiendo a la búsqueda de una regla que, con el objetivo de evitar decisiones inconciliables, se ajustase a los supuestos de Derecho de familia, diferentes de aquéllos relativos al Derecho patrimonial; según señala este Informe, fue la presidencia luxemburguesa quien propuso el texto que, finalmente, fue aceptado por el resto de Estados miembros.

³⁵ Véase MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 322; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 66; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Lights...”, *loc. cit.*, p. 105, que habla de simplificación del texto

no introduce novedades relevantes respecto del precepto anterior al margen de mejorar de manera importante su redacción al emplear un lenguaje más económico sin alterar respuestas³⁶.

Además de un art. 11.4 R. 1347, regulador del momento a partir del cual se debe entender iniciado un proceso a efectos de litispendencia y que en el Reglamento 2201/2003 se escinde para regular este aspecto de manera general (art. 16 R. 2201)³⁷, el Reglamento 2201/2003 hace una referencia expresa a los supuestos de responsabilidad parental (art. 19.2 R. 2201) que no se hallaba recogida en el Reglamento 1347/2000, cuyo art. 11.1 R. 1347 hablaba genéricamente de formular demandas ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, dedicando el art. 19.1 R. 2201 exclusivamente a las demandas relativas a las crisis matrimoniales. Asimismo, desaparece la regulación diferenciada de los supuestos de litispendencia y acciones dependientes existente en el art. 11 R. 1347³⁸. Ajustándose a los cambios principales promovidos en un Reglamento 2201/2003 que trata de modo diferenciado las reglas relativas a crisis matrimoniales y aquéllas de responsabilidad parental, operativas con independencia del vínculo o de la existencia de una causa matrimonial³⁹, no existe ya en el art. 19 R. 2201 un equivalente al párrafo primero del art. 11 R. 1347, inclusivo de las demandas relativas a crisis matrimoniales y a responsabilidad parental, que hablaba de forma genérica de "...demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes..."⁴⁰, frente a un párrafo segundo del mismo precepto, dirigido expresa y exclusivamente a las reclamaciones relativas a separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial y que se expresaba en términos de "...sin el mismo objeto ni la misma

anterior. Se deduce la intención de mantenimiento de la misma respuesta básica en el cambio del art. 11 R. 1347 al art. 19 R. 2201, en *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n° 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) n° 44/2001 en materia de alimentos* (COM (2002) 222 final/2), p. 11; o en *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II (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)*, en http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf, p. 52. Más dudas plantea MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 247 y pp. 250-251, respecto de este cambio de redacción del art. 11 R. 1347 al art. 19 R. 2201, sobre todo en cuanto a acciones dependientes se refiere.

³⁶ Hablando de mejora, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Jurisdiction...", *loc. cit.*, p. 66; NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border Divorce Law – Brussels II bis*, Oxford, 2010, p. 189; CARO GÁNDARA, R., "Nuevos desafíos comunitarios en materia matrimonial y de responsabilidad parental en las relaciones jurídicas transfronterizas (competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de familia y sustracción internacional de menores a la luz del Reglamento 2201/2003)", *Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 4695-4731, espec. pp. 4721-4722. Con más dudas, MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, pp. 250-251, cuando, como veremos más adelante, de sus palabras se deduce que, al regular expresamente el art. 11.2 R. 1347 las acciones dependientes, se evitaba un ejercicio posterior de calificación e interpretación que ahora sí conlleva la mayor amplitud de términos del art. 19.1 R. 2201, lo que puede hacer cuestionable esta simplificación del nuevo precepto.

³⁷ Véanse notas correspondientes en el epígrafe dedicado al inicio de un procedimiento.

³⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Jurisdiction...", *loc. cit.*, p. 66.

³⁹ MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 322.

⁴⁰ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Informe...", *loc. cit.*, par. 53, cuando dice que se aplica a todos los litigios a que se refiere el Convenio.

causa entre las mismas partes...”⁴¹: el art. 19.1 R. 2201, cuando habla de “...demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros...”, se refiere implícitamente tanto a situaciones clásicas de litispendencia entre este tipo de acciones como a aquéllas otras relativas a acciones dependientes⁴². En cualquier caso, en ambos supuestos se mantiene la solución del anterior Reglamento 1347/2001: el Tribunal ante el que se presenta la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento hasta que no se establezca la competencia del primero de los Tribunales, inhibiéndose a su favor en caso afirmativo⁴³.

Respetando la escisión introducida en el Reglamento 2201/2003 en la regulación del aspecto relativo al momento de inicio de un procedimiento (art. 17 R. 2019, añadiendo un apartado más a los dos ya existentes en el art. 16 R. 2201), es el Reglamento 2019/1111 el instrumento que introduce las novedades más significativas en materia de regulación de los procesos paralelos a partir de un art. 20 R. 2019 regulador de la “...litispendencia y acciones dependientes...” también con base en el principio general del *prior tempore*. Más en sede de responsabilidad parental y no tanto en materia de crisis matrimoniales, que es lo que ahora interesa, donde se mantiene la misma regulación en un art. 20.1 R. 2019 que reproduce, con ligeros cambios de redacción en su versión en español sustancialmente no relevantes, el art. 19.1 R. 2201, y respecto de las cuales el legislador comunitario mantiene la misma solución de suspensión e inhibición a favor del primer Tribunal declarado competente tanto para las acciones

⁴¹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 54, al entabecer que el art. 11.2 R. 1347, frente a un art. 11.1 R. 1347 que incluye igualmente la responsabilidad parental, se limita al divorcio, la separación legal y la nulidad del matrimonio (y sólo en relación a ellos se aplica la regla de la litispendencia en ausencia de identidad de objeto). Véase NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 188-189, que considera que el art. 11 R. 1347 regulaba mucho más explícitamente esta distinción.

⁴² Véanse los autores citados en el epígrafe dedicado a las acciones dependientes. También, DOUCHY-OUUDOT, M., “Le traitement de la litispendance”, en FULCHIRON, H./NOURISSAT, C. (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 209-216, espec. p. 212; MCELEAVY, P., “The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?”, vol. 53, *I.C.L.Q.*, 2004, pp. 605-642, espec. p. 624; HELENA BRITO, M., “O Regulamento (CE) núm. 2201/2003 do Conselho, de 27 novembro de 2003”, en *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, MIRANDA, J./DE LIMA PINHEIRO, L./MOURA VICENTE, D. (coord.), Coimbra, Almedina, 2005-I, pp. 305-356, espec. p. 333. Asimismo, MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 250, que plantea la posibilidad de que, como argumento *a contrario*, la ausencia en el art. 19 R. 2201 de un equivalente al art. 11.2 R. 1347 suponga la ausencia en el Reglamento 2201/2003 también de su contenido, o bien que el art. 19.1 R. 2201 refunde los párrafos 1 y 2 del anterior art. 11 R. 1347: de la primera posibilidad no tiene constancia en los trabajos preparatorios del art. 19 R. 2201, y la segunda podría suponer un distinto alcance interpretando que distintas redacciones pueden dar lugar a distintas interpretaciones; con todo, dado el encabezamiento del art. 19 R. 2201 (“Litispendencia y acciones dependientes”), concluye en que el contenido del art. 11.2 R. 1347 se ubica en el tenor más amplio del art. 19.1 R. 2201. Por su parte, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 188-189, partiendo de la regulación más explícita del art. 11 R. 1347 en cuanto a litispendencia y acciones dependientes respecto de la ofrecida por el art. 19 R. 2201, especula con la posibilidad de que esta modificación pudiera imponer un concepto más restringido de litispendencia, entendiendo el art. 19.1 R. 2201 aplicable solo respecto de un segundo Tribunal en relación a un mismo tipo de procedimiento (sólo separación, sólo divorcio...), lo que descarta finalmente por coherencia con el art. 19.3 R. 2201.

⁴³ RODRÍGUEZ PINEAU, E., “El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”, *La Ley*, 2004, pp. 1721-1731, espec. par. II.2.c.

dependientes como para la litispendencia clásica (equivalentes art. 19.3 R. 2201 y art. 20.3 R. 2019), así como la posibilidad de interponer de nuevo ante los primeros Tribunales la acción previamente incoada ante el segundo (art. 19.3 *in fine* R. 2201 y art. 20.3 *in fine* R. 2019). Las novedades se ubican en sede de responsabilidad parental: el art. 20.2 R. 2019 reproduce casi en su totalidad el art. 19.2 R. 2201 relativo a la litispendencia en esta materia, estableciendo la misma solución de suspensión e inhibición a favor del primer Tribunal declarado competente, "...excepto si la competencia de uno de los órganos jurisdiccionales se basa únicamente en el artículo 15...", mención que no aparece en el Reglamento 2201/2003 y que regula la competencia en relación a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, en casos de urgencia (art. 15 R. 2019). Además, y siguiendo el modelo del Reglamento 1215/2012, flexibiliza el Reglamento 2019/1111 el principio del *prior tempore* por influencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad (arts. 20.4 y 20.5 R. 2019), posible en sede de responsabilidad parental pero no en materia de crisis matrimoniales, donde el Reglamento 2019/1111 reproduce los foros de competencia en la materia del Reglamento 2201/2003 (arts. 3 a 5 R. 2201), ausentes la sumisión expresa o tácita, aunque sin referencia ya al *domicile* del Reino Unido e Irlanda (arts. 3 a 5 R. 2019).

La amplitud con la que, desde su origen, aparecen concebidas las reglas de litispendencia en materia de crisis matrimoniales, y que se mantienen en la actualidad, conlleva la ausencia de regla alguna reguladora de una eventual conexidad. Así lo era en el Reglamento 1347/2000, siguiendo el Convenio de 1998, y así es en el Reglamento 2201/2003, continuando de la misma manera en el Reglamento 2019/1111⁴⁴.

3.- Separabilidad de causas a efectos de litispendencia en crisis matrimoniales: regímenes aplicables diferentes

Aunque nada impide que una causa matrimonial de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial, tenga como único objeto la relajación o disolución del vínculo conyugal, no es infrecuente que una reclamación relativa a una crisis matrimonial se acompañe de una demanda relativa a obligaciones alimenticias entre los cónyuges o para con los hijos del matrimonio, así como de una reclamación relativa a responsabilidad parental. Del mismo modo, nada impide que este tipo de solicitudes se desarrolle en procesos paralelos dirimidos ante Tribunales de Estados miembros distintos. Lo vemos, por ejemplo, en el caso *Liberato*, respecto de una demanda de separación y custodia del menor interpuesta por el esposo ante un Tribunal italiano, unida a la interpuesta ante este mismo Tribunal por la esposa relativa a la contribución de la manutención del hijo común, frente a aquella otra de la esposa incoada ante la jurisdicción rumana, solicitando a su vez el divorcio, la custodia exclusiva del hijo menor, así como la contribución de cada progenitor a los alimentos del hijo⁴⁵.

Del mismo modo que la competencia judicial internacional del Tribunal UE de que se trate se decide de acuerdo con el régimen aplicable correspondiente, la litispendencia en relación a la pluralidad de reclamaciones relativas a cada demanda resulta ubicable en

⁴⁴ BORRAS RODRIGUEZ, A., "Informe...", *loc. cit.*, par. 56; GAUDEMET-TALLON, H., "Le Règlement...", *loc. cit.*, p. 405; ANCEL, B./MUIR WATT, M., "La désunion...", *loc. cit.*, p. 429.

⁴⁵ Véase la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*.

normas y regímenes aplicables diferentes en función de la materia: art. 19.1 R. 2201 para la causa matrimonial, el art. 19.2 R. 2201 para la responsabilidad parental, y el art. 12 R. 4/2009 respecto de las obligaciones de alimentos⁴⁶. La determinación de la existencia de litispendencia y sus exigencias se decide, pues, por cada régimen aplicable y, dentro de este régimen, por la norma que resulte aplicable, que será el/la que permita (o no) que un único Tribunal conozca de esta pluralidad de reclamaciones vinculadas; o, lo que es lo mismo, aunque sea apropiado que esta pluralidad de causas se resuelva conjuntamente, de no existir propiamente una situación de litispendencia, un Tribunal competente *ex* Reglamento 2201/2003 para una causa de divorcio no debe remitir el procedimiento a favor de otro Tribunal UE ante el que se está dirimiendo una causa de alimentos o de responsabilidad parental⁴⁷.

Con todo, el TJUE llegó a afirmar en este mismo asunto *Liberato*, que, "...si en el procedimiento relativo al vínculo matrimonial se presentan demandas relativas a la responsabilidad parental, se aplican las normas de la litispendencia relativas a la disolución matrimonial. Lo mismo cabe decir en materia de alimentos cuando las demandas sean incidentales a la acción relativa al estado de las personas, de conformidad con el art. 5.2 R. 44. De ello se sigue que a las primeras demandas se les aplica el art. 19.1 R. 2201, mientras que las segundas se rigen por el art. 27 R. 44..."⁴⁸. Parece sostener así el TJUE la aplicación del art. 19.1 R. 2201 a la valoración de la posible litispendencia relativa a una cuestión de responsabilidad parental o de alimentos que aparezca vinculada a un procedimiento matrimonial, lo que supondría la toma en consideración asimismo de sus condiciones, desechando así las exigencias del art. 19.2 R. 2201 dedicado de forma especial a la litispendencia (y a sus condiciones) en los supuestos de responsabilidad parental⁴⁹. Si bien en materia de alimentos parece expresamente reconducirse dado que finalmente se remite a la aplicación del art. 27 R. 44, norma reguladora anterior al actual art. 12 R. 4/2009, parece abogar el TJUE, por el contrario y en sede de litispendencia en materia de responsabilidad parental, por un doble régimen regulador en función de que el caso aparezca o no vinculado a un proceso matrimonial⁵⁰. Ello puede deberse a la existencia de una cierta contaminación de la interpretación del art. 19 R. 2201 por las situaciones contempladas por su precedente el art. 11 R. 1347 en tanto que en el Reglamento 1347/2000 las únicas situaciones de litispendencia posibles tenían su origen en relación con procesos

⁴⁶ MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 326, señalando que causas vinculadas como los alimentos o regímenes económicos matrimoniales no forman parte del art. 19.1 R. 2201, y p. 335, respecto de las obligaciones de alimentos; o MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 247. Véase, erróneamente, *Sent. Trib. Firenze de 20 de mayo de 2003 (Riv. dir. int. pr. proc.*, 2005, p. 737), en aplicación del art. 11 R. 1347; al respecto, MARONGIU BUONAIUTI, F., "Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti Bruxelles I e Bruxelles II", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 41, núm. 3, 2005, pp. 699-722.

⁴⁷ NI SHÚLLEABÁHIN, M., *Cross-Border...*, *op. cit.*, p. 211; MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 335.

⁴⁸ Véase ap. 36 de la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*, recurriendo a los ap. 56 y 57 de las Conclusiones del Abogado General, que se apoya, a su vez, en GAUDEMET-TALLON, H., "Divorce. Divorce prononcé en France. Introduction. Compétence des tribunaux français. Particularités del'instance", *JurisClasseur. Droit international*, Fasc. 547-10 (mis à jour au 1 mars 2017), pp. 1-50, par. 135.

⁴⁹ En esta línea, GAUDEMET-TALLON, H., "Divorce...", *loc. cit.*, par. 135.

⁵⁰ Es lo que deduce ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Litispendencia...", *loc. cit.*, par. 4.

matrimoniales dentro de los que se discutiese la responsabilidad parental, sin que el art. 11 R. 1347 hiciese la distinción explícita que ahora sí hace el art. 19.1 y 2 R. 2201⁵¹.

La realidad, no obstante, no es ésa. Como decíamos, la litispendencia en relación a la pluralidad de reclamaciones vinculadas a una demanda relativa a crisis matrimoniales se regula por su régimen aplicable y, dentro de su normativa, por su regla correspondiente, que es lo que finalmente también hizo el TJUE en el caso referido cuando apela a las normas de litispendencia correspondientes a cada materia⁵². Por tanto, si en el procedimiento relativo al vínculo matrimonial se presentan demandas relativas a la responsabilidad parental, no se deben aplicar las normas de la litispendencia relativas a la disolución matrimonial. Si en el art. 19 R. 2201 la diferencia es explícita, situando la litispendencia en materia de separación judicial, nulidad o divorcio, en el párrafo primero, y en materia de responsabilidad parental en el párrafo segundo, lo mismo sucedía en el anterior art. 11 R. 1347, si bien de manera implícita: la regla especial del art. 11.2 R. 1347 regulaba sólo los asuntos matrimoniales y no para aquéllos que pudieran afectar a la responsabilidad parental⁵³.

Todo ello, con independencia de que esta fragmentación en el régimen regulador de la litispendencia pueda dar lugar a una también fragmentación en los Tribunales finalmente conocedores de causas que se hallan muy vinculadas, aumentando el riesgo de resoluciones contradictorias a la par que contribuye a fomentar todo tipo de tácticas litigiosas⁵⁴.

⁵¹ Especulando con esta posible explicación, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Litispendencia...”, *loc. cit.*, par. 4.

⁵² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Litispendencia...”, *loc. cit.*, par. 4.

⁵³ En este sentido, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 54, tercer párrafo. Véase, asimismo, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Litispendencia...”, *loc. cit.*, par. 4, señalando un régimen para la cuestión alimenticia distinto del propio de la cuestión de estado civil con la que aparezca vinculada y que haya motivado la competencia, lo mismo también respecto de la cuestión de responsabilidad parental. Sigue indicando este autor que, de situarse en una hipótesis común en la que, en los dos procesos matrimoniales, se discute sobre la responsabilidad parental sobre un mismo menor, resultaría indiferente discutir sobre los requisitos exigidos para estimar la litispendencia (existirán todos), pero ante otras hipótesis “...la afirmación del TJUE, del Abogado General y de la citada autora (GAUDEMET-TALLON, H.) puede carecer de relevancia, cuando no de propiedad...”: pone como ejemplo un caso de alimentos que se discuten en el proceso matrimonial donde se puede cuestionar la identidad de partes dado que, aunque lo habitual es que los cónyuges litiguen por sus alimentos y eventualmente por los de los hijos, los hijos pueden actuar en su propio nombre, u otro de responsabilidad parental en el que en el primer procedimiento se discute sólo sobre hijos comunes y en el segundo también sobre hermanos de vínculo sencillo.

⁵⁴ NI SHÜLLEABÁHIN, M., *Cross-Border...*, *op. cit.*, p. 214.

III. NATURALEZA DE LA REGLA DE LITISPENDENCIA INTRACOMUNITARIA EN MATERIA MATRIMONIAL: RIGIDEZ Y POSIBLE FLEXIBILIZACIÓN

1.- Una regla basada en el *prior tempore*: la rigidez del art. 19 R. 2201

Inspirado en el art. 21 CB 1968 (art. 27 R. 44; actual art. 29 R. 1215)⁵⁵, el art. 19 R. 2201 tiene su base en el principio del *prior tempore* a la hora de enfrentarse a procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales en el ámbito intracomunitario⁵⁶, al establecer, como vimos, que, “...cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera...” (art. 19.1 R. 2201): en caso afirmativo, el segundo órgano jurisdiccional se inhibirá a favor del primero, mientras que, en caso negativo, el segundo órgano jurisdiccional debe levantar la suspensión y proseguir con el procedimiento (art. 19.3 R. 2201).

Basada en el orden cronológico de acciones, la regla del *prior tempore* conforma una respuesta clara, aparentemente sencilla y contundente, a la hora de enfrentarse a procedimientos matrimoniales paralelos⁵⁷, concediendo prioridad al primero de ellos frente al iniciado en último término y alejándose, con ello, de respuestas basadas en conceptos jurídicos indeterminados y de más difícil aprehensión, tal como aquél fundamentado en la identificación del órgano jurisdiccional competencialmente mejor situado para conocer⁵⁸. Desde esta óptica y partiendo de la competencia del primero de los órganos jurisdiccionales decidida a partir de una serie de reglas determinadas por el

⁵⁵ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 238; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 321. Partiendo de esta base, nada impide la toma en consideración de la jurisprudencia del TJUE relativa al art. 21 CB 1968 (art. 27 R. 44 o art. 29 R. 1215) a la hora de interpretar el art. 19 R. 2201; así, MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 241. Véase *Sent. Corte Cass. italiana de 07 de mayo de 2004 (Riv. dir. int. pr. proc.*, 2005, p. 424); o *Sent. OGH austríaco de 9 de septiembre de 2002 (IPRax*, 2003, p. 456; *Europ. Legal Forum*, 2003, p. 45), ambas en relación a la posibilidad de hacer referencia a la jurisprudencia del Reglamento 44/2001 (y sucesores).

⁵⁶ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 238; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 66; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 100; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 322.

⁵⁷ Valorando esta claridad, MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 239; BARATTA, R., “Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia”, en PICONE, P. (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, pp. 163-203, espec. p. 179; VITELLINO, G., “European...”, *loc. cit.*, p. 225; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 322. En la práctica comunitaria, señalando la voluntad del legislador de la UE de arbitrar un mecanismo claro y eficaz para resolver los casos de litispendencia, basado en el orden cronológico de las acciones, véase, ap. 29 y 30 de la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C- 489/14, A. Y en la práctica doméstica, por ejemplo, *AAP Barcelona de 12 de marzo de 2008 (AEDipr.*, 2008, p. 880), con nota de GARDENES SANTIAGO, M.

⁵⁸ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 239. Se desecharon también hacer excepciones a la atribución de la exclusiva competencia del primer Tribunal en el tiempo a favor de los Estados escandinavos; al respecto, JÄNTERÄ-JAREBORG, M., “Marriage Dissolution in an Integrated Europe: The 1998 European Union Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters (Brussels II Convention)”, *Yearbook of Private International Law*, 1999, pp. 1-36, espec. p. 17.

Reglamento 2201/2003 y vinculantes para la totalidad de los Tribunales de los Estados UE, se evita la apropiación de la causa por parte del segundo de los órganos jurisdiccionales en juego, garantizando de esta manera que conozca únicamente uno de ellos y, con ello, la emisión de una única resolución que resuelva la causa matrimonial⁵⁹. La regla del *prior tempore* responde, pues, al problema de la pluralidad de procesos matrimoniales, con simplicidad y certeza, no sólo reduciendo o eliminando la posibilidad de litigar en más de una jurisdicción, también evitando dilatar en el tiempo la resolución de una causa de tener que argumentar cuál de los órganos jurisdiccionales competentes resulta más conveniente: frente a una respuesta más cercana al respeto a una eventual justicia material, ubicando la causa en aquel Tribunal competencialmente mejor situado con independencia del orden temporal de acciones, se decanta así el legislador comunitario por una regla clara y operativa que cumple con el objetivo encomendado⁶⁰.

No obstante, operar a partir de un principio de prioridad temporal, en combinación con la pluralidad de foros alternativos (y no jerárquicos) ofrecidos en el Reglamento 2201/2003, tiene como consecuencia el fomento de lo que se conoce como una carrera hacia los Tribunales o *race to courts*⁶¹, relevante en cualquier tipo de materias en las que este mismo tipo de conflictos se resuelve atendiendo al mismo principio y más sin duda en este ámbito de las crisis matrimoniales donde el *forum shopping* no se basa, únicamente y como vimos, en las divergencias entre normativas en cuanto a la relajación o disolución del vínculo matrimonial, sino, sobre todo, por las divergencias existentes en las respuestas a aquellas causas vinculadas⁶². No sólo las diferencias

⁵⁹ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 239.

⁶⁰ MOSTYN, N., “Brussels II – The Impact on forum disputes”, *Family Law*, 2001, pp. 359-367, espec. p. 364; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 240; LAZÍĆ, V., “Common Provisions (Articles 16-20), en *Regulation Brussels IIbis Guide for Application (As part of the final output from the project ‘Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and CJEU’, funded by the European Commission’s Justice Programme (GA - JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7722)*, July 2018, en <https://www.asser.nl/media/5260/cross-border-proceedings-guide-for-application.pdf>, pp. 168-201, espec. p. 183; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 322.

⁶¹ Véase el *Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio* (COM (2005) 82 final), p. 6, que emplea esta terminología de “riesgo de carrera al Tribunal”. También, *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment (Final Report, Analytical annexes)*, en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/924728ec-9148-11e8-8bc1-01aa75ed71a1>, mayo de 2015, p. 17. Véase GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 405, cuando se refiere a que el alto número de criterios alternativos del Reglamento 2201/2003 puede multiplicar los casos de litispendencia, llegando a afirmar que la primacía del primero de los Tribunales puede generar una agresividad procesal poco deseable.

⁶² GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad...”, *loc. cit.*, pp. 155-156; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 55 y p. 66; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 240. También, BARUFFI, M.C., “Observazione sul Regolamento Bruxelles II bis”, en BARIATTI, S. (dir.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 175-226, espec. pp. 200-201; o CAMPUZANO DÍAZ, B., “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial”, en *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas/Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, DI FILIPPO, M./CAMPUZANO DÍAZ, B./RODRÍGUEZ BENOT, A./RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. (coord.), 2008, pp. 93-119, espec. pp. 102-103. También, *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment (Final Report, Analytical annexes)*, en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/924728ec-9148-11e8-8bc1-01aa75ed71a1>, mayo de 2015, p. 18.

temporales, incluso de minutos u horas, pueden tener consecuencias procesales y económicas muy drásticas respecto de uno de los cónyuges⁶³, sino que operar (sólo) a partir de la técnica de la priorización temporal puede resultar también contrario a las modernas tendencias del Derecho de familia de favorecer que los cónyuges resuelvan los contenciosos matrimoniales a través del acuerdo⁶⁴.

2.- Posible flexibilización de la regla del *prior tempore* del art. 19 R. 2201

A) La jerarquía de foros y la autonomía de la voluntad en materia de crisis matrimoniales

Consciente de los problemas de rigidez que pueden plantear aquellas reglas de litispendencia basadas única y estrictamente en el principio del *prior tempore*, el legislador comunitario ha ido introduciendo una serie de modificaciones en su operatividad en orden a su flexibilización, empleando para ello diferentes técnicas que le permiten ponderar de modo más adecuado los intereses en juego. Lo vemos cuando privilegia cierto tipo de foros, normalmente aquéllos basados en la naturaleza exclusiva de la competencia o aquéllos otros basados en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, permitiendo con ello el conocimiento de la causa al foro privilegiado con independencia de que no sea el primero de los órganos jurisdiccionales en el tiempo, tal como sucede con el art. 31.2 y 31.3 R. 1215, coherente con el carácter de foro único que el legislador atribuye a aquél seleccionado por la autonomía de la voluntad de las partes del art. 25 R. 1215, o por permitir, frente a la regla general basada en el principio de confianza comunitario, un control de la eventual competencia exclusiva del primero de los Tribunales que llevaría, de ser incompetente, a conocer de la causa al segundo de ellos⁶⁵.

No es posible, no obstante, este tipo de flexibilización del art. 19 R. 2201 en materia de crisis matrimoniales. La ausencia de una jerarquía de foros en el Reglamento 2201/2003 en lo que a crisis matrimoniales se refiere, así como la irrelevancia del ejercicio de la autonomía de la voluntad expreso o tácito en sede de competencia judicial internacional, impide privilegiar unos foros frente a otros y, con ello, el eventual establecimiento de excepciones a la regla de litispendencia de un art. 19 R. 2201 cuya operatividad resulta coherente con el sistema de foros de competencia objetivos y alternativos impuesto por el legislador comunitario en esta materia⁶⁶. Sólo un cambio en la normativa

⁶³ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, pp. 240-241; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 323.

⁶⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad...”, *loc. cit.*, pp. 155-156; GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 405; BARATTA, R., “Il regolamento...”, *loc. cit.*, p. 185; MCELEAVY, P., “The Communitarization...”, *loc. cit.*, pp. 626-627; SHANNON, J., “The impact and application of Regulation Brussels II bis in Ireland”, en BOELE-WOELKI, K./GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (edit.), *Brussels II bis: its impact and application in the Member States*, Intersentia, 2007, pp. 145-166, espec. p. 154.

⁶⁵ Sobre estas cuestiones en relación a la litispendencia en el ámbito del Reglamento 1215/2012, véase, por todos, DICKINSON, A./LEIN, E. (ed.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, pp. 334-343.

⁶⁶ BOELE-WOELKI, K./GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “The impact...”, *loc. cit.*, p. 33; MCELEAVY, P., “The Communitarization...”, *loc. cit.*, pp. 618-620; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 101. Véase *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el*

competencial del Reglamento 2201/2003 dirigido a ubicar la autonomía de la voluntad en materia de crisis matrimoniales y/o estructurar jerárquicamente sus foros de competencia permitiría considerar modificaciones en un futuro art. 19 R. 2201 en orden a su flexibilización⁶⁷, lo que no parece estar en mente del legislador comunitario dado que, a su juicio, esta pluralidad de foros del art. 3 R. 2201 permite favorecer la libre circulación de personas sin poner en riesgo la certidumbre legal, asumiendo asimismo aquellos foros más críticos como son los basados en el *forum actoris* en tanto que percibidos como un medio para salvaguardar la igualdad de armas entre cónyuges⁶⁸. Lo vemos en el Reglamento 2019/1111 que reforma el Reglamento 2201/2003, donde nada cambia en cuanto a las crisis matrimoniales se refiere, en tanto que se limita a reproducir en el art. 20 R. 2019 lo ya dispuesto en el art. 19 R. 2201, de lo que parece deducirse la general satisfacción del legislador comunitario en cuanto a la eficacia de la regla de litispendencia propuesta al efecto, más todavía cuando sí ha modificado su voluntad en lo que a litispendencia en sede de responsabilidad parental se refiere. De ahí que, "...a fin de aumentar la eficacia de los acuerdos de elección de foro (...), (y de que) las disposiciones sobre litispendencia del presente Reglamento no se conviertan en un obstáculo cuando los progenitores confieran competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro..." (Considerando núm. 38 R. 2019), la regla del art. 20 R. 2019 establezca que "...cuando se haya iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva como consecuencia de la aceptación de competencia a que se hace referencia en el artículo 10, los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros suspenderán el procedimiento hasta tanto el órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto el procedimiento en virtud del acuerdo o aceptación declare que no tiene competencia con arreglo al acuerdo o aceptación..." (art. 20.4 R. 2019), lo que supone que, "...en los casos y en la medida en que el órgano jurisdiccional haya establecido su competencia exclusiva de conformidad con una aceptación de competencia a que se hace referencia en el artículo 10, cualquier órgano jurisdiccional de los demás Estados miembros deberán inhibirse en favor de aquel..." (art. 20.5 R. 2019).

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 (COM (2014) 225 final), p. 5, en relación a la ausencia de jerarquía de foros y el (no) posible ejercicio de la autonomía de la voluntad en competencia.

⁶⁷ BONOMI, A., "La compétence internationale en matière de divorce, quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles II bis", *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2017, pp. 511-534, espec. p. 528. Respecto de la jerarquización de los foros y el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por ejemplo, BONOMI, A., "La compétence...", *loc. cit.*, pp. 516-521, y su propuesta de jerarquías dentro del art. 3 R. 2201. También, sobre la autonomía de la voluntad en esta materia, PALAO MORENO, G., "Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad", *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 451-531, espec. pp. 469-470.

⁶⁸ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Competencia...", *loc. cit.*, p. 371; BONOMI, A., "La compétence...", *loc. cit.*, p. 516. Otros instrumentos dirigidos a regular la unión conyugal o de pareja sí parecen concebir una jerarquía de foros, como el art. 6 R. 2016/1103 sobre regímenes económico matrimoniales.

B) Concesión de desigual peso a las demandas de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial

Como alternativa a la rigidez cronológica del art. 19 R. 2201 (y antecedentes), no faltaron los intentos de flexibilizar el juego de la regla de litispendencia con base en los distintos efectos que la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial tienen en cuanto a la ruptura o mantenimiento del vínculo conyugal, unido al hecho de que las distintas legislaciones de los Estados miembros no contemplan la totalidad de las instituciones referidas. En esta línea se enmarcan aquellas pretensiones de algunos Estados miembros que, en su momento, propusieron que los Tribunales suecos o finlandeses, desconocedores de la nulidad matrimonial y a pesar del mandato del art. 19.1 R. 2201, debían no conocer de un primer proceso de divorcio en Suecia o Finlandia de iniciarse otro proceso posterior de nulidad ante otro Estado miembro en tanto que los efectos del segundo resultaban más extensos que aquéllos del primero⁶⁹. O aquella otra propuesta en la que se especulaba con la posibilidad de impedir el juego de la excepción de litispendencia intracomunitaria en aquellos casos en los que la acción de separación judicial precedía a aquella otra de divorcio (o nulidad matrimonial), dado que la respuesta del primero de los Tribunales no impediría una solicitud de divorcio posterior⁷⁰.

Con todo, y a pesar de las disfunciones que puede conllevar la concesión de un peso semejante a la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial, que veremos en su momento, lo cierto es que no era intención del legislador comunitario mantener la fuerza atractiva de la jurisdicción de los mayores efectos⁷¹, pesando más el objetivo de evicción de procesos paralelos respecto de un mismo matrimonio que pudieran llevar a la convivencia en el espacio judicial europeo de resoluciones contradictorias⁷², así como el tratamiento igualitario respecto de aquellos Estados UE que no conocen ni la separación legal ni la nulidad⁷³.

C) El *forum non conveniens* en materia de crisis matrimoniales

Otra posible opción de flexibilización del art. 19 R. 2201 tiene que ver con la proyección respecto de su estricto orden cronológico de acciones del concepto del *forum non conveniens*, presidido por principios diferentes al *prior tempore* que es común a las regulaciones de litispendencia y donde el elemento temporal no es el determinante sino uno más dentro de aquéllos a tener en cuenta por parte del operador jurídico⁷⁴. Es lo que

⁶⁹ Sobre ello, JÄNTERÄ-JAREBORG, M., “Marriage...”, *loc. cit.*, p. 17.

⁷⁰ BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, pp. 529-530.

⁷¹ Sobre ello, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 54.

⁷² BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, pp. 529-530, reconociendo los obstáculos que provocaría de existencia de procesos paralelos de considerar la ausencia de litispendencia en el caso de primer proceso de separación judicial y segundo de divorcio.

⁷³ Sobre ello, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 54. También, JÄNTERÄ-JAREBORG, M., “Marriage...”, *loc. cit.*, p. 17.

⁷⁴ NIBOYET-HOEGY, M.L., “Les conflits de procédures”, *Travaux com. fr. dr. int. pr.*, 1995-1998, pp. 71-86; FAWCETT, J.J., “General Report”, FAWCETT, J.J. (ed.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, 1995, pp. 27-28; GEORGE, P., “International Parallel Litigation – A Survey of Current Conventions

puede verse en materia de responsabilidad parental en aplicación de un art. 15 R. 2201 en tanto que permite la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto a partir de la ponderación de una serie de factores⁷⁵. Vinculado a supuestos de litispendencia en sede de responsabilidad parental y aunque calificada de escenario poco probable, supondría considerar la posibilidad de que el segundo de los Tribunales pueda conocer de la causa a pesar de que el primero de ellos haya establecido su competencia judicial internacional. Por una parte, permitiendo al primero de los órganos jurisdiccionales que valore la posibilidad de transferir el caso al segundo de los Tribunales a través del art. 15 R. 2201 relativo al *forum non conveniens*⁷⁶; o, por otra, permitiendo al órgano jurisdiccional del Estado miembro que entra a conocer en segundo lugar que solicite al órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se presentó la primera demanda, que se inhíba a su favor habida cuenta de que resulta más conveniente para el conocimiento del asunto⁷⁷.

No debería descartarse proyectar este mismo tipo de comportamientos también en materia de crisis matrimoniales en orden a paliar los efectos negativos de la rigidez cronológica del art. 19 R. 2201⁷⁸. Por un lado, porque, aunque la competencia venga

and Model Laws”, *Texas International Law Journal*, vol. 37, 2002, pp. 500-540, en <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1262&context=facscholar>. Si bien es cierto que el legislador comunitario o autónomo puede obligar al operador jurídico enfrentado a una situación de litispendencia a realizar evaluaciones parecidas a las propias del *forum non conveniens*, tal como sucede cuando debe valorar el concepto de la buena administración de justicia del art. 33 R. 1215 o el art. 39 LCJI, basado también en una apreciación de conjunto de las circunstancias concurrentes (SUDEROW, J., “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, pp. 184-198, espec. p. 195). Con todo, incluso en este último caso, el criterio cronológico sigue siendo determinante en tanto que esta evaluación a efectos de la buena administración de justicia sólo puede realizarla el operador jurídico que actúa en segundo término (GARDEÑES SANTIAGO, M., “Procedimientos...”, *loc. cit.*, p. 112).

⁷⁵ Sobre este art. 15 R. 2201, PATAUT, E./GALLANT, E., “Art. 15”, en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (edit.), *Brussels IIbis Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier, Köln, 2017, pp. 172-185; NOURISSAT, V.C., “Entrée en application le 1er mars 2005 du règlement “Bruxelles IIbis”: un instrument unique pour le contentieux communautaire de la famille”, *Procedures*, núm. 3, 2005, p. 4, señalando el carácter inédito de esta figura en la tradición continental.

⁷⁶ Al respecto, véase MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 261.

⁷⁷ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Diez...”, *loc. cit.*, par. IV.2, en sede de litispendencia y responsabilidad parental, remitiéndose a *The parental responsibility, child custody and visitation rights in cross-border separations*, 2010, en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2010/425615/IPOL-PETI_ET\(2010\)425615_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2010/425615/IPOL-PETI_ET(2010)425615_EN.pdf), p. 216.

⁷⁸ Véanse los autores citados en esta sección; también, MCELEAVY, P., “The Communitarization...”, *loc. cit.*, p. 626; SHANNON, G., “The Internationalisation of Irish Family Law”, *Judicial Studies Institute Journal*, 2005, pp. 42-103, en <https://ijsj.ie/assets/uploads/documents/pdfs/2005-Edition-01/symposium/the-internationalisation-of-irish-family-law.pdf>, espec. p. 62. Asimismo, véase *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio»* (COM (2005) 82 final), p. 21, cuando habla de que “...debiera permitirse la remisión a otro órgano jurisdiccional competente si la parte demandada alega la existencia de factores de vinculación más fuertes o igualmente válidos con otro foro...”; o *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo 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»* (COM (2006) 399 final), p. 72. No obstante, NIBOYET, M.L.,

atribuida a los Tribunales de un concreto Estado UE, existen supuestos susceptibles de hallarse objetivamente más vinculados con otro Estado miembro, más todavía cuando el art. 3 R. 2201 recoge criterios como la nacionalidad común de los cónyuges o la residencia habitual del demandante. Y, por otro, porque con una regla que permita la ubicación de la causa en el órgano jurisdiccional mejor situado se consigue, primero, proteger a aquella parte considerada más débil y con menos posibilidades de seleccionar ante qué órgano jurisdiccional litigar dentro del abanico de foros que ofrece el art. 3 R. 2201⁷⁹; y, segundo, reducir en cierta medida el *forum shopping*, facilitando asimismo la concentración en una única jurisdicción de aquellas demandas vinculadas a un proceso de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial, reduciendo de esta manera la existencia de procesos paralelos⁸⁰. Piénsese, además, que, aunque no existe una regla en el Reglamento 2201/2003 semejante al art. 15 R. 2201 relativa a responsabilidad parental, sí se ha planteado como posibilidad a introducir en sucesivas modificaciones de este instrumento en lo que a crisis matrimoniales se refiere, bien a partir de una regla próxima al ya referido art. 15 R. 2201, bien a través de una regla más precisa, más o menos inspirada en el art. 15 R. 2201 y ajustada a la materia de las crisis matrimoniales, que flexibilizaría la ubicación jurisdiccional de la causa sin generar la incertidumbre a la que puede dar lugar el gran margen de maniobra que tiene el juez al amparo de la doctrina inglesa del *forum non conveniens*⁸¹. Tampoco el legislador internacional o comunitario es ajeno a conceder un cierto poder discrecional al operador jurídico, como sucede en el ámbito de la conexidad del art. 30 R. 1215, del propio art. 15 R. 2201 o del art. 12 del *Convenio de La Haya de 01 de junio de 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y de separaciones legales*⁸².

“La globalisation du procès civil international (dans l’espace judiciaire européen et mondial)”, en https://www.courdecassation.fr/IMG/File/globalisation_proces_civil_international.pdf, 2005, pp. 1-16, espec. p. 10, advierte de los inconvenientes que puede generar la figura del *forum non conveniens*.

⁷⁹ Así, BORG-BARTHET, J., “Jurisdiction in matrimonial matters - Reflections for the review of the Brussels II Regulation”, *Directorate General for Internal Policies, Policy Department: Citizens Rights and Constitutional Affairs*, European Union, 2016, en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOL_STU\(2016\)571361_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOL_STU(2016)571361_EN.pdf), pp. 1-44, espec. pp. 19-20.

⁸⁰ BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 531; NI SHUILLEABHAIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 216. Véase *CC v. NC* (2014 EWHC 703 Fam), donde se dice el Reglamento 2201/2003 puede fomentar el *forum shopping* en la medida en que “...no contiene en relación con una demanda por divorcio una disposición para transferir la demanda a un Tribunal mejor situado para conocer del caso, a diferencia de los procedimientos en relación con los menores, donde existe tal disposición en virtud del art. 15; ni se ha modificado para prever la transferencia sobre la base del *forum conveniens*...”. También, *S v. S* (2014 EWHC 3613 Fam), en un caso de divorcio en el que los jueces ingleses y franceses competentes se tuvieron que repartir las causas ante ellos planteadas (divorcio, alimentos y menores...) en aplicación de las reglas del art. 19 R. 2201, lamentando el juez inglés la ausencia de un mecanismo que evite que distintos jueces de la UE conozcan de causas que se hallan muy vinculadas con el proceso de divorcio.

⁸¹ Sugiere la introducción de una regla de transferencia de acciones en materia matrimonial, BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, pp. 531-533, que, aunque alejada de la amplitud del *forum non conveniens* inglés, no igual al art. 15 R. 2201; también, BORG-BARTHET, J., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, pp. 34-35, si bien sugiriendo una regla semejante al art. 15 R. 2201. En la práctica, véase *S v. S* (2014 EWHC 3613 Fam), lamentando la ausencia en el Reglamento 2201/2003 de una regla en materia de crisis matrimoniales semejante al art. 15 R. 2201 en sede de responsabilidad parental y que permita remitir la causa matrimonial a un juez mejor situado, evitando de este modo maniobras tácticas entre los cónyuges litigantes.

⁸² Con este argumento, véase NÍ SHUILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 224-225.

En tal sentido, se ha propuesto como alternativa de Tribunales mejor situados susceptibles de recibir una transferencia de la causa matrimonial aquéllos del lugar de la última residencia habitual conjunta de los cónyuges, en la medida en que uno de ellos aún reside allí; o del lugar de la residencia habitual del demandado; o del lugar del Tribunal al que se refieren los procedimientos entre las partes en relación con los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, el divorcio, la separación legal o la nulidad del matrimonio o la responsabilidad parental⁸³. En ausencia de un valor preponderante en materia de crisis matrimoniales como aquél del interés superior del menor que preside la transferencia del art. 15 R. 2201 en sede de responsabilidad parental y que podría ubicar la causa incluso ante Tribunales objetivamente no competentes⁸⁴, en materia de crisis matrimoniales el abanico de foros mejor situados debería estar siempre dentro de los foros objetivamente competentes ya relacionados en el art. 3 R. 2201, sin la posibilidad de emplear este mecanismo para cuestionar la competencia de las jurisdicciones que gozan de una mayor legitimidad, como es aquella de la residencia habitual común de los cónyuges⁸⁵. En consecuencia, el juez de la residencia habitual común de los cónyuges ocuparía un lugar preferente desde la óptica del resto de Tribunales a la hora de fundamentar una eventual transferencia, lo que desaconsejaría asimismo que este juez de la residencia habitual común pudiese legítimamente plantear una posible transferencia a favor de otro juez⁸⁶, debiendo en cualquier caso justificarse la transferencia, en ausencia de un interés preponderante en materia de relajación y disolución del vínculo matrimonial, en circunstancias objetivas. Tales serían aquéllas de procurar la coincidencia entre el *forum* y el *ius*, lo que supondría la remisión de la causa al juez cuya ley resultase aplicable al divorcio, o la posibilidad de evitar el parcelamiento de la causa: de este modo, un juez competente para el divorcio con base en la nacionalidad común de los cónyuges podría transferir la causa a favor de aquél de la residencia habitual del matrimonio cuando éste último esté conociendo además de una demanda relativa a la responsabilidad parental o al régimen económico matrimonial⁸⁷. También, cuando la transferencia se emplee como medio para contrarrestar una acción interpuesta con una intención abusiva, desproporcionada o maliciosa⁸⁸, tal como sería cuando uno de los cónyuges interpone su demanda de separación judicial o divorcio con el único objetivo de obligar al otro con recursos limitados para organizar su defensa⁸⁹.

⁸³ Véase esta propuesta en BORG-BARTHET, J., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, pp. 34-35. Ofreciendo una propuesta más genérica de remisión al juez más conveniente en el ámbito matrimonial, véase NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 226.

⁸⁴ Mayor flexibilidad en sede de responsabilidad parental, donde podría caber la transferencia a favor de Tribunales no competentes que se hallen mejor situados; véase ap. 42 y 47 de la *STJUE de 27 de octubre de 2016*, As. C-428/15, *Child and Family Agency*. Al respecto, BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 531.

⁸⁵ BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 532, que emplea el término de *juez natural* del divorcio en referencia al determinado por la residencia habitual común de los cónyuges.

⁸⁶ BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 532.

⁸⁷ BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 532.

⁸⁸ BORG-BARTHET, J., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 35.

⁸⁹ BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, pp. 532-533.

Con todo y a pesar de lo expuesto, lo cierto es que, a día de hoy, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que operen en materia de crisis matrimoniales se hallan vinculados exclusivamente por el mandato del art. 19 R. 2201, lo que les obliga a actuar como su tenor indica y sin la posibilidad de flexibilizar las consecuencias de la aplicación de este precepto con base en valoraciones que vayan más allá de las cronológicas que sean propias de figuras como el *forum non conveniens* o similares⁹⁰. No cabe, pues, la posibilidad de que el primero de Tribunales pueda transferir la causa al segundo de los órganos jurisdiccionales con base en su eventual mejor situación competencial, ni tampoco que el segundo de los Tribunales pueda valorar inhibirse o conocer en tanto que el art. 19 R. 2201 le obliga a inhibirse a favor del primero⁹¹.

El juego del *forum non conveniens* a la hora de regular la convivencia entre procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales resulta de especial debate en el Reino Unido, siempre reticente a la adopción de una regla rígida de litispendencia proveniente de la UE⁹². Si bien parece que podría jugar respecto de terceros Estados, de manera que un juez inglés podría ampararse en esta figura para no retener su jurisdicción respecto de un segundo juez de un tercer Estado o no garantizar la suspensión de causa respecto de un primer juez de un tercer Estado⁹³, más dudas existen en aquellos casos en los que el otro

⁹⁰ NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 196; MCELEAVY, P., “The Communitarization...”, *loc. cit.*, p. 624; ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, p. 428.

⁹¹ NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 196. Por ello, y dado el principio de prioridad temporal del primero de los procesos, resulta equivocado el comportamiento del juez español en el *Auto AP de Madrid de 21 de enero de 2013* (JUR 2013/70245), relativa a un divorcio entre cónyuges españoles en el Reino Unido, que, a pesar de competentes y primeros en el tiempo, consideran que el supuesto debe resolverlo otro juez (por existir resoluciones de este otro Tribunal sobre aspectos colaterales al divorcio como el régimen de visitas y guarda y custodia de menores, por la existencia de una vinculación del menor con ese otro Estado miembro...); criticando este auto, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2018, pp. 246- 247. Véase, asimismo, en relación a la *Sent. Cour Cass. francesa de 11 de junio de 2008* (Rev. cr. dr. int. pr., 2008, p. 859), relativa a un caso de procesos de divorcio incoados el mismo día, la propuesta que se hizo a la Cour de Cassation de devolver el litigio al Tribunal mejor situado en el sentido del art. 15 R. 2201, dada la imposibilidad de saber cuál de los dos procesos era el primero; al respecto, WAUTELET, P., “Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) n° 1347/2000 (dit «Bruxelles IIbis»), en *Droit judiciaire européen et international, La jurisprudence du code judiciaire commentée*, DE LEVAL, G. (dir.)/VAN DROOGHENBROECK, J.F. (coord.), La Charte, Bruxelles, 2012, pp. 363-482, espec. p. 432, haciendo referencia a esta propuesta y criticándola por debilitar la claridad del mecanismo del art. 19 R. 2201.

⁹² MCELEAVY, P., “The Communitarization...”, *loc. cit.*, p. 623. Véase, asimismo, *Report of the House of Lords’ Select Committee on the European Communities ‘Brussels II: The Draft Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters’* HL Paper 19, Session 1997-8, en <https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldselect/ldcom/019v/ec0501.htm>, par. 21, señalando estas reticencias.

⁹³ Sobre ello, en lo que no entraremos, véase NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 201-208; BORG-BARTHET, J., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 27; BANTEKAS, I., “The pitfalls of lis pendens in transnational matrimonial jurisdiction disputes before English Courts”, *International Family Law*, 2014, pp. 30-38, espec. par. 1. Véase el caso *JKN v. JCN* (2010 EWHC 843 Fam.), respecto de dos procedimientos paralelos en Inglaterra y Nueva York, donde el Tribunal inglés valoró si la *STJUE de 01 de marzo de 2005*, As. C-281/02, *Owusu*, que determinó que los Tribunales UE no podían denegar la competencia en favor de un tercer Estado cuando los Tribunales de ese Estado miembro pudieran ejercer

de los litigios matrimoniales además del inglés se dirima ante la jurisdicción de un Tribunal de un Estado UE. Mientras que las normas inglesas implementando el Reglamento 2201/2003 parecen reconocer como inaplicable la doctrina del *forum non conveniens* cuando sea aplicable el art. 19 R. 2201⁹⁴, se valora la posibilidad de su aplicación en aquellos casos en los que la competencia del juez inglés se base en los criterios de competencia residual: primero, porque esta posibilidad no se halla regulada por la normativa inglesa de implementación del Reglamento 2201/2003, y, segundo y sobre todo, por la proyección del caso *Sarrío v. Kuwait Investment Authority*⁹⁵ en el contexto del Reglamento 2201/2003, si bien emitido en relación al Reglamento 44/2001, que consideró que, cuando la jurisdicción del juez inglés tenía su base en el art. 4 R. 44 (demandados domiciliados fuera de la UE), la remisión al Derecho autónomo incluía también la doctrina del *forum non conveniens*⁹⁶. Con todo, existen muchas dudas sobre la proyección del caso *Sarrío* en el Reglamento 2201/2003, teniendo en cuenta que la remisión a las normas competenciales del Derecho doméstico también es regla del Reglamento correspondiente, lo que obliga a una inmersión en la normativa nacional condicionada al respeto a los principios impuestos por el instrumento comunitario⁹⁷, al margen de que, de ser proyectable, serían residuales los casos en los que un juez inglés pudiese conocer con base en el art. 7 R. 2201 respecto de otro juez comunitario que utilizase asimismo un foro doméstico (por ejemplo, un juez inglés y otro irlandés respecto de un esposo irlandés domiciliado en Irlanda y una esposa inglesa domiciliada en Inglaterra y residentes fuera de la UE, respecto de una demanda de divorcio del esposo presentada en Inglaterra y otra de la esposa incoada en Irlanda)⁹⁸.

En esta línea de escasa flexibilización, no cabe tampoco la utilización de las *anti-suit injunctions*, común en algunos ordenamientos jurídicos, sobre todo aquéllos de tradición del *common law*, donde sí cabe la posibilidad de que la parte solicite a un órgano

la jurisdicción *ex* Convenio de Bruselas de 1968, limitaba el ejercicio del *forum non conveniens* en el contexto del Reglamento 2201/2003, lo que no fue confirmado. También, *Mittal v. Mittal* (2013 EWCA Civ 1255); o *AB v. CB* (2012 EWHC 3841 Fam.), donde el Tribunal consideró que la jurisprudencia del caso *Owusu* no se aplicaba a los casos relacionados con los procedimientos matrimoniales, no constituyendo una infracción al Reglamento 2201/2003, apelando, entre otras cosas, a la *Sent. Cour Cass. francesa de 17 de junio de 2009* (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020767994&fastReqId=1798252616&fastPos=1>), relativa a la suspensión de un proceso de divorcio en Francia en favor del previo proceso de divorcio en Islandia.

⁹⁴ Véase *The European Communities (Jurisdiction and Judgments in Matrimonial and Parental Responsibility Matters) Regulations 2005* SI 2005/265 (subsection 6A dentro de la section 5 de la Matrimonial Causes Act 1973 inglesa), determinando que la section 5(6) y la Schedule 1 se hallan sujetos al art. 19 R. 2201; sobre ello, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 197.

⁹⁵ *Sarrío v. Kuwait Investment Authority* (1996 EWCA Civ 575, 1997 1 Lloyd's Rep 113).

⁹⁶ Sobre estas cuestiones, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 198-201; también, HARRIS, J., "Stays of Proceedings and the Brussels Convention", *ICLQ*, vol. 54, octubre 2005, pp. 933-950, espec. p. 949, en relación al caso *Sarrío* y la inclusión en el ámbito del Derecho autónomo de la doctrina del *forum non conveniens*.

⁹⁷ NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 200. Véase, el *Dictamen 1/03 de 7 de febrero de 2006: Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (apartado 148), señalando que la ley de este Estado miembro del art. 4 R. 44 debe interpretarse en el sentido de que forma parte del sistema establecido por dicho Reglamento. También, NEWTON, J.J., "Forum non conveniens in Europe (again)", *LMCLQ*, 1997, pp. 337-344, espec. p. 341.

⁹⁸ NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 200-201.

jurisdiccional que dicte una medida de *anti-suit injunction* para prohibir que su oponente pueda comenzar un proceso ante una jurisdicción diferente. Aunque el TJUE no admite este tipo de medidas en relación a materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012⁹⁹, nada dice en relación en el ámbito de las crisis matrimoniales del Reglamento 2201/2003, siendo asimismo cierto que ordenamientos jurídicos como el inglés también considera este tipo de medidas en materia matrimonial con base en la idea de que los órganos jurisdiccionales ingleses conforman el foro natural en detrimento de cualquier otra jurisdicción¹⁰⁰. En cualquier caso, nada parece indicar una posición diferente respecto del Reglamento 2201/2003: las *anti-suit injunctions* no son tampoco compatibles con este instrumento, de modo que debería ser considerada inadmisibles su utilización, siendo el art. 19 R. 2201 la única norma tenida en cuenta a pesar de sus imperfecciones¹⁰¹. De ahí que, por ejemplo, en el caso de que el segundo de los Tribunales dejase de inhibirse a favor del primero, el primero de ellos no se hallaría legitimado para emitir una *anti-suit injunction*¹⁰².

IV. IDENTIFICACIÓN DE UNA SITUACIÓN DE LITISPENDENCIA: LA IDENTIDAD DE PARTES, OBJETO Y CAUSA EN LOS PROCESOS PARALELOS MATRIMONIALES Y LA FALSA LITISPENDENCIA

1.- La especificidad del Reglamento 2201/2003

A la hora de identificar una situación de litispendencia, distintos instrumentos comunitarios en el ámbito del Derecho de familia hacen referencia a "...cuando se formulen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos...", siguiendo así la línea marcada por el Convenio de Bruselas de 1968 e instrumentos que lo suceden, como el

⁹⁹ Véase *STJCE de 27 de abril de 2004*, As. C-159/02, *Turner*, cuando, en el ámbito del Convenio de Bruselas de 1968 (actual Reglamento 1215/2012), determina que "...se opone a que se dicte una orden conminatoria mediante la cual un órgano jurisdiccional de un Estado contratante prohíba a una parte en el procedimiento en curso ante él iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante, aun cuando dicha parte actúe de mala fe con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso...".

¹⁰⁰ Sobre la relación de las *anti-suit injunctions* en el ámbito del Reglamento 2201/2003, véase MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, pp. 265-266 y la jurisprudencia allí citada de *common law*.

¹⁰¹ De esta opinión, MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 266, haciendo también referencia a práctica inglesa que reconoce la obligación de emplear el art. 19 R. 2201 frente a este tipo de medidas.

¹⁰² Así, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 196. Del mismo modo, ni el art. 19 R. 2201, como tampoco el art. 17 R. 2201, permiten que un Tribunal de un Estado UE que se considere competente para resolver la causa matrimonial requiera a otro Tribunal de otro Estado miembro, que también esté conociendo del mismo asunto, para que se abstenga de proceder (así, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2018, p. 246; al respecto, véase *AAP de Madrid de 20 de julio de 2010*, JUR 2010\309759, en relación a un caso de separación judicial, donde se solicita al juez español que "...dicte auto mediante el que, apreciando la falta de competencia territorial del Juzgado de Swidnica (Polonia) para conocer de la demanda de separación matrimonial entablada ante dicho órgano por el esposo (...), declare que la competencia a tal fin corresponde a los Juzgados de Torrejón de Ardoz y, en su consecuencia, se ponga tal hecho en conocimiento del Juzgado de Swidnica, para que por éste se inhiba de su conocimiento...").

Reglamento 1215/2012 (y su antecedente el Reglamento 44/2001): lo vemos en el art. 12 R. 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias, o en el art. 17 R. 650 en materia de sucesiones internacionales, que emplean esta misma terminología. No sucede así siempre, como puede verse en el art. 17 R. 2016/1103 en materia de regímenes económico-matrimoniales, en tanto que habla de "...cuando se interpongan demandas con el mismo objeto y las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes...", relajando de este modo la exigencia de la triple identidad de partes, objeto y causa.

Y tampoco, en lo que ahora interesa, en el ámbito del Reglamento 2201/2003, tanto en materia de crisis matrimoniales como de responsabilidad parental, y ello, a pesar de y como vimos, su inspiración en la regulación recogida en el Convenio de Bruselas de 1968. Así es en materia de responsabilidad parental, cuando habla de presentación de "...demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros..." (art. 19.2 R. 2201), matizando la identidad de partes al referirse a demandas con identidad de objeto y causa relativas a la responsabilidad parental sobre el mismo menor¹⁰³. Y también, en lo que ahora interesa, en materia de crisis matrimoniales cuando, a la hora de enfrentarse a la existencia de una situación de litispendencia, el art. 19.1 R. 2201 se expresa en los términos de "...cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros...", haciendo así referencia el legislador comunitario a la identidad de partes como criterio de base respecto de la identificación de este tipo de situaciones frente a la relajación en su exigencia de identidad de objeto y causa.

2.- Identidad de partes en crisis matrimoniales

Así pues, de acuerdo con el art. 19 R. 2201 y en orden a determinar la litispendencia, el establecimiento de la prioridad del proceso iniciado en primer lugar sólo es posible en relación a acciones nulidad, separación o divorcio incoadas "...entre las mismas partes..."¹⁰⁴. En este sentido, tendrán la consideración de idénticas cuando los participantes en los dos procesos en curso sean las mismas personas, excluyéndose del mecanismo de la litispendencia la participación de una tercera parte¹⁰⁵. Y ello, con independencia de la posición procesal que ocupen en ambos procesos¹⁰⁶.

¹⁰³ MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 328; VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Thomson, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 374; MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, pp. 252-253. Véase, sobre esta identidad, ap. 67-68 de la *STJUE de 9 de noviembre de 2010*, As. C-296/10, *Purrucker*; o ap. 68-69 de *STJUE de 22 de diciembre de 2010*, As. C-497/10, *Mercredi*; o *STS de 16 de diciembre de 2015* (RJ 2015\6185), relativa demanda de separación/divorcio ante los Tribunales españoles el 24 de octubre de 2011 y otra a 25 de octubre ante los Tribunales portugueses.

¹⁰⁴ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 245; NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 191; CANO BAZAGA, E., "El Derecho...", *loc. cit.*, par. B.2; asimismo, ANCEL, B./MUIR WATT, M., "La désunion...", *loc. cit.*, p. 415 y pp. 428-429.

¹⁰⁵ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 245; NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 191-192. En la práctica, por ejemplo, *AAP Barcelona de 12 de marzo de 2008* (*AEDipr.*, 2008, p. 880),

Dada la naturaleza de las crisis matrimoniales, lo frecuente es que la identidad de partes no plantee problemas en tanto que serán los cónyuges los que actúen en ambos procesos en calidad de cónyuge demandante y cónyuge requerido y con independencia de la situación procesal que ocupen en cada uno de ellos¹⁰⁷. Los procedimientos de nulidad matrimonial constituyen, no obstante, la excepción a lo expuesto, más todavía cuando el TJUE considera incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 los procedimientos de nulidad matrimonial iniciados por personas distintas a los cónyuges¹⁰⁸. Téngase en cuenta que los distintos ordenamientos jurídicos, con más o menos restricciones, no suelen limitar la legitimación para las acciones de nulidad matrimonial a la figura de los cónyuges, tal como sucede con el art. 74 C.c. español cuando establece como legitimados, salvo excepciones (arts. 75 y 76 C.c.), a los cónyuges, el Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo (el art. 180 *Code civile* francés permite la participación del *ministère public*; el art. 13.2 del *kodeks rodzinny i opiekuńczy* polaco, Ley de 25 de febrero de 1964 del Código de Familia y Tutela, habla de cualquier persona que tenga interés jurídico a la hora de instar la nulidad de un matrimonio por la existencia de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges...; también en terceros Estados, como los arts. 45 y 46 del Código de Familia de Cuba de 14 de febrero de 1975, que ubican la titularidad de la acción para solicitar la nulidad exclusivamente en los cónyuges y el Fiscal...). Nada impide, por tanto, la concurrencia de dos procedimientos, uno primero, relativo a una reclamación de separación judicial o divorcio incoada por uno de los cónyuges, y otro segundo, en el que un organismo público (u otro legitimado distinto de los cónyuges) insta la nulidad de esta misma unión matrimonial. De acuerdo con lo expuesto, y en ausencia de identidad de partes, la excepción de litispendencia no podría prosperar a pesar de su identidad de objeto o de *petitum*. La consecuencia sería el aumento del riesgo de emisión de resoluciones inconciliables¹⁰⁹. O, lo que es lo mismo, la literalidad del art. 19 R. 2201 no permitiría aplicar la regla de litispendencia y acciones dependientes recogida en este precepto cuando, y aunque se refieran a un mismo matrimonio, las

con nota de GARDEÑES SANTIAGO, M., siendo los mismos cónyuges los que plantean sus demandas de divorcio en Holanda y en España.

¹⁰⁶ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 325; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 245; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 107; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 54, en su proyección respecto del más tarde art. 11 R. 1347/2000, actual art. 19 R. 2201, exigiendo únicamente que las acciones relativas al divorcio, la nulidad matrimonial o la separación judicial sean formuladas entre las mismas partes, sin importar su situación procesal.

¹⁰⁷ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 245; GAUDEMET-TALLON, H., “Divorce...”, *loc. cit.*, par. 122.

¹⁰⁸ Véase *STJUE de 13 de octubre de 2016*, As. C-294/15, *Edyta Mikołajczyk*, cuando incluyó en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por una persona distinta a los cónyuges al fallecer uno de ellos. Sobre ello, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., “La nulidad matrimonial y el alcance del foro de la residencia del demandante en el Reglamento 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 468-474; o PEITEADO MARISCAL, P., “Nulidad matrimonial instada por tercero y competencia internacional en el Reglamento 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, marzo 2018, pp. 601-609.

¹⁰⁹ GUZMÁN PECES, M., “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (UE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares”, *La Ley (Unión Europea)*, de 28 de febrero de 2019, pp. 1-17, espec. par. I.1.

partes en los procedimientos abiertos en los diferentes Estados miembros no coincidan, elevando así el riesgo de resoluciones claudicantes¹¹⁰.

Con todo, no parece una buena solución en orden a la consecución de este objetivo, de modo que, y aunque es cierto que el Estado instando a la nulidad del matrimonio (u otro legitimado de acuerdo con la ley aplicable al fondo de la nulidad matrimonial) no participa formalmente en uno de los procesos concurrentes, no debería descartarse la posibilidad de aplicar también en estos casos el art. 19.1 R. 2201 en orden a evitar posibles resoluciones contradictorias futuras¹¹¹. Por ello, debería considerarse la modificación de este precepto a la hora de determinar su aplicación también en aquellos supuestos en los que las acciones presentadas en los distintos Estados UE se refieran al mismo matrimonio, con independencia de quiénes sean las partes que solicitan su nulidad, relajación o disolución¹¹². Si una eventual exclusión de las acciones de nulidad incoadas por terceros del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 podría aumentar las posibilidades de procesos paralelos susceptibles de generar resoluciones contradictorias¹¹³, no tiene por qué ser diferente una vez que el TJUE concluyó en su ubicación dentro de este instrumento.

En fin, dada la habitual participación sólo de los cónyuges, tampoco serán frecuentes los procedimientos multilaterales en sede de crisis matrimoniales¹¹⁴, siendo sólo posibles a partir de la variante relativa a la nulidad matrimonial. Piénsese, en este sentido, en un proceso incoado ante los Tribunales de un Estado UE reclamando la nulidad de un matrimonio entre los cónyuges A y B sobre la base de la ausencia de consentimiento, concurrente con otro proceso ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado UE solicitando la nulidad de la unión conyugal entre B y C sobre la base de que B permanece casada con A¹¹⁵. O entre dos procesos de nulidad matrimonial iniciados ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes por los cónyuges afectados más cualquier otro legitimado a la hora de reclamar como nula esta unión conyugal. En este tipo de supuestos, seguirá existiendo esta identidad de partes, independientemente de que estemos hablando de un proceso multilateral, únicamente en la medida en que sean las mismas personas las participantes en varios o en la totalidad de estos procedimientos¹¹⁶. Nada impide acudir al principio de separabilidad respecto de este tipo de supuestos en los que concurre una pluralidad de partes si bien existiendo

¹¹⁰ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Diez...”, *loc. cit.*, par. IV.2; también, señalando que, de acuerdo con el tenor del art. 19.1 R. 2201, la regla no se aplicaría de ser diferentes las partes con independencia de que se refieran sustancialmente a un mismo matrimonio, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 191.

¹¹¹ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 246 y referencia citada en nota núm. 83.

¹¹² En este sentido, instando a esta modificación, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Diez...”, *loc. cit.*, par. IV.2, lo que supondría la aplicación de art. 19 R. 2201 también cuando el Ministerio Fiscal inste la nulidad del matrimonio en España en concurrencia con una demanda posterior en otro Estado UE de nulidad, separación judicial o divorcio relativa al mismo matrimonio.

¹¹³ NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 192.

¹¹⁴ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 326.

¹¹⁵ NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 191-192; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 245.

¹¹⁶ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 245.

únicamente una identidad parcial entre ellas, lo que va a suponer operar la identidad de partes y, con ello, la litispendencia, sólo respecto de las coincidentes en ambos procedimientos¹¹⁷.

3.- Identidad de causa y objeto en crisis matrimoniales: la falsa litispendencia o las acciones dependientes

A) La falsa litispendencia o las acciones dependientes

A pesar de que una eventual utilización de diferentes normativas aplicables a la hora de fundamentar las pretensiones que se trate no debería suponer necesariamente una distinta identidad de acciones¹¹⁸, la identidad de causa se ha vinculado a la atención a los mismos hechos y a la utilización de normas jurídicas semejantes en la fundamentación de la demanda¹¹⁹. Más preciso nos parece, no obstante, vincular la *causa petendi* al hecho de que las pretensiones tengan su origen en la misma relación jurídica. La identidad de objeto tiene que ver, por su parte, con el hecho de que las pretensiones en juego se realicen atendiendo a un mismo *petitum*, ya con base en la misma petición, ya a partir de peticiones opuestas que sustancialmente se excluyan¹²⁰.

Aunque nada impide, lógicamente, la concurrencia de demandas relativas a crisis matrimoniales que respondan a una situación clásica de litispendencia de identidad de partes, objeto y causa, lo cierto es que no son habituales este tipo de supuestos en materia matrimonial¹²¹. Partiendo de la identidad de partes, una eventual exigencia de una identidad de causa y objeto respecto de este tipo de procesos podría llevar a los Tribunales de los Estados miembros a considerar una ausencia de litispendencia por falta de identidad de causa cuando las demandas recíprocas relativas a divorcio se fundamentasen en motivos diferentes, o por falta de identidad de objeto en aquellos otros casos, muy frecuentes, en los que un proceso se dirigiese a la obtención del divorcio y el otro a la separación judicial¹²². El riesgo de convivencia en el ámbito

¹¹⁷ Si bien en relación al art. 21 CB 1968 (actual art. 29 R. 1215), véase, en este sentido, la *STJCE de 6 de diciembre de 1994*, As. C-406/92, *Tatry*.

¹¹⁸ O'MALLEY, S./LAYTON, A., *European civil practice*, London, 1989, p. 632.

¹¹⁹ Véase ap. 39 de la *STJCE de 6 de diciembre de 1994*, As. C-406/92, *Tatry*, vinculando la identidad de causa a la atención a los mismos hechos y a la utilización de normas jurídicas semejantes a la hora de fundamentar la demanda.

¹²⁰ Si bien en otro tipo de materias, recuérdese el caso de la *STJCE de 8 de diciembre de 1987*, As. C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik*, que aboga por la identidad sustancial entre una demanda de ejecución de un contrato de compraventa y aquella otra dirigida hacia la resolución de dicho contrato (la concreta existencia de las relaciones jurídicas contractuales entre acreedor y deudor, esto es, la fuerza obligatoria de dicho contrato, es lo que conforma el núcleo litigioso).

¹²¹ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 106.

¹²² WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, pp. 106-107; MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 326; GAUDEMET-TALLON, H., "Divorce...", *loc. cit.*, par. 123; GAUDEMET-TALLON, H., "Le Règlement...", *loc. cit.*, p. 401. Véase, por ejemplo, *Sent. Cour d'Appel de Colmar de 19 de febrero de 1974* (*Dalloz*, 1974, somm. pp. 134-135), donde se consideró que no había litispendencia entre dos demandas de divorcio basadas en motivos diferentes; o, en relación a la falta de identidad de objeto entre un proceso de divorcio y otro de separación judicial, *Sent. Cour d'Appel de Paris de 16 de febrero de 1979* (*Gaz. Palais*, 1979-II, p. 385).

judicial europeo de resoluciones judiciales relativas a crisis matrimoniales contradictorias sería, de esta manera, muy alto.

No es ésta la intención del Reglamento 2201/2003, siguiendo la línea del anterior Reglamento 1347/2000. En el marco de un precepto que lleva por título “...litispendencia y acciones dependientes...”, ya vimos como el art. 19.1 R. 2201 se expresa en los términos de “...cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros...”. O, lo que es lo mismo, a la hora de enfrentarse a la pluralidad de procesos en materia de crisis matrimoniales, hace referencia el legislador comunitario exclusivamente a la identidad de partes y no a la identidad de objeto ni causa. En consecuencia, en relación a las demandas relativas a la relajación o disolución del vínculo matrimonial y en orden a valorar la existencia de un procedimiento concurrente, la única exigencia del art. 19.1 R. 2201, a diferencia de lo expuesto en relación a la responsabilidad parental del art. 19.2 R. 2201 o en normativas más tradicionales relativas a otras materias también de familia, tiene que ver con el hecho de que afecte a las mismas partes¹²³, esto es, en relación a un mismo matrimonio¹²⁴, y con independencia de la identidad formal o sustancial de objeto, siempre que versen sobre una separación judicial, un divorcio o una nulidad matrimonial¹²⁵.

De acuerdo con ello, y entendido el objeto como la materia sobre la que recae el complejo de los elementos que lo integran, vinculado con la pretensión que las partes tratan de satisfacer¹²⁶, no se cuestiona la eventual existencia de una situación de litispendencia por identidad de objeto en aquellos supuestos en los que ambos cónyuges realizasen ante los órganos jurisdiccionales de distintos Estados UE la misma reclamación o *petitum*, esto es, soliciten la separación judicial, el divorcio o la nulidad matrimonial¹²⁷, y ello, con independencia de que su reclamación se hallase

¹²³ VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 374; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, 2018, pp. 477-478; CANO BAZAGA, E., “El Derecho...”, *loc. cit.*, par. B.2; GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, pp. 400-401.

¹²⁴ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 107; HELENA BRITO, M., “O Regulamento...”, *loc. cit.*, p. 333.

¹²⁵ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 247; GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 400; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 326; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Diez...”, *loc. cit.*, par. IV.2; LAZIĆ, V., “Common...”, *loc. cit.*, p. 186. En la práctica, véase ap. 35 de la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*; repárese, al hilo del caso que dio lugar a esta resolución del TJUE, en la actuación errónea de los Tribunales rumanos cuando dicen, partiendo de una calificación doméstica (y no autónoma) de la litispendencia, que “...en el presente asunto, cada una de las demandas tiene un objeto distinto, a saber, la separación en Italia y el divorcio en Rumanía, lo que excluye la aplicación del art. 19 R. 2201...”. En la práctica interna, refiriéndose a la litispendencia más clásica y a la falsa litispendencia, véase la *SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de diciembre de 2017* (JUR 2018\121031).

¹²⁶ Véase ap. 41 de la *STJCE de 6 de diciembre de 1994*, *Tatry*. En la doctrina procesalista, GUASP, J., *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Madrid, 1998, p. 201.

¹²⁷ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 326; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Diez...”, *loc. cit.*, par. IV.2; LAZIĆ, V., “Common...”, *loc. cit.*, p. 186. En la práctica, por ejemplo, *AAP Barcelona de 12 de marzo de 2008* (*AEDipr.*, 2008, p. 880), con nota de GARDEÑES SANTIAGO, M., en relación a dos demandas de divorcio planteadas en Holanda y en España entre los mismos cónyuges; *SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2011* (JUR 2012\93719), entre dos demandas de divorcio, una, ante los Tribunales de

fundamentada en motivos diferentes¹²⁸. Y tampoco cuando los objetos de su petición difieran, siempre que se refieran a una separación judicial, un divorcio o una nulidad matrimonial: de esta manera, "...puede existir una situación de litispendencia cuando [...] ante dos órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos se inician sendos procedimientos de separación y de divorcio, o cuando ante ambos órganos jurisdiccionales se inicia un procedimiento de divorcio..."¹²⁹. Es lo que viene a denominarse *acciones dependientes*, de *cuasi litispendencia* o *falsa litispendencia*, esto es, procesos relativos a crisis matrimoniales cuyo vínculo se fundamenta en una relación de dependencia o conexidad¹³⁰. No exigiendo que las demandas tengan el mismo objeto y la misma causa, sino que sean relativas a procedimientos de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial entre las mismas partes, se consigue evitar la no apreciación de litispendencia por ausencia de objeto común cuando los *petitum* no coinciden formalmente a pesar de que estén, por el contrario, indisolublemente vinculados al afectar al vínculo conyugal; o, lo que es lo mismo, a pesar de que los objetos sean diferentes, resulta poco ajustado a los objetivos del Reglamento 2201/2003 permitir la convivencia en el espacio judicial europeo de una decisión que acuerde el divorcio con otra en la que se rechaza la separación judicial, o entre una resolución determinando el divorcio frente a otra acordando la nulidad del matrimonio¹³¹.

París a 10 de mayo de 2009, y otra, ante los Tribunales de Barcelona a 26 de mayo de 2009; AAP *Girona de 30 de julio de 2009* (JUR 2009\416732), entre dos demandas de divorcio ante Tribunales españoles e italianos; o AAP *Tarragona de 25 de junio de 2009* (JUR 2009\426259), respecto de un divorcio entre cónyuges rumanos.

¹²⁸ GAUDEMET-TALLON, H., "Le Règlement...", *loc. cit.*, pp. 400-401; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 106; MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 326. Véase AAP *Madrid de 24 de noviembre de 2009* (AEDipr, 2009, p. 966), donde se consideró la presencia de litispendencia por identidad de objeto, en orden a evitar resoluciones contradictorias, respecto de solicitudes de las mismas medidas de protección de los mismos niños en conexión con dos procedimientos matrimoniales, uno en Portugal de divorcio (Cascais, el primero) y otro en España (Madrid, el segundo); al respecto, este último autor (p. 326) y también MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 247.

¹²⁹ Véase ap. 33 de la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C- 489/14, A. También, por ejemplo, *STS de 16 de diciembre de 2015* (RAJ 2015\6185), entre una demanda de separación y divorcio ante los Tribunales españoles y una posterior solicitando el divorcio ante los Tribunales portugueses; *Sent. Trib. Milano de 24 de febrero de 2017* (en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/16855.pdf>), en aplicación del art. 19 R. 2201 a dos procesos matrimoniales con objetos diferentes en el Reino Unido (divorcio) e Italia (separación judicial); *Sent. Trib. de Palmi de 28 de enero de 2013* (*Riv. dir. int. pr. proc.*, 2014, p. 371), aplicando el art. 19 R. 2201 a un proceso (primero) de divorcio en Rumanía y otro (segundo) de separación judicial en Italia, más responsabilidad parental; o *Sent. Trib. Civ. de Lieja de 10 de noviembre de 2005* (referida y comentada por WAUTELET, P., "Règlement...", *loc. cit.*, p. 435), en relación a una demanda de divorcio interpuesta por un nacional español ante los Tribunales belgas y otra de separación incoada por la esposa española ante los Tribunales españoles; véase, también, *Sent. Corte Cass. italiana de 10 de septiembre de 2014* (*Riv. dir. int. pr. proc.*, 2015, p. 642), en relación a un proceso primero de divorcio ante la High Court inglesa y otro segundo en Italia de separación judicial.

¹³⁰ Sobre estos términos, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Informe...", *loc. cit.*, par. 54; asimismo, MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 247; ANCEL, B./MUIR WATT, M., "La désunion...", *loc. cit.*, p. 415 y pp. 428-429.

¹³¹ GAUDEMET-TALLON, H., "Le Règlement...", *loc. cit.*, p. 401; GAUDEMET-TALLON, H., "La Convention dite Bruxelles II: convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale", *Travaux du Comité fr. dr. int. pr.*, 1998-2000, 2001, pp. 83-122, espec. p. 91.

Coherente con lo expuesto, el legislador comunitario concede la misma solución en todos los casos, obligando a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a actuar del mismo modo tanto respecto de aquellas situaciones de litispendencia en su sentido más clásico, como de aquellas otras de relativas a acciones dependientes, de cuasi litispendencia o falsa litispendencia: el segundo de los Tribunales levanta la suspensión y se inhíbe a favor del primero una vez que éste haya establecido su competencia judicial internacional (art. 19 R. 2201).

B) Tratamiento equivalente de la separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial: los desajustes

De acuerdo con lo expuesto, todas las acciones relativas a crisis matrimoniales entre las mismas partes son susceptibles de derivar en resoluciones inconciliables de ser tramitadas separadamente¹³². Lo serían las acciones de divorcio y aquéllas de nulidad matrimonial en tanto que comparten una misma causa de acción y objeto, esto es, nacen a partir de una misma relación jurídica y se dirigen a la disolución del vínculo conyugal: dado que el objetivo del art. 19 R. 2201 es evitar la convivencia de resoluciones contradictorias, resulta irrelevante que los efectos de la correspondiente resolución final sean *ex tunc* (nulidad matrimonial) o *ex nunc* (divorcio)¹³³. Téngase en cuenta, al respecto, que la base de fundamentación de las acciones de divorcio en un Estado resulta muchas veces coincidente con los motivos que fundamentan las acciones de nulidad en el otro¹³⁴.

Y también las acciones de nulidad y/o divorcio respecto de aquéllas otras de separación judicial, a pesar de que las primeras puedan derivar en la ruptura del vínculo conyugal y las segundas siempre partan de su conservación o mantenimiento¹³⁵. Tiene ello que ver con la intención del legislador comunitario de tratar de modo equivalente cualquier tipo de procedimiento en orden a consolidar todas las acciones relativas al mismo vínculo conyugal y facilitar con ello el reconocimiento de un *status* familiar en el ámbito del espacio judicial europeo¹³⁶. Téngase en cuenta que esta solución relativa a las acciones dependientes o de falsa litispendencia fue adoptada a propuesta de la presidencia luxemburguesa como solución de compromiso, siendo preferida frente a otras alternativas como el mantenimiento de la fuerza atractiva de la jurisdicción de los mayores efectos para dar así mayor seguridad y evitar con ello los problemas para aquellos Estados que no conocen ni la separación legal ni la nulidad¹³⁷. Más todavía

¹³² MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 247.

¹³³ BARATTA, R., “Il regolamento...”, *loc. cit.*, p. 180; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 246; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 326.

¹³⁴ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 327.

¹³⁵ MOSTYN, N., “Brussels II...”, *loc. cit.*, p. 364; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 248. Véase *SAP Girona de 30 de julio de 2009 (AEDipr., 2009, p. 1000)*, respecto de una acción primera de separación en Italia y otra segunda de divorcio en España.

¹³⁶ BARATTA, R., “Il regolamento...”, *loc. cit.*, p. 186; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 327. Por su parte, BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 528, considera excesivo poner en pie de igualdad la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial.

¹³⁷ Sobre ello, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 54. También, JÄNTERÄ-JAREBORG, M., “Marriage...”, *loc. cit.*, p. 17, como vimos, en relación al hecho de que algunos Estados miembros

cuando algunas legislaciones de los Estados UE exigen la separación legal previa a la obtención del divorcio: de concurrir un procedimiento primero de separación legal y otro posterior de divorcio, prevalecería en efectos este último de no atribuir igual peso a la separación judicial¹³⁸.

Con todo, y a pesar del punto de partida de posición de igualdad de la separación judicial respecto de la nulidad matrimonial o el divorcio, lo cierto es que las instituciones no son idénticas en tanto que puede generar una cierta disfunción el hecho de que las últimas supongan la extinción de un vínculo conyugal que se mantiene en la separación judicial. Piénsese en una primera reclamación de divorcio o nulidad matrimonial ante los Tribunales de un Estado miembro frente a una segunda de separación judicial. En este caso, la segunda queda fácilmente obstaculizada, impidiendo la circulación de una eventual futura resolución relativa a separación judicial¹³⁹, con independencia de que la ley reguladora del divorcio o la nulidad contemplen o no la posibilidad de separación judicial: no hay necesidad de una eventual nueva reclamación ante los Tribunales de otro Estado UE en tanto que el divorcio (o la nulidad) produce efectos que van más allá y que se superponen a los de la separación judicial¹⁴⁰. O, lo que es lo mismo, una vez que el divorcio o la nulidad se ha pronunciado por el primero de los jueces, no tiene sentido plantear una eventual demanda de separación judicial ante el primer Tribunal u otro Tribunal de un Estado miembro en tanto que la acción deviene sin objeto¹⁴¹.

No sucede lo mismo, por el contrario, en la situación inversa de una primera reclamación de separación judicial ante los Tribunales de un Estado miembro frente a una segunda de divorcio (o nulidad): el segundo de los jueces debe inhibirse a favor del primero con independencia de que este primer órgano jurisdiccional aplicase una normativa en la que, por hipótesis, no cabe el divorcio sino después de determinar una previa separación de hecho o judicial (o incluso ambas). Nada parece impedir, al margen de la posibilidad que previamente le ofrece el art. 19.3 *in fine* R. 2201 y dado que el Tribunal competente para una conversión de una separación judicial en divorcio no tiene competencia exclusiva sobre el caso *ex art. 5 R. 2201*¹⁴², que el cónyuge demandante de divorcio presente una nueva demanda ante los Tribunales de otro Estado UE una vez que el primero de los Tribunales haya dictaminado la separación judicial (o,

pretendieron que los Tribunales suecos o finlandeses debían no conocer de un primer proceso de divorcio en Suecia o Finlandia si se iniciaba otro de nulidad posteriormente ante otro Estado miembro debido a que los efectos del segundo eran más extensos que los del primero, a lo que se opusieron los Estados sueco y finlandés tanto por las incertidumbre que podía generar una respuesta así, como por el desigual tratamiento de las legislaciones de los Estados miembros.

¹³⁸ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 248.

¹³⁹ Véase *Sent. Corte di Appello de Perugia de 10 de marzo de 2011 (Riv. dir. int. pr. proc.*, 2012, p. 153), relativa a un proceso (primero) de divorcio en España y otro (segundo) de separación en Italia entre un matrimonio de una lituana y un español; o *Sent. Trib. Belluno de 23 de diciembre de 2009 (Riv. dir. int. pr. e proc.*, 2011, p. 727), relativa a un proceso (primero) de divorcio en Alemania y otro (segundo) de separación en Italia entre un matrimonio de una alemana y un americano.

¹⁴⁰ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 327; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 57.

¹⁴¹ BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 529.

¹⁴² NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 148 y p. 190.

incluso, ante los mismos Tribunales ante los que había originalmente interpuesto demanda de divorcio y que se vieron obligados a inhibirse a favor del primero)¹⁴³: el reconocimiento de la resolución de separación no produce el efecto de *res iudicata* porque no rompe el vínculo conyugal. La ausencia de coordinación entre la respuesta radical del art. 19.1 R. 2201, que impide el recorrido de un segundo proceso de divorcio en presencia de uno primero de separación, y el régimen más flexible de reconocimiento que no excluye un posible futuro proceso de divorcio precisamente porque estas acciones no tienen objetos coincidentes, parece ir en contra del objetivo de disminuir la pluralidad de resoluciones relativas a un mismo matrimonio dentro del espacio judicial europeo, perpetuando las disputas conyugales y aumentando los costes procesales y económicos dentro de la UE¹⁴⁴. Todo ello, al margen de que la obligada suspensión e inhibición del segundo de los jueces (divorcio) a favor del primero (separación) puede retrasar considerablemente el divorcio y, con ello, la ruptura del vínculo conyugal, lo que parece ir en detrimento de un eventual principio de *favor divortii* que se halla (parece hallarse) detrás de la regulación del Reglamento 2201/2003¹⁴⁵, además de conceder una cierta ventaja a aquel cónyuge que se opone al divorcio¹⁴⁶. La alternativa de considerar que no debería jugar la excepción de litispendencia en aquellos casos en los que la acción de separación judicial precede a aquélla otra de divorcio o nulidad matrimonial, que puede tener cierto sentido en tanto que evitaría maniobras dilatorias dado que la separación judicial no va a impedir una solicitud de divorcio posterior, tiene difícil acomodo, no obstante, con el riesgo de existencia de procesos paralelos respecto de un mismo matrimonio ante dos Tribunales de Estados UE y, con ello, de convivencia de resoluciones contradictorias en el espacio judicial europeo¹⁴⁷.

Piénsese en el caso de un matrimonio entre dos cónyuges irlandeses residentes en Suecia que viven separados desde hace seis meses. El marido presenta demanda de separación en Irlanda en aplicación del Derecho irlandés, mientras que la esposa presenta demanda de

¹⁴³ Véase MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 261 y p. 249, que contempla ambas posibilidades, y todas, dado que las demandas tienen objetos diferentes; también, BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 529.

¹⁴⁴ Sobre estas cuestiones, véase NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 189-191; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 249; BONOMI, A., “Il regolamento...”, *loc. cit.*, p. 336; HAUSMANN, R., “New international procedure law in matrimonial matters in the European Union”, *The European Legal Forum*, 2000/2001, pp. 271-279 y pp. 345-353, espec. p. 347. Más dudas, no obstante, en MOSTYN, N., “Brussels II...”, *loc. cit.*, p. 365, que parece considerar que el primero de los Tribunales tendría en este caso competencia exclusiva. Téngase en cuenta, también, el ap. 11 de la *STJCE de 30 de noviembre de 1976*, As. C-42/76, *de Wolf*, cuando dice que “...sería incompatible con el significado de las disposiciones citadas, admitir una demanda que verse sobre el mismo objeto y se ventile entre las mismas partes que otra demanda sobre la cual ya se ha pronunciado un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante...”.

¹⁴⁵ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 328; HELIN, M., “L’impact et l’application du Règlement Bruxelles II bis en Finland”, en BOELE-WOELKI, K./GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (edit.), *Brussels II bis: its impact and application in the Member States*, Intersentia, 2007, pp. 91-102, espec. p. 94.

¹⁴⁶ BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 529; BARUFFI, M.C., “The application of the Brussels IIa Regulation in the Italian legal order having regard to specific cases concerning Italy and the UK”, en https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL%20Working%20Paper%20No%202017_4.pdf, pp. 1-27, espec. par. 3.1.

¹⁴⁷ BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, pp. 529-530, considerando esta ausencia de litispendencia en este caso, si bien reconociendo los obstáculos que provocaría de existencia de procesos paralelos.

divorcio en Suecia en aplicación de la ley sueca. De acuerdo con el art. 19. 3 R. 2201, el Tribunal sueco, segundo en el tiempo, debe suspender su proceso e inhibirse a favor del juez irlandés una vez establecida la competencia del primero. Dado que el Derecho irlandés no permite obtener el divorcio hasta que transcurra un período de separación de cuatro años, la esposa deberá esperar a que la separación sea dictaminada por el juez irlandés, momento en el que puede interponer de nuevo demanda de divorcio en Suecia, donde será probable que obtenga el divorcio en tanto que el período de separación exigido por la ley sueca es de seis meses¹⁴⁸.

En cualquier caso y a pesar de las disfunciones expuestas, lo cierto es que el legislador comunitario sitúa en condiciones parejas a la separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial. Detrás de la amplitud con la que se halla concebido el art. 19.1 R. 2201 en cuanto a la inclusión de las acciones dependientes se halla la necesidad de un tratamiento igualitario de las diferentes normativas de los distintos Estados UE, en especial, en orden a evitar problemas respecto de aquellas legislaciones de Estados miembros que desconocen la separación legal¹⁴⁹. Del mismo modo, y en esta misma línea, este concepto amplio de litispendencia permite al legislador europeo disminuir las dificultades que pudiera tener el operador jurídico a la hora de la interpretación y delimitación de los objetos referidos a los procesos de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial¹⁵⁰, haciendo más sencillo cómo enfrentarse a la concurrencia de este tipo de supuestos y, con ello, reduciendo considerablemente el riesgo de resoluciones contradictorias¹⁵¹.

4.- Ausencia de litispendencia o de falsa litispendencia en materia de crisis matrimoniales: casos concretos

Visto lo visto, podría pensarse que el concepto amplio de litispendencia por el que ha optado el legislador comunitario a pesar de las disfunciones reflejadas permitiría entender cualquier procedimiento matrimonial incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 como susceptible de dar lugar a una situación de litispendencia¹⁵². Lo cierto es que no siempre es así.

En este sentido, no conformarían situaciones de litispendencia por ausencia de identidad de causa y objeto aquella derivada de una acción por la que se pretende el reconocimiento de un divorcio dirimido ante un órgano jurisdiccional de un tercer Estado concurrente con otra acción dirigida a la mera declaración de un *status* determinado, esto es, no constituyente de la disolución del vínculo conyugal, sino sólo

¹⁴⁸ Ejemplo extraído de BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 529, ilustrando el retraso que origina el art. 19 R. 2201 tal y como se halla concebido, favoreciendo las tácticas dilatorias.

¹⁴⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 52 y 54; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, pp. 247-248.

¹⁵⁰ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 107.

¹⁵¹ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 247.

¹⁵² NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 191, y pp. 119-121, sobre la inclusión o exclusión de los procedimientos de declaración de *status* del ámbito del Reglamento 2201/2003. También, MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 326.

declarando que el matrimonio ha sido disuelto previamente por otra jurisdicción¹⁵³. Del mismo modo, en la identificación de la identidad de causa y determinación del objeto, sólo la conformación de la causa principal que constituye la reclamación principal resulta relevante y no así las meras cuestiones incidentales: una cuestión previa como la relativa a la validez de un matrimonio del que se está reclamando su disolución no conforma la principal causa de acción, de manera que no debería operar el art. 19 R. 2201 respecto de una cuestión incidental idéntica que haya surgido asimismo en otro proceso anterior y no justificándose la eventual prioridad del primero de los Tribunales para responder a esta cuestión incidental¹⁵⁴. Asimismo, el Tribunal debe examinar únicamente las correspondientes reclamaciones de los demandantes en ambos procedimientos y sin tener en cuenta las defensas de los cónyuges requeridos, esto es, sólo se consideran las pretensiones respectivas de los demandantes en cada uno de los litigios y no los motivos de oposición eventualmente invocados por un demandado¹⁵⁵. Tampoco deben ser valoradas a efectos de la identificación de la causa y objeto a efectos de la aplicación del art. 19 R. 2201 aquellas reclamaciones conectadas o interrelacionadas con la causa matrimonial principal, como serían las reclamaciones de pensión compensatoria o de disolución del régimen económico matrimonial, más todavía al no formar parte del ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003¹⁵⁶. Finalmente, no existe litispendencia en el sentido del Reglamento 2201/2003 cuando la jurisdicción que conoce en primer término lo hace exclusivamente respecto de medidas provisionales o cautelares relativas a la unión conyugal¹⁵⁷.

¹⁵³ Así, MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 246. También, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 191, aunque considere la posibilidad de resoluciones inconciliables. Respecto de los procedimientos dirigidos a la declaración de *status*, véase el art. 55 de la *Family Law Act* de 1986 inglesa, o el art. 29 de la *Family Law Act* de 1995 irlandesa; sobre la polémica relative a su ubicación en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003, véase NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, pp. 119-121 y referencias allí citadas. Téngase en cuenta, asimismo, el ap. 37 de la *STJCE de 20 de enero de 1994*, As. C-129/92, *Owens*, cuando considera que los arts. 21 y 22 CB 1968 (litispendencia y conexidad) no se aplican "...a los procesos ni a las cuestiones suscitadas en procesos que se desarrollen en los Estados contratantes relativos al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en materia civil y mercantil en Estados terceros...". Del mismo modo, de acuerdo con lo dispuesto en la *SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de diciembre de 2017* (JUR 2018\121031), no existe litispendencia por ausencia de identidad de objeto entre un procedimiento ante un Tribunal de Berlín "...en el que se acuerda obligar al demandado -actor en este procedimiento- de dar cuenta a la demandante de sus ingresos brutos y gastos, por lo que ninguna relación guarda el objeto de dicho procedimiento con el presente pleito, en el que se está interesando la disolución del vínculo matrimonial existente entre las partes por divorcio, por lo que no estamos ante un supuesto de litispendencia según lo estipulado en el art. 19 Reglamento 2201/2003...".

¹⁵⁴ De esta opinión, MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 246. Con más dudas, BARATTA, R., "Il regolamento...", *loc. cit.*, p. 182; o MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 326.

¹⁵⁵ En general, ap. 26 y 31 de la *STJCE de 08 de mayo de 2003*, As. C-111/01, *Gantner Electronic GmbH*.

¹⁵⁶ Así, MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 247; GAUDEMET-TALLON, H., "Divorce...", *loc. cit.*, par. 137-138. En la práctica, véase *AAP de Madrid de 24 de noviembre de 2009* (*AEDipr.*, 2009, p. 966), respecto de una reclamación de divorcio en España y otra en Portugal además de cuestiones relativas a la responsabilidad parental, donde se valora el carácter incidental o principal de las reclamaciones a efectos de la aplicación del art. 19 R. 2201.

¹⁵⁷ GAUDEMET-TALLON, H., "Divorce...", *loc. cit.*, par. 133, refiriéndose al caso *Purrucker*, cuya jurisprudencia extiende la autora a la hora de valorar la existencia de litispendencia en los litigios relativos a la unión matrimonial en relación a medidas provisionales que afecten a los cónyuges. Véase *Sent. Hof's-Gravenhage holandés de 7 de diciembre de 2005* (*N.I.P.R.*, 2006, núm. 12, p. 30), en relación

Dada la ausencia de identidad de objeto, no puede decirse que entre un procedimiento principal dirimido ante las autoridades de un Estado UE y las medidas provisionales presentadas ante otro Tribunal pueda haber una situación de litispendencia¹⁵⁸. En consecuencia, no parece haber problema para que el segundo de los jueces pueda adoptar medidas provisionales o cautelares *ex art. 20 R. 2201* si se dan los presupuestos de urgencia para ello, del mismo modo que este juez no está obligado a suspender los procedimientos relativos al fondo por el hecho de la existencia de un primer proceso pendiente ante los Tribunales de otro Estado UE¹⁵⁹. Aunque en el ámbito de la responsabilidad parental, téngase en cuenta la *STJCE de 9 de noviembre de 2010, Purrucker*, señalando la no aplicabilidad del art. 19.2 R. 2201 cuando a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se ha presentado en primer lugar una demanda para que se adopten medidas en materia de responsabilidad parental sólo se le solicita que resuelva sobre las medidas provisionales *ex art. 20 R. 2201*, y a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente para conocer del fondo del asunto, se le presenta en segundo lugar una demanda que tiene por objeto que se adopten las mismas medidas, sea con carácter provisional o sea con carácter definitivo¹⁶⁰: se evita así que la adopción de medidas provisionales por un Tribunal no competente para el fondo puede emplearse para apropiarse del caso, manipulando el sistema¹⁶¹. El art. 19.2 R. 2201 sí cubriría, no obstante, una acción de medidas provisionales interpuesta ante los Tribunales competentes para el fondo del asunto, obligando al segundo de los jueces a suspender su proceso. La sentencia expone que "...la existencia de una resolución judicial de adopción de medidas provisionales que no precise si el órgano jurisdiccional que ha adoptado tales medidas es competente para conocer del fondo del asunto, no puede constituir una prueba, en apoyo de una excepción de litispendencia, de la existencia de una demanda sobre el fondo del asunto, a falta de precisiones sobre la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se planteó la primera demanda y sobre los hechos recogidos en la demanda sobre el fondo del asunto..." (ap. 79). "...No obstante, es preciso que el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar examine por sí mismo si la resolución del primer órgano jurisdiccional, en la medida en que se trata de adoptar medidas provisionales, era solamente condición previa para una resolución posterior dictada con mayor conocimiento de causa y en unas circunstancias no marcadas

a dos procesos concurrentes incoados en España y Holanda, donde el Tribunal de Apelación holandés rehusó considerar que el procedimiento de divorcio se hallaba pendiente ante la jurisdicción española por el hecho de haber la esposa solicitado allí medidas provisionales. También, *Sent. Trib. Civ. de Bruselas de 25 de abril de 2006 (Journ. des Trib., 2007, p. 280)*, donde no se aprecia litispendencia por ausencia de identidad de objeto y causa entre un primer proceso en Bélgica relativo a medidas provisionales entre unos esposos franco-austríacos y otro posterior de divorcio incoado por la esposa ante los Tribunales austríacos; o *Sent. Trib. Civ. de Bruselas de 30 de mayo de 2007 (J.L.M.B., 2008, p. 845)*, donde no se aprecia tampoco litispendencia, en relación a un matrimonio de nacionales griegos, entre un segundo proceso relativo a medidas provisionales ante la jurisdicción belga y uno primero de divorcio ante los Tribunales griegos.

¹⁵⁸ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, pp. 266-267; MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 334.

¹⁵⁹ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, pp. 266-267; MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 334. También, FONT I SEGURA, A., "El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis", vol. LVI, *REDI*, 2004-I, pp. 273-299, espec. p. 294. En la práctica, por ejemplo, *Sent. Trib. Varese de 04 de octubre de 2010 (Riv. dir. int. pr. proc., 2011, p. 745)*, relativa a un proceso ante los Tribunales italianos y otro de divorcio ante los Tribunales de Amsterdam, en relación a medidas urgentes de protección de menores.

¹⁶⁰ Véase ap. 86 de la *STJCE de 9 de noviembre de 2010, As. C-296/10, Purrucker*.

¹⁶¹ En estos términos, RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Nota a véase la *STJCE de 9 de noviembre de 2010, Purrucker*", *REDI*, 2010-II, p. 244.

ya por la urgencia de resolver. El órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar debe examinar además si existe una unidad procesal entre la demanda de medidas provisionales y una demanda sobre el fondo del asunto interpuesta con posterioridad...” (ap. 80). Sigue diciendo que, “...cuando, a pesar de los esfuerzos realizados por el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar para recabar información de la parte que alega la litispendencia, del primer órgano jurisdiccional y de la autoridad central, el segundo juez no disponga de ningún dato que permita determinar el objeto y la causa de una demanda interpuesta ante otro órgano jurisdiccional y que demuestre, en particular, la competencia de este órgano conforme al Reglamento 2201/2003, y cuando, debido a circunstancias particulares, el interés del menor exija la adopción de una resolución judicial que pueda ser reconocida en otros Estados miembros distintos del Estado miembro del segundo órgano jurisdiccional, le compete a éste, después de esperar respuesta, durante un plazo razonable, a las preguntas formuladas, continuar el examen de la demanda que se le haya planteado. La duración de este plazo razonable debe tener en cuenta el interés superior del menor en función de las circunstancias propias del litigio en cuestión...”¹⁶². Se cuestiona que el TJUE añada al control de la competencia judicial internacional y de la prioridad temporal por el primer Tribunal “...una verificación de la *unidad de procedimiento* por el segundo tribunal...” en tanto que “...la consecuencia atribuida a este mecanismo (i.e. considerar que el primer tribunal carece de competencia sobre el fondo si no confirma lo contrario en un tiempo razonable) no excluye que el primer tribunal prosiga con el primer procedimiento...”, lo que hacer dudar sobre cómo actuar cuando el segundo Tribunal, que decide continuar con su procedimiento, recibe notificación de la declaración de competencia del primero. Si bien lo expuesto deriva de un supuesto de responsabilidad parental, la hipótesis de partida puede ser habitual en los litigios relativos a crisis matrimoniales, de modo que esta respuesta del TJUE puede dificultar establecer si existe litispendencia cuando ambos cónyuges soliciten con carácter previo a la demanda medidas de mantenimiento del *statu quo* o de protección de uno de ellos¹⁶³.

5.- La ausencia de conexidad en materia de crisis matrimoniales

Esta respuesta del art. 19 R. 2201 relativa a las acciones dependientes o falsa litispendencia en materia de crisis matrimoniales se prefirió asimismo frente a una regulación más flexible semejante a la contenida en el Convenio de Bruselas de 1968 reguladora de la conexidad¹⁶⁴. De hecho, la inclusión de la regla relativa a las acciones dependientes en el Reglamento 1347/2000 tuvo como consecuencia la desaparición por innecesario de un artículo relativo a la conexidad, habida cuenta de la ausencia de supuestos que, en la materia de crisis matrimoniales, podían quedar fuera del marco previsto en el art. 11.2 R. 1347, esto es, susceptibles de ser incluidos en un hipotético precepto regulador de la conexidad¹⁶⁵. La misma postura puede sostenerse respecto del art. 19.1 R. 2201 (y del próximo art. 20.1 R. 2019).

¹⁶² Véanse ap. 81 y 82 de la *STJCE de 9 de noviembre de 2010*, As. C-296/10, *Purrucker*.

¹⁶³ En estos términos, RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Nota a véase la *STJCE de 9 de noviembre de 2010*, *Purrucker*”, *REDI*, 2010-II, p. 244.

¹⁶⁴ Sobre ello, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 54.

¹⁶⁵ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 56; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 324; CORDERO ÁLVAREZ, M.I., “Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: el Código de Familia Comunitario”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 39, 2006, pp. 215-258, espec. pp. 240-241; GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 405.

En cualquier caso, y a pesar de su base ligada al concepto de conexidad que permite considerar vinculadas reclamaciones distintas de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial, el concepto de falsa litispendencia o acciones dependientes no es tan amplio como la conexidad en la que se fundamenta el art. 30 R. 1215¹⁶⁶, que tampoco fue empleado, por otra parte, como modelo del art. 19.1 R. 2201: en consecuencia, un procedimiento independiente relativo a responsabilidad parental incoado en un Estado UE no obstaculiza una solicitud de divorcio interpuesta ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado UE¹⁶⁷.

Las "...acciones dependientes..." del actual art. 19 R. 2201, al igual que sucedía con el anterior art. 11 R. 1347, se refieren exclusivamente a las reclamaciones relativas a crisis matrimoniales y no a las acciones de responsabilidad parental, a pesar del título de "litispendencia y acciones dependientes" que lleva este precepto¹⁶⁸. El art. 19.2 R. 2201 exige expresamente "...al mismo objeto y a la misma causa...", de modo que esta regla queda limitada a las situaciones de litispendencia propiamente considerada. Por ello, y con independencia de que en materia de crisis matrimoniales sí quedan excluidas las situaciones de conexidad¹⁶⁹, no tiene por qué ser igual en materia de responsabilidad parental. Sin embargo, a la hora de su regulación, no puede ser aplicado el art. 19.2 R. 2201, y tampoco existe en el Reglamento 2201/2003 una regla semejante al art. 30 R. 1215, de modo que se propone una interpretación amplia del concepto de identidad de objeto y causa en orden a evitar la convivencia de resoluciones contradictorias, para lo que puede ser útil la jurisprudencia del TJUE relativa a litispendencia y conexidad en tanto que los arts. 21 y 22 CB 1968 (y sustitutos) conforman la base del art. 19 R. 2201¹⁷⁰.

V. MOMENTO DE INICIACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES A EFECTOS DE LITISPENDENCIA: ORDEN CRONOLÓGICO DE ACCIONES Y PROCESOS DE CONCILIACIÓN CONYUGAL

1.- La regla del art. 16 R. 2201

En tanto que la regla recogida en el art. 19 R. 2201 relativa a la litispendencia y acciones dependientes opera a partir del principio *prior tempore*, resulta determinante el

¹⁶⁶ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 242, en relación a la responsabilidad parental, cuando dice que, a pesar de la expresión "...acciones dependientes..." del encabezamiento del art. 19 R. 2201, el art. 28 R. 44 (actual art. 30 R. 1215) no hace referencia a la "...misma causa..." de la que sí parte el art. 19.2 R. 2201, de modo que *acciones dependientes* y *conexidad* no son conceptos iguales.

¹⁶⁷ Así, MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 247; MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 325.

¹⁶⁸ MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 324.

¹⁶⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Informe...", *loc. cit.*, par. 56.

¹⁷⁰ Así, MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, pp. 324-325, apelando al ap. 41 de la *STJCE de 6 de diciembre de 1994*, As. C-406/92, *Tatry*, cuando vincula el objeto del art. 21 CB 1968 a la "...finalidad de la demanda...", señalando, no obstante, que esta interpretación puede servir para ciertos casos pero no en otros, como para vincular en un único procedimiento una acción independiente de responsabilidad parental como otra relativa a crisis matrimoniales en otro Estado UE.

establecimiento del momento en el que deben entenderse iniciados los respectivos procedimientos¹⁷¹.

A partir de un concepto autónomo y uniforme de iniciación del proceso¹⁷², que no figuraba en el Convenio de 1998 sobre competencia y reconocimiento en materia matrimonial, regula el legislador comunitario este aspecto en el art. 16 R. 2201, en un sentido semejante al anterior art. 11 R. 1347 y de igual manera que preceptos como el art. 32 R. 1215: “...se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional (...) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para que la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado, o bien (...) si dicho escrito o documento ha de ser objeto de notificación o traslado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación o traslado, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del documento al órgano jurisdiccional...”¹⁷³.

Aunque poco cuestionable que el concepto de inicio de un procedimiento recogido en el art. 16 R. 2201 sea aplicable a la totalidad de los aspectos del Reglamento 2201/2003 respecto de los cuales esta noción sea relevante¹⁷⁴, más todavía cuando su regulación se

¹⁷¹ Véase MANKOWSKI, P., “Art. 16”, en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (edit.), *Brussels IIbis Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier, Otoschmidt, Köln, 2017, pp. 194-215, espec. pp. 204-205; LAZIĆ, V., “Common...”, *loc. cit.*, p. 176. En la práctica, por ejemplo, *SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de diciembre de 2017* ((JUR 2018\121031), cuando señala que, “...en todo caso, la demanda que se habría interpuesto ante los Tribunales alemanes se hizo con fecha 22 de mayo de 2014, esto es, con posterioridad a la demanda iniciadora del presente procedimiento, por lo que de existir litispendencia y de conformidad con lo dispuesto en dicho artículo (19).1 sería el Tribunal ante el que se hubiera presentado la segunda demanda (esto es, el Tribunal alemán) el que debería de suspender de oficio su procedimiento en tanto no se establezca la competencia internacional del órgano ante el que se formuló la primera, cuestión que por otra parte no consta...”.

¹⁷² GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 402; MALATESTA, A., “Art. 16 R. 2201”, en CORNELOUP, S. (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, Université de Bourgogne, Lexis Nexis, Paris, 2013, pp. 283-291, espec. p. 283; REY, J., “La saisine”, en FULCHIRON, H./NOURISSAT, C. (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 181-190, espec. p. 185.

¹⁷³ Sobre el *iter* del art. 16 R. 2201, véase MANKOWSKI, P., “Art. 16...”, *loc. cit.*, pp. 195-197; o MALATESTA, A., “Art. 16...”, *loc. cit.*, pp. 283-285. También, véase *Auto del TJUE de 22 de junio de 2016*, As. C-173/16, *M.H. v. M.H.* En la práctica, por ejemplo, *Sent. Trib. de Palmi de 28 de enero de 2013* (*Riv. dir. int. pr. proc.*, 2014, p. 371), relativa a un proceso de divorcio en Rumanía y otro de separación judicial en Italia; o *Sent. Corte Cass. italiana de 10 de septiembre de 2014* (*Riv. dir. int. pr. proc.*, 2015, p. 642), en relación a un proceso de divorcio ante la High Court inglesa y otro en Italia de separación judicial, donde los órganos jurisdiccionales apelan a este art. 16 R. 2201 a la hora de decidir el orden cronológico de causas. Téngase en cuenta que el Reglamento 2019/1111 reproduce el art. 16 R. 2201, si bien añadiéndole un apartado c) a considerar también como momento de inicio de un procedimiento (“...si el procedimiento es incoado de oficio por el órgano jurisdiccional, en el momento en que el órgano jurisdiccional adopte la resolución de incoación del procedimiento, o, en caso de que no se precise dicha resolución, en el momento en que el órgano jurisdiccional registre el asunto...”).

¹⁷⁴ Al respecto, MANKOWSKI, P., “Art. 16...”, *loc. cit.*, pp. 197-198, haciendo hincapié en el hecho de que, mientras que el art. 32 R. 1215 habla de “...a efectos de la presente sección...”, comprendiendo los arts. 29 a 34 R. 1215 reguladores de la litispendencia y conexidad, esta mención no aparece en el art. 16

hallaba antes incluida en los numerales del anterior art. 11 R. 1347 regulador de la litispendencia y ahora su ubicación resulta independiente¹⁷⁵, lo cierto es que es en sede de litispendencia donde resulta determinante a la hora de decidir cuándo los procesos matrimoniales deben ser considerados pendientes¹⁷⁶. Estableciendo un concepto autónomo y uniforme de iniciación del proceso consigue el legislador comunitario no condicionar al operador jurídico a las regulaciones de los Derechos procesales domésticos de los Estados miembros en lo que a este punto concreto se refiere¹⁷⁷. No sólo disminuye el riesgo de eventuales maniobras tácticas abusivas por parte de los cónyuges (u otros litigantes) que realicen una suerte de *forum shopping* a favor de Tribunales de Estados cuyo Derecho procesal estime la existencia de pendencia de la *litis* matrimonial en un momento favorable a sus intereses¹⁷⁸, también reduce interpretaciones erróneas por parte del operador jurídico a la hora de determinar cuándo un proceso se halla pendiente ante un Tribunal de un Estado UE. No obstante, debe consultarse cada uno de los Derechos procesales domésticos en juego a la hora de decidir si se ubican en aquellos ordenamientos jurídicos fundamentados en la presentación del escrito de demanda o documento equivalente, o bien en la notificación o traslado al demandado del escrito o documento antes de su presentación al órgano jurisdiccional que se trate, sin que sea posible determinar el comienzo de la *litis* a partir de la consulta de una normativa que no sea la propia del Tribunal donde los cónyuges presentaron las demandas en juego¹⁷⁹. De esta manera y a diferencia del Derecho italiano (art. 39 *Codice Procedura Civile* italiano), el Derecho alemán (arts. 253 I y 261 I ZPO) o el Derecho francés (art. 54 *Code Procedure Civile* francés), vinculados a la notificación al demandado, la consulta del Derecho español ante una eventual solicitud de divorcio (separación legal o nulidad) ante los Tribunales españoles supondrá la iniciación del procedimiento a partir del momento de la presentación de la demanda, tal como entiende un art. 410 LEC cuando estima, al igual que el art. 37 LCJI regulador de la litispendencia internacional con terceros Estados, que "...la litispendencia, con todos

R. 2201; además, los términos "...a efectos del presente artículo...", que sí recogía el anterior art. 11.4 R. 1347 en relación al art. 11 R. 1347 regulador de la litispendencia en procesos matrimoniales, aquí no aparecen; GALLANT, E., "L'impact et l'application du Règlement Bruxelles II bis en France", en BOELE-WOELKI, K./GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (edit.), *Brussels II bis: its impact and application in the Member States*, Intersentia, 2007, pp. 103-121, espec. p. 107. De esta manera, parece más ajustado pensar en el carácter general del art. 16 R. 2201, que llevaría a su consideración en más casos (por ejemplo, el art. 64 R. 2201; art. 12.2.b R. 2201 sobre prórroga de la competencia; art. 15.3.a, 15.4 o 15.5 R. 2201 sobre remisión a un ajurisdicción mejor situada...); al respecto, REY, J., "La saisine...", *loc. cit.*, p. 187. También, CARO GÁNDARA, R., "Nuevos...", *loc. cit.*, p. 4720. Más dudas sobre la extensión del art. 16 R. 2201 más allá del art. 19 R. 2201, MALATESTA, A., "Art. 16...", *loc. cit.*, p. 285, nota núm. 5.

¹⁷⁵ MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 322; FONT I SEGURA, A., "El progresivo...", *loc. cit.*, p. 294.

¹⁷⁶ MANKOWSKI, P., "Art. 16...", *loc. cit.*, pp. 204-205.

¹⁷⁷ GAUDEMET-TALLON, H., "Le Règlement...", *loc. cit.*, p. 402; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁸ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 104; MALATESTA, A., "Art. 16...", *loc. cit.*, p. 284; REY, J., "La saisine...", *loc. cit.*, p. 186. Véase ap. 27 del *Auto del TJUE de 22 de junio de 2016*, As. C-173/16, *M.H. v. M.H.* cuando habla de "...garantizar la protección contra los abusos de procedimiento...".

¹⁷⁹ MANKOWSKI, P., "Art. 16...", *loc. cit.*, p. 211; REY, J., "La saisine...", *loc. cit.*, p. 187. Respecto de los distintos momentos de inicio de la pendencia en los Derechos procesales domésticos, véase, por ejemplo, MALATESTA, A., "Art. 16...", *loc. cit.*, p. 285; MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 159-168; o CANO BAZAGA, E., *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 141-147.

sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida...”¹⁸⁰, del mismo modo que sucede en ordenamientos como el Derecho danés. Téngase en cuenta, sin embargo, que un ordenamiento jurídico concreto puede seguir una regla general de inicio de un procedimiento en convivencia con otra especial de inicio de proceso en materia de crisis matrimoniales, como sucede en el Derecho italiano, donde a la regla general de la notificación sigue la posibilidad de ambas aproximaciones en materia matrimonial¹⁸¹.

Con todo, y a pesar de la consulta del Derecho procesal nacional que se trate, no debe olvidarse que el concepto de inicio aportado por el art. 16 R. 2201 recibe, como vimos, una interpretación autónoma que limita la inmersión en la normativa doméstica. De ahí que, de acuerdo con la práctica del TJUE a la hora de delimitar el concepto autónomo de “...momento en que se (presenta ante un órgano jurisdiccional) el escrito de demanda o documento equivalente...” al que hace referencia el art. 16.1.a R. 2201, se estará al “...momento en que dicha presentación tiene lugar ante el órgano judicial de que se trate...”, independientemente de que la presentación de la demanda no inicie por sí misma y de manera inmediata el procedimiento según el Derecho nacional que se trate¹⁸².

¹⁸⁰ En Derecho español, por ejemplo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 5ª ed., 2003, p. 186, según el art. 410 LEC 2000, y *STS de 25 de febrero de 1983* (RAJ, 1983, 1072); en otro sentido, menos practicado, en atención al emplazamiento del demandado, *STS de 3 de febrero de 1968* (RAJ, 1968, 1733). En el art. 438 LEC española, referido a la admisión de la demanda y contestación, será el Letrado de la Administración de Justicia el que admita la demanda, una vez examinada, emitiendo un decreto, comunicando al Tribunal casos de existencia de defectos formales o de falta de jurisdicción o competencia para que sea este Tribunal sea el que resuelva; admitida la demanda, se dará traslado al demandado para que conteste (en el plazo de diez días), siendo declarado en rebeldía si no compareciere en dicho plazo (art. 496 LEC). Téngase en cuenta el art. 753 LEC cuando establece que “... (s)alvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días...”.

¹⁸¹ Sobre ello, MALATESTA, A., “Art. 16...”, *loc. cit.*, p. 285, nota núm. 6; o BONOMI, A., “Il regolamento...”, *loc. cit.*, p. 337, señalando distintos puntos de referencia de inicio del proceso en el Derecho procesal italiano, desde el momento de depósito del *ricorso* hasta la notificación de la citación, dependiendo de si se trata de un proceso de divorcio/separación judicial o de nulidad matrimonial.

¹⁸² Véase *Auto del TJUE de 22 de junio de 2016*, As. C-173/16, *M.H. v. M.H.* Hace referencia este Auto del TJUE (ap. 25) al ap. 30 del *Auto del TJUE de 16 de julio de 2015*, As. C-507/14, *P.* (no publicado, EU:C:2015:512), entendiendo que el art. 16 R. 2201 incluye una definición autónoma del momento en que ha de considerarse que se ha presentado una demanda: “...el legislador de la Unión ha elegido un concepto uniforme del momento de inicio de un procedimiento que se determina, según el sistema procedimental considerado, mediante la realización de un único acto, a saber, la presentación del escrito de demanda o la notificación, pero que, no obstante, tiene en consideración la realización efectiva del segundo acto posteriormente. De este modo, según el art. 16.1.a R. 2201, el momento de iniciación es aquel en que se presente al órgano jurisdiccional el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado (*Auto de 16 de julio de 2015*, P, C-507/14, no publicado, EU:C:2015:512, ap. 32)...”. Se trataba de determinar si la suspensión del procedimiento de medidas previas solicitada por la demandante permitía entender que no se había iniciado un procedimiento en España (que sería el primero) dado que esta suspensión conllevaba el aplazamiento de la notificación de la demanda: el TJUE consideró, como vimos, que esta suspensión no

Se trataba de un caso que afectaba al Sr. M.H., demandante en el litigio principal, y a la Sra. M.H., demandada en el litigio principal, matrimonio desde el 26 de junio de 1982. La demandada en el litigio principal remitió una demanda de divorcio que fue recibida por la Secretaría del Juzgado de Familia del Reino Unido (Inglaterra y País de Gales) a las 7.53 h. del 7 de septiembre de 2015 y que se selló indicando la fecha (como muy tarde, a las 10.30 h. de ese mismo día), siendo expedida el 11 de septiembre de 2015 por la Secretaría de dicho Juzgado y posteriormente notificada al demandante en el litigio principal el 15 de septiembre de 2015. El demandante en el litigio principal presentó el 7 de septiembre de 2015 una demanda de separación judicial solicitando el emplazamiento consiguiente de la parte demandada en la Secretaría de la High Court (Irlanda) en torno a las 14.30 h., que lo expidió poco después ese mismo día y siendo este emplazamiento notificado a la demandada en el litigio principal el 9 de septiembre de 2015. Se considera que el procedimiento de divorcio iniciado por la demandada en el litigio principal ante el Juzgado de Familia del Reino Unido (Inglaterra y País de Gales) data del 11 de septiembre de 2015, estando pendiente ante dicho juzgado desde esa fecha, mientras que se considera iniciado y, con ello, pendiente, el procedimiento de separación judicial iniciado por el demandante en el litigio principal ante la High Court en Irlanda data del 7 de septiembre de 2015. En el procedimiento iniciado en Irlanda, las partes del litigio principal solicitaron, respectivamente, a la High Court que declarara que dicho Tribunal, en lo que respecta al demandante en el litigio principal, y el Juzgado de Familia del Reino Unido (Inglaterra y País de Gales), en lo que respecta a la demandada en el litigio principal, era el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda, a efectos de la aplicación del art. 19 R. 2201. La High Court, atendiendo al art. 16 R. 2201, estimó que el Juzgado de Familia del Reino Unido (Inglaterra y País de Gales) era el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda, lo que fue recurrido por el demandante en el litigio principal en apelación ante el Tribunal remitente. La Court of Appeal de Irlanda preguntó al TJUE si “...el momento en que se (presenta ante un órgano jurisdiccional) el escrito de demanda...” del art. 16.1.a R. 2201 equivale al momento de recepción del escrito de demanda por el órgano jurisdiccional, con independencia de que, de conformidad con el Derecho nacional, el procedimiento no se inicie inmediatamente como consecuencia de esa mera recepción, o bien al momento en el que, una vez recibido el escrito de demanda, se inicia el procedimiento de conformidad con el Derecho nacional. Según el Derecho procesal irlandés, un procedimiento se inicia cuando el Secretario del órgano jurisdiccional en cuestión dicta (*issued*) un

afectaba a la fecha indicativa del momento de inicio de un proceso, siempre que esta suspensión y la consiguiente no notificación al demandado no se debiese a una conducta negligente del actor. Siguiendo esta línea, véase la *STS de 16 de diciembre de 2015* (RAJ 2015\6185), relativa a una demanda de separación y divorcio ante los Tribunales españoles y una posterior solicitando el divorcio ante los Tribunales portugueses, estimándose que los Tribunales españoles son los primeros “...atendiendo exclusivamente a la fecha de los respectivos procedimientos iniciados en España, según el tipo de acción...”: “...aunque se ha cuestionado, para desvirtuar esta fecha a efectos del artículo 16 del Reglamento, la conducta procesal de la Sra. Crescencia en el primer procedimiento iniciado el 7 de julio de 2011 al solicitar la suspensión por estar en vías de acuerdo... (...), lo cierto es que la Sra. Crescencia no actuó de forma negligente al utilizar una posibilidad que está prevista legalmente y que resulta común y conveniente en este tipo de procedimientos, como es la suspensión del procedimiento para llegar a acuerdos...”; al respecto, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas”, en *Justicia civil en la Unión Europea: evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (dir.), 2017, pp. 197-209, espec. pp. 204-205, señalando la bondad de esta interpretación habida cuenta del posible efecto negativo del Reglamento 2201/2003 sobre los acuerdos entre los cónyuges progenitores.

emplazamiento (*summons*); la notificación del emplazamiento no se exige con carácter previo al inicio del procedimiento; una vez dictado, el emplazamiento se notifica a la parte demandada (en los procedimientos de Derecho de familia en caso de urgencia, aunque el procedimiento sólo se considera pendiente cuando se haya iniciado una vez dictado el emplazamiento, el órgano jurisdiccional de que se trate será competente para pronunciarse en el procedimiento controvertido antes de que se dicte dicho emplazamiento). En el Reino Unido, las normas procedimentales aplicables son similares a las de Irlanda, si bien el procedimiento se inicia, en lugar de por un emplazamiento, mediante una demanda (*petition*), que se notifica posteriormente.

En consecuencia, y de acuerdo con el art. 16.1.a R. 2201, no se exige un doble requisito a la hora de determinar la iniciación del procedimiento, a saber, la presentación del escrito de demanda o documento equivalente y su notificación o traslado al demandado, sino uno sólo, la presentación del escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado¹⁸³. O, lo que es lo mismo, una vez determinada cuál de las dos opciones previstas en el art. 16.1 R. 2201 se aplica de acuerdo a la elección realizada por el Estado UE de que se trate, esto es, bien la presentación de la demanda o escrito equivalente (art. 16.1.a R. 2201), bien el momento en que lo reciba la autoridad encargada de su notificación o traslado (art. 16.1.b R. 2201), el momento de inicio de un procedimiento se fundamenta únicamente en la apreciación objetiva correspondiente (presentación de demanda o recepción por parte de la autoridad encargada de su notificación) con independencia de cualquier norma procedimental nacional que tenga por objeto determinar cuándo y en qué circunstancias se inicia el procedimiento o se considera pendiente, siempre que posteriormente el demandante no haya dejado de cumplir la condición relativa a su notificación o traslado¹⁸⁴.

Vemos como, a pesar de las bondades que aporta la regla uniforme del art. 16 R. 2201, su tenor no elimina la litigiosidad con base en estas cuestiones¹⁸⁵, que es producida, más que por la idiosincrasia de las crisis matrimoniales, por la naturaleza de una materia como es la notificación y asistencia judicial internacional, lo que convierte esta problemática en genérica y no específica del art. 16 R. 2201, y, por ello, proyectable a otros preceptos semejantes aplicables en otras materias. Sirva el supuesto de aquellas acciones matrimoniales interpuestas el mismo día ante dos órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes¹⁸⁶, en ausencia de un acta oficial que recoja el momento

¹⁸³ Véase ap. 26 del *Auto del TJUE de 22 de junio de 2016*, As. C-173/16, *M.H. v. M.H.*; también, ap. 30 del *Auto del TJUE de 16 de julio de 2015*, As. C-507/14, *P.* (no publicado, EU:C:2015:512).

¹⁸⁴ Véase ap. 28 del *Auto del TJUE de 22 de junio de 2016*, As. C-173/16, *M.H. v. M.H.*

¹⁸⁵ Ní SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 192, duda de que esta nueva regla aporte mayor certeza y transparencia.

¹⁸⁶ Véase el caso de *LK v. K* (2006 EWHC 3281 Fam., 2007 2 FLR 741), respecto de demandas de divorcio interpuestas el mismo día, una en Inglaterra y la otra en Francia; o *Sent. Cour Cass. francesa de 11 de junio de 2008* (*Journ. dr. int.*, 2009, p. 587, con nota de FOHRER-DEDEURWAERDER, E.; *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2008, p. 859, con nota de ANCEL, B.), en un caso en el que dos cónyuges franceses casados en 1996 iniciaron un proceso de divorcio en Inglaterra y Francia el mismo día: el esposo, el 24 de marzo de 2005 en Francia, cuyos Tribunales eran competentes por la nacionalidad común de los cónyuges (art. 3 R. 2201); y este mismo día 24 de marzo de 2005, la esposa accionó en Inglaterra con base en la residencia

exacto de recepción¹⁸⁷; o, incluso contando con actas oficiales de recepción, la influencia de las diferencias horarias entre los Estados miembros, que puede hacer dudar de la prioridad o postergación de un procedimiento de divorcio iniciado en España a las 10 horas frente a otro iniciado en Inglaterra a las 09 horas¹⁸⁸. También, cuando exista una información contradictoria respecto de la cronología de los acontecimientos discurridos ante la jurisdicción de otro Estado¹⁸⁹; o cuando estamos en presencia de procedimientos en otros Tribunales UE que se hallan en estado latente, esto es, suspendidos respecto de una demanda que no es desestimada, y su posible consideración como iniciado a efectos del art. 19 R. 2201, con independencia de que es cierto que pueden ser reanudados por la actividad del demandante¹⁹⁰. Y todo ello, en fin, al margen de toda la problemática que puede surgir a la hora de valorar el cumplimiento efectivo de conceptos tan indeterminados como que “...el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para que la notificación o traslado de dicho escrito o documento

habitual (art. 3 R. 2201). La esposa aportó prueba del momento en que su esposo recibió los documentos de notificación (12:30 h., en su lugar de trabajo), pero no el marido (la práctica francesa impone sólo la mención del día, pero no de la hora exacta de la requête), no pudiendo demostrar el esposo que el proceso en Francia hubiera sido iniciado antes de las 12.30 h. La Cour ubicó la carga de la prueba en el marido en orden a que demostrase el inicio del proceso en Francia en un momento anterior a aquél del Tribunal extranjero, dictaminando la primacía del procedimiento en Inglaterra y la correcta suspensión del proceso realizada por el juez francés. Entretanto, la High Court inglesa resolvió sobre el fondo por sentencia de 13 de julio de 2007. Al respecto, CUNIBERTI, G., “French case on lis pendens under Brussels II bis Regulation”, en <http://conflictoflaws.net/2008/french-case-on-lis-pendens-under-brussels-ii-bis-regulation/>, quien considera llamativo situar en el marido la carga de la prueba de un dato que deberían saber los Tribunales franceses, al margen de la ausencia de mecanismos para certificar el momento concreto en el que se presentaron los procedimientos (que sólo indiquen el día), lo que puede generar desigualdad de los órganos jurisdiccionales franceses frente a otros Tribunales que sí pueden hacerlo, lo que convertiría a los jueces extranjeros automáticamente en primeros desde la óptica francesa; también, ANCEL, B., “Nota a *Sent. Cour Cass. francesa de 11 de junio de 2008*”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2008, p. 859; o WAUTELET, P., “*Reglément...*”, *loc. cit.*, pp. 431-432. Sobre este tipo de casos, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 194; MONEGER, F., “Annexe à l’article 16. La date prise en considération pour déterminer si la juridiction française a été première saisie”, en CORNELOUP, S. (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, Université de Bourgogne, Lexis Nexis, Paris, 2013, pp. 293-302, espec. pp. 297-298; o MALATESTA, A., “Art. 16...”, *loc. cit.*, p. 290.

¹⁸⁷ MALATESTA, A., “Art. 16...”, *loc. cit.*, pp. 290-291, que aprece decantarse, en el caso de demandas interpuestas el mismo día, por la hora de su interposición para marcar el inicio del proceso. Véase, en esta línea de información, la *Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (COM 2010 748 Final), respecto del art. 33.2 R. “...fecha y hora de presentación del escrito de demanda o de recepción de los documentos que fueren a notificarse...”, aunque finalmente no prosperó (art. 32.2 R. 1215).

¹⁸⁸ Sobre este caso, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 194. También, señalando la incidencia de las diferencias horarias, MONEGER, F., “Annexe...”, *loc. cit.*, p. 298.

¹⁸⁹ Véase *NDO v. JFO* (2007 EWHC 1274 Fam., 2009 ILPr 8 104), respecto de un caso en el que había diferencias entre la información dada por un empleado del Tribunal francés y otras pruebas aportadas respecto del comienzo de un procedimiento en Francia. Al respecto, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 194.

¹⁹⁰ Véase FENTIMAN, R., “Art. 30”, en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (ed.), *European Commentaries on Private International Law ECPII: Commentary Brussels I Regulation*, Sellier, Otoschmidt, Köln, 2016, pp. 520-522, espec. p. 522, cuando habla de las dificultades inherentes a un procedimiento que se suspende, pero no declinado la competencia, susceptible de ser reanudado por la actividad del demandante. También, MALATESTA, A., “Art. 16...”, *loc. cit.*, p. 291.

al demandado...” (art. 16.1 a R. 2201), o que “...no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del documento al órgano jurisdiccional...” (art. 16.1 b. R. 2201)¹⁹¹.

2.- Especial referencia a los aspectos relativos a los procesos de conciliación previos a la disolución del vínculo conyugal

No son las expuestas las únicas peculiaridades existentes en las distintas normativas nacionales vinculadas a los procesos de divorcio que pueden afectar a la lectura del art. 16 R. 2201. Téngase en cuenta que muchas normativas procesales domésticas imponen conciliaciones previas obligatorias como requisito para la admisibilidad posterior de una demanda¹⁹², también en sede de crisis matrimoniales: frente a lo dispuesto en otras normativas, como el ordenamiento jurídico español, que no los contempla, muchos ordenamientos jurídicos exigen a los cónyuges que emprendan esfuerzos de conciliación anteriores a una eventual reclamación relativa a la disolución de su unión, tal como sucede en el art. 251 y siguientes *Code civile* francés, el art. 1 y 4 *Legge 1 dicembre 898/1970* italiana o el art. 1774 *Código civil* portugués¹⁹³. Lo expuesto resulta relevante

¹⁹¹ Sobre estas problemáticas, MALATESTA, A., “Art. 16...”, *loc. cit.*, p. 291; MANKOWSKI, P., “Art. 16...”, *loc. cit.*, pp. 194-215. En la práctica doméstica, *AAP Barcelona de 12 de marzo de 2008* (JUR 2008\142619), en relación a dos demandas de divorcio planteadas en Holanda y en España entre los mismos cónyuges, donde se aplicó este art. 16 R. 2201 en relación al momento presentación de la demanda, intentando la recurrente demostrar que el demandante no había cumplido con su obligación de realizar lo necesario para que la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado, y, con ello, que la demanda presentada en Holanda no había sido la primera en el tiempo frente a la demanda en España, entendiéndose el cónyuge recurrente que no fue emplazada para comparecer ante la jurisdicción holandesa (no prosperó su argumento, si bien, como indica GARDEÑES SANTIAGO, M., “Nota a *AAP Barcelona de 12 de marzo de 2008*”, *AEDipr.*, 2008, pp. 880-884, espec. p. 883, en el debate se confunde el tema de la iniciación del procedimiento con aquél del respeto a los derechos de defensa en el emplazamiento). También, *Sent. Trib. Maastricht de 11 de abril de 2002* (*N.I.P.R.*, 2002, p. 187), respecto de una demanda de divorcio presentada en Holanda por una esposa el 9 de marzo de 2001, notificada al esposo el 2 de abril de 2001, respecto de otra demanda de divorcio presentada en Bélgica por el esposo el 16 de marzo de 2001, notificada a la esposa el 18 de marzo: el esposo invocó la irregularidad de su notificación (no traducción al francés), no concedida por el Tribunal, debiendo el juez belga, como segundo, inhibirse a favor de los jueces holandeses. *O E v. E* (2015 EWHC 3742 Fam), en relación a una esposa que presentó demanda de divorcio en Inglaterra a pesar de que previamente se habían iniciado procedimientos paralelos en Francia, cuestionando la jurisdicción francesa *ex art. 16 y art. 19 R. 2201* dado que, a su entender, no se le habían entregado los documentos necesarios para que se estableciera la competencia del juez francés y, con ello, a que fuese el primer órgano jurisdiccional en el tiempo (el juez inglés no lo consideró así, entendiéndose que las partes habían aceptado que el proceso francés se inició en 2011, cuando el esposo presentó la *requête*).

¹⁹² Véase GASCÓN INCHAUSTI, F., “Litispendencia internacional y actuaciones previas al proceso (consideraciones a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2017, *Hanseyaachts*, y de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Schlömp*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, marzo 2018, pp. 581-591, que comenta las exigencias previas de conciliación a efectos de litispendencia a raíz del caso *Schlömp*: se trataba de una solicitud de conciliación interpuesta el 16 de octubre de 2015 por una entidad pública alemana frente a la Sra. Schlömp ante el juez de paz del distrito de Reiat (Suiza), siendo este intento de conciliación obligatorio por el Derecho suizo para poder después ejercitar acciones judiciales; fracasado el intento de conciliación, la entidad pública alemana formuló demanda el 11 de mayo de 2016 ante el Kantonsgericht de Schaffhausen (Suiza) cuando el 19 de febrero de 2016 la Sra. Schlömp ya había interpuesto ante el Amtsgericht de Schwäbisch Hall (Alemania) una demanda declarativa negativa.

¹⁹³ Imponer un procedimiento de conciliación o mediación previo a la interposición de una demanda no resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la Carta de los Derechos

a efectos de litispendencia en tanto en cuanto punto de referencia de inicio del proceso: no es lo mismo tener en cuenta únicamente la fecha de incoación de los (dos) procesos estrictamente judiciales que considerar la fase inicial de conciliación a pesar de no equivalente a un proceso en sentido propio¹⁹⁴.

En principio, podría pensarse que dicha solicitud no establece ningún efecto de litispendencia en lo que respecta al procedimiento matrimonial propiamente dicho: muchos intentos de reconciliación de los cónyuges forman parte intrínseca de los procedimientos ordinarios de divorcio, siendo éstos últimos los únicos relevantes a estos efectos¹⁹⁵, más todavía de considerar los intentos de conciliación, al menos en cierta medida y en un sentido estricto, dirigidos no a tratar de disolver el vínculo matrimonial, sino en orden a intentar realmente reconciliar a los cónyuges a punto de romper su matrimonio¹⁹⁶.

La clave tiene que ver, no obstante, con el carácter obligatorio de la actuación preprocesal¹⁹⁷; o, lo que es lo mismo, resulta relevante si esta solicitud de conciliación se concibe en términos obligatorios con respecto a los procedimientos matrimoniales, a modo de acción dependiente, previa o accesoria¹⁹⁸. En caso afirmativo, el proceso comenzaría en el momento en que se formula la correspondiente solicitud de conciliación en tanto en cuanto el cónyuge demandante se ve obligado a acudir a un procedimiento de solución extrajudicial de controversias antes de poder formular una demanda propiamente judicial, esto es, el cónyuge diligente no puede prescindir de la fase de conciliación, entendiéndose de esta manera que su tramitación forma parte del proceso a efectos de litispendencia internacional¹⁹⁹. Lo contrario iría en contra no sólo de la normativa procesal europea relativa a la asignación de preferencia temporal, en el caso, el art. 16 R. 2201, también podría en riesgo la tutela judicial efectiva del cónyuge diligente que, obligado por la normativa doméstica que se trate a acudir a mediaciones o conciliaciones previas al proceso de divorcio, vería desamparada su posición procesal

Fundamentales de la UE (por ejemplo, *STJUE de 18 de marzo de 2010*, As. C-317/08, *Rosalba Alassini*; o *STJUE de 14 de junio de 2017*, As. C-75/16, *Menini*), como tampoco lo es desde la óptica de art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo al derecho de acceso a la justicia (por ejemplo, *STEDH de 26 de marzo de 2015*, caso 11239/11, *Momčilović v. Croacia*).

¹⁹⁴ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, pp. 104-105; REY, J., “La saisine...”, *loc. cit.*, p. 187; GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 402; DEVERS, A., “La pratique judiciaire française du droit international privé communautaire de la famille”, en FULCHIRON, H./NOURISSAT, C. (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 414-426, espec. pp. 425-426.

¹⁹⁵ MANKOWSKI, P., “Art. 16...”, *loc. cit.*, p. 212, citando como ejemplo el art. 602 Código de Procedimiento Civil griego y referencias allí citadas.

¹⁹⁶ MANKOWSKI, P., “Art. 16...”, *loc. cit.*, p. 213.

¹⁹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Litispendencia...”, *loc. cit.*, p. 590.

¹⁹⁸ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 105; MANKOWSKI, P., “Art. 16...”, *loc. cit.*, p. 212; WAUTELET, P., “Règlement...”, *loc. cit.*, p. 432.

¹⁹⁹ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 105; GASCÓN INCHAUSTI, F., “Litispendencia...”, *loc. cit.*, p. 590. Véase, en este sentido, ap. 58 de la *STJUE de 20 de diciembre de 2017*, As. C-467/16, *Schlömp*, cuando, en relación con el Convenio de Lugano de 2007, estima que, “...en caso de litispendencia, la fecha en que se inicie un procedimiento obligatorio de conciliación ante un órgano de conciliación de Derecho suizo es la fecha en la que se considera que un «tribunal» conoce del litigio...”.

en aquellos casos en los que, en el tiempo necesario que discurre entre la solicitud y su denegación (y posterior habilitación a interponer una demanda de divorcio ante el órgano judicial), el cónyuge requerido decide presentar una demanda ante los Tribunales de otro Estado UE cuya legislación no impone el deber de solicitud previa de conciliación²⁰⁰. De no tener en cuenta la fase de conciliación, aquellos ordenamientos jurídicos que contemplan una fase previa obligatoria de conciliación serían sistemáticamente considerados como segundos en el tiempo respecto de aquellas legislaciones nacionales donde esta fase no existe: sería suficiente con que el cónyuge demandado en ordenamientos como el francés (italiano, portugués...) presentase una demanda ante la jurisdicción de otro Estado miembro justo después de la solicitud de conciliación²⁰¹.

Piénsese, como muestra, en el ordenamiento jurídico francés (arts. 251 a 259 *Code civile* francés), donde se establece una suerte de doble fase en los procedimientos de disolución matrimonial: una primera, dirigida a determinar la posibilidad y encauzar aquellos intentos de reconciliación entre los cónyuges (*procédure de conciliation*); y, otra segunda, una vez que fracasa esta primera fase y resulta tramitada una *ordonnance de non-conciliation*, en la que se interpone la *demande de divorce* propiamente dicha²⁰². En estos casos, el procedimiento debería ser concebido como un todo unitario, de modo que la actuación inicial conformando los procedimientos como tal, la *requête initiale*, debería constituir el punto de referencia de iniciación del procedimiento y no el paso al segundo de los períodos, la *assignation*, con independencia de que sea considerado éste último como el proceso judicial en sentido estricto²⁰³. Esta apelación a la *requête*

²⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., "Litispendencia...", *loc. cit.*, pp. 590-591.

²⁰¹ REY, J., "La saisine...", *loc. cit.*, p. 189; GAUDEMET-TALLON, H., "Divorce...", *loc. cit.*, par. 134, refiriéndose al Derecho francés.

²⁰² MONEGER, F., "Annexe...", *loc. cit.*, pp. 295-296. Véanse los hechos que dieron lugar a la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C- 489/14, A., implicando el Derecho francés sobre divorcio.

²⁰³ Véase el caso *Chorley v. Chorley* (2005, 2 FLR 14; 2005 EWCA Civ 68, 2005 1 WLR 1469), respecto de dos demandas de divorcio, una en Francia y otra en Inglaterra, donde se produjo un problema de qué procedimiento debería ser considerado a efectos de determinar el comienzo de la causa (el esposo presentó *requête* de divorcio en Francia el 10 de enero de 2003, conduciéndole el Derecho francés a los actos de conciliación, los cuales, al fracasar, llevaron a la *assignation* ante los Tribunales franceses en mayo de 2004, mientras que la esposa había presentado demanda en Inglaterra el 08 de enero de 2004: los Tribunales ingleses se consideraron primeros porque entendieron que la fase de conciliación era un proceso autónomo y, en consecuencia, que la *assignation* conformaba un procedimiento distinto de aquél de la conciliación, mientras que el Tribunal de Apelación francés se decantó por la fecha de la *requête* inicial); al respecto, criticando la actuación de los Tribunales ingleses, BRIGGS, A., "Private international law", *British Yearbook. Int. Law*, 2005, pp. 641-682, espec. pp. 654-655; o NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 193. También, en relación a este mismo caso, *Sent. Cour d'Apel Aix-en-Provence de 21 de octubre de 2004 (Procédures*, núm. 4, 2005, p. 22, con nota de NOURRISSAT, C.) y *Sent. Cour Cass. francesa de 11 de julio de 2006* (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007055728>), decantándose como momento inicial aquél de la *requête* de divorcio, al entender que los intentos de conciliación conforman una etapa obligatoria de los procesos de divorcio previos a la demanda propiamente dicha, no constituyendo una instancia independiente; al respecto, MALATESTA, A., "Art. 16...", *loc. cit.*, p. 287; GALLANT, E., "L'impact...", *loc. cit.*, p. 110, nota núm. 33 y 34; REY, J., "La saisine...", *loc. cit.*, pp. 188-189; GAUDEMET-TALLON, H., "Divorce...", *loc. cit.*, par. 121; o MONÉGER, F., "Annexe...", *loc. cit.*, pp. 293-302, espec. p. 295. Asimismo, *Sent. Trib. París de 19 de diciembre de 2002 (Journ. dr. int.*, p. 811, con nota de BOICHÉ, A.), en relación a una demanda de divorcio incoada ante los Tribunales ingleses

initiale como acto procesal de referencia no debería cuestionarse en aquellos casos en los que el cónyuge requerido resulta convenientemente informado y advertido de esta circunstancia desde las citaciones/emplazamientos o notificaciones iniciales²⁰⁴: la conclusión contraria no sería coherente con un cónyuge demandante que comienza su reclamación en un sistema como el francés que exige mediación y conciliación antes del juicio propiamente considerado y que nunca estaría seguro de haber comenzado en primer lugar, concediéndole así al cónyuge requerido la oportunidad de empezar los procedimientos en otro Estado UE²⁰⁵.

En consecuencia, la mejor respuesta pasaría por hacer depender su inclusión o exclusión de la correspondiente *lex fori* en función de la ubicación (o no) de estos intentos de conciliación de los cónyuges como parte obligatoria integrante de los procedimientos de divorcio²⁰⁶. Más todavía cuando muchas legislaciones internas, a pesar de la exigencia de interpretación autónoma de la normativa comunitaria, sí hacen referencia a la relación entre litispendencia y solicitudes de conciliación. Tal es así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico suizo, cuyo art. 62.1 del Código procesal civil suizo establece, a efectos internos y de modo expreso, que la litispendencia se produce desde que se presenta la solicitud de conciliación, la demanda o la demanda de divorcio de mutuo acuerdo, del mismo modo que el art. 9.2 de la Ley federal suiza de D.i.pr., reguladora de la litispendencia internacional, dispone que "...para determinar el momento en que una acción está pendiente en Suiza, será determinante la fecha de la primera actuación procesal necesaria para iniciar la instancia. La citación para conciliación será suficiente...". Además, de acuerdo con la normativa suiza, la solicitud de conciliación debe contener una identificación del objeto del litigio (art. 202.2 Código procesal civil suizo), generando de esta manera un punto de referencia suficiente a la hora de comparar su objeto con el objeto propio de cualquier otro proceso, nacional o extranjero²⁰⁷. También, en el ordenamiento jurídico francés, cuyo art. 1070.3 *Code de procédure civile* establece que la competencia territorial se halla determinada por la

(primeros) y otra ante los franceses (segundos), donde se partió del momento de la *requête* para determinar el inicio del proceso en Francia. Sin embargo, véase *Sent. Cour d'Appel de Paris de 16 de junio de 2005* (referenciada por WAUTELET, P., "Reglément...", *loc. cit.*, p. 433), contraria a lo expuesto por cuanto consideró en su momento que el punto de referencia de inicio de un proceso de divorcio en Francia lo constituía, no la *requête*, sino la *assignation*, en relación a una demanda de divorcio en Bélgica. En el ordenamiento jurídico belga, véase, por ejemplo, *Sent. Trib. Civ. de Bruselas de 8 de noviembre de 2006 (Riv. trim. dr. fam., 2007, p. 741)*, en relación a dos procesos de divorcio, uno en Bélgica y otro en Francia, entendiendo el comienzo del proceso francés en el momento de la *requête*, apoyándose en la referida *Sent. Cour Cass. francesa de 11 de julio de 2006*. Respecto del ordenamiento jurídico italiano, en el mismo sentido, BONOMI, A., "Il regolamento...", *loc. cit.*, p. 335.

²⁰⁴ MANKOWSKI, P., "Art. 16...", *loc. cit.*, p. 213; NOURISSAT, V.C., "Nota a *Sent. Cour d'Appel Aix-en-Provence de 21 de octubre de 2004*", *Procédures*, núm. 4, 2005, p. 22.

²⁰⁵ En este sentido, BRIGGS, A., "Private...", *loc. cit.*, p. 655.

²⁰⁶ MANKOWSKI, P., "Art. 16...", *loc. cit.*, pp. 213-214 y referencias allí citadas. Véase NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 193, respecto del caso *Chorley v. Chorley*, cuando explica que la actuación de la High Court inglesa considerándose primera en el tiempo al entender que el (primer) proceso francés era de conciliación y no procedimiento de divorcio, fue rebatida por la Court of Appeal estableciendo que que el juez inglés no debería determinar la naturaleza de un documento extranjero iniciador de un proceso y que este aspecto correspondía a la propia ley francesa.

²⁰⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., "Litispendencia...", *loc. cit.*, p. 590.

residencia en el momento de la demanda o, en materia de divorcio, en el momento donde la *rêquete initiale* es presentada.

Nada que decir, pues, cuando los intentos de conciliación son obligatorios y bajo la orientación y guía del Tribunal, habida cuenta de su consideración como un procedimiento formal, obstaculizando o impidiendo que procedimientos formales sean instituidos en el respectivo país, muchas veces ordenados por un Tribunal, tal como sucede en el Derecho inglés donde las partes pueden ser dirigidas a mediación o a ADR: de ser así, la fecha relevante a efectos de iniciación de un proceso matrimonial será ésta. Todo ello en un contexto en el que la regla de base relativa al *iter* de un proceso de carácter civil no atiende, fiel a su naturaleza dispositiva, a su progreso automático, sino dependiente de la voluntad de las partes²⁰⁸. Sólo en aquellos casos en los que su ubicación en esta sede conlleve un desequilibrio entre las partes podría ser considerada una eventual exclusión de los requerimientos de conciliación de los cónyuges en el concepto de inicio de un proceso, y ello, con independencia de que la *lex fori* considere estos requerimientos de conciliación como parte integrante de los procedimientos de divorcio. Así sucedería cuando en el momento en el que se tomen las medidas dirigidas a la conciliación entre la pareja no resulte claro que los procedimientos ante los Tribunales vayan a continuar después. Piénsese que la eficacia de la solicitud de conciliación no puede mantenerse de forma indefinida, de modo que las legislaciones nacionales suelen conceder al demandante un plazo determinado para interponer la demanda desde que se le conceda la correspondiente autorización y tras constatar el fracaso de la conciliación (por ejemplo, art. 209.3 CPC suizo), equilibrando de esta manera las exigencias de seguridad jurídica y el reconocimiento de los esfuerzos del litigante diligente para la defensa de su posición jurídica²⁰⁹. En ordenamientos jurídicos como el francés, que, después de la *ordonnance de non-conciliation*, concede al demandante un plazo de treinta meses para proceder a la *assignation*, se ha cuestionado la bondad de un plazo tan largo, que puede privar al demandado de toda posibilidad de acción ante la inactividad del cónyuge demandante, menos justificable todavía cuando la ruptura de la pareja parece inevitable²¹⁰. Sin embargo, también establece la exclusividad de esta posibilidad de *assignation* en la figura del demandante únicamente durante los tres primeros meses (art. 1113 *Code de procédure civile*): de transcurrir este último plazo, el demandado en un procedimiento de separación puede suplir la abstención del demandante, instando él mismo la separación contra éste, o bien solicitar el divorcio en tanto que su demanda en reconvencción resulta admisible. De este modo, se pretende evitar que un plazo tan largo como aquél de los treinta meses pueda paralizar la acción de divorcio y obligar al demandado a soportar la inactividad del demandante sin poder continuar con el procedimiento de divorcio²¹¹.

Lo expuesto sigue la línea de lo determinado en el Considerando núm. 35 R. 2019, en el que se establece que, "...habida cuenta de la importancia creciente de la mediación y otros métodos alternativos de resolución de litigios, también durante los procedimientos

²⁰⁸ BRIGGS, A., "Private...", *loc. cit.*, p. 655, si bien en relación al art. 27 R. 44.

²⁰⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., "Litispendencia...", *loc. cit.*, p. 590.

²¹⁰ REY, J., "La saisine...", *loc. cit.*, p. 190; GALLANT, E., "L'impact...", *loc. cit.*, p. 111.

²¹¹ GALLANT, E., "L'impact...", *loc. cit.*, p. 111.

judiciales, y con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se debe considerar también iniciado un procedimiento en el momento de la presentación del escrito de demanda o documento equivalente al órgano jurisdiccional en aquellos casos en que el procedimiento se haya suspendido entretanto para encontrar una solución amistosa, a petición del demandante que inició el procedimiento, sin que el escrito de demanda se haya notificado aún al demandado y sin que este haya tenido conocimiento del procedimiento o haya participado de forma alguna en él, a condición de que la parte que haya incoado el procedimiento no haya dejado de tomar después las medidas requeridas para la notificación del escrito o documento al demandado. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en caso de litispendencia, debe entenderse que la fecha de iniciación de un procedimiento de conciliación obligatorio ante una autoridad nacional de conciliación es la fecha en la que se considera que el procedimiento ha sido sometido al *órgano jurisdiccional*...”.

Otro supuesto problemático relacionado con la existencia de procedimientos previos resulta aquél de la determinación del momento de inicio de un proceso según el art. 16 R. 2201 cuando ante el mismo órgano jurisdiccional se están dirimiendo un proceso de medidas provisionales o cautelares y un subsiguiente proceso sobre el fondo del asunto: de considerar ambos procedimientos por separado, el inicio del procedimiento a efectos del art. 19 R. 2201 sería aquél del procedimiento principal, mientras que, de considerar que el proceso de medidas cautelares y el de fondo conforman un único procedimiento, el punto de referencia de inicio podría vincularse al relativo a las medidas provisionales²¹².

VI. COMPORTAMIENTO PROCESAL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ANTE UNA SITUACIÓN DE LITISPENDENCIA ENTRE PROCESOS MATRIMONIALES

1.- Obligación de suspensión del segundo Tribunal

Una vez determinada la existencia de una situación de litispendencia entre los procesos matrimoniales, “...el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera...” (art. 19.1 R. 2201)²¹³.

La obligación de este segundo de los Tribunales se limita en primer término a la referida suspensión, y ello, sin necesidad de atender a una eventual petición de parte y sin que

²¹² Sobre este particular, MALATESTA, A., “Art. 16...”, *loc. cit.*, p. 289.

²¹³ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, pp. 331-333; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 255. Véase ap. 35 de la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*; o ap. 33 y 34 de la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C-489/14, A. En la práctica interna, por ejemplo, *Sent. Trib. Civ. de Bruselas de 22 de enero de 2003* (*Journ. des Trib.*, 2003, p. 665); o *Sent. Trib. Civ. de Arlon de 12 de diciembre de 2008* (*Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 728), donde el Tribunal suspende su proceso de divorcio ante la existencia de un primer proceso ante los Tribunales de Aix-en-Provence hasta que éstos hayan establecido su competencia.

este mandato de suspensión equivalga a un sobreseimiento o desestimación de la demanda matrimonial interpuesta en su sede: la eventual declinación de competencia por parte del segundo de los Tribunales va a depender exclusivamente del establecimiento de la competencia del primero de los Tribunales respecto de la causa matrimonial (art. 19.3 R. 2201). O, lo que es lo mismo, la primera de las obligaciones del segundo de los Tribunales una vez identificada la situación de litispendencia es aquella relativa a la suspensión en tanto que cualquier otro comportamiento podría converger en un posible conflicto negativo de jurisdicción de inhibirse el segundo de los Tribunales sin esperar al establecimiento de la competencia del primero de ellos, simplemente, porque el Reglamento 2201/2003 no llegue finalmente a atribuir competencia al primero de los Tribunales²¹⁴. A diferencia de lo que sucede en el Derecho doméstico español, donde el legislador español concede al operador jurídico la facultad de suspender el proceso (segundo) en España tras la evaluación de una serie de índices (art. 39 LCJI), el art. 19.1 R. 2201 no se pronuncia en términos de discrecionalidad sino de mandato, tanto en lo relativo a la suspensión como en la posterior inhibición, de ser el caso²¹⁵: las partes no tienen la posibilidad de revertir esta consecuencia²¹⁶ y el Tribunal no puede establecer una suspensión condicionada a ninguna circunstancia diferente a la establecida en el art. 19 R. 2201, como podría ser la posible continuidad de los procedimientos matrimoniales ante el primero de los Tribunales²¹⁷.

Coherente con ello, convierte al primero de los Tribunales en el único con competencia para resolver la causa matrimonial con independencia de lo que éste estime como conveniente²¹⁸. Del mismo modo, será el único que resolverá en caso de que se cuestione su competencia judicial internacional²¹⁹, al igual que será el único órgano ante el cual pueden acudir las partes en caso de que se cuestione la validez del acto de inicio del primer procedimiento²²⁰. La suspensión de la causa matrimonial por parte del

²¹⁴ Véase, en relación a evitar el conflicto negativo de jurisdicciones, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Informe...", *loc. cit.*, par. 53; HAUSMANN, R., "New...", *loc. cit.*, p. 347; más en general, VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2007, p. 373. En relación a este añadido de la obligación de *suspensión*, que no aparecía en el original art. 21 del Convenio de Bruselas de 1968 y se canalizó a través del Convenio de Lugano de 1988, JENARD, P./MÖLLER, G., "Informe relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988", DOCE C 189/57, de 28 de julio de 1990, par. 64.

²¹⁵ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 108; LAYTON, A./MERCER, H., *European Civil Practice*, 2ª ed., London, 2004, pp. 793-794. En la práctica, ap. 42 de la *STJCE de 09 de diciembre de 2003*, As. C-116/02, *Gasser*. Véase, asimismo, *Sent. Trib. Cass. italiano de 07 de mayo de 2004 (Riv. dir. int. pr. pr.*, 2005, p. 424), en relación a un proceso de divorcio ante los Tribunales de París y otro de separación judicial ante los Tribunales de Roma.

²¹⁶ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 255.

²¹⁷ LAYTON, A./MERCER, H., *European...*, *op. cit.*, 2004, p. 796. Véase ap. 51 y siguientes de la *STJCE de 09 de diciembre de 2003*, As. C-116/02, *Gasser*.

²¹⁸ BROWN, L./FISHER, N., "Have prenups come of age?", vol. 158, *New Law Journal*, 2008, pp. 1548-1549, que hablan de competencia exclusiva del primero de los Tribunales (consultado en: <https://www.newlawjournal.co.uk/content/sign-here-please%E2%80%A6>).

²¹⁹ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 255; VITELLINO, G., "European...", *loc. cit.*, p. 223.

²²⁰ Véase MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, pp. 255-256 y referencias allí citadas. En la práctica, *Sent. Trib. Civ. de Bruselas de 22 de enero de 2003 (Journ. des Trib.*, 2003, p. 665), relativa a dos procesos dirimidos ante los Tribunales belgas y franceses.

segundo de los Tribunales no puede ser tampoco objeto de revisión por el primero de los órganos jurisdiccionales²²¹. Será el Derecho procesal interno el que determine la forma de declarar la suspensión del proceso (art. 43 LEC, en el caso del Derecho español)²²².

Este deber de suspensión impuesto por el art. 19.1 R. 2201 opera, asimismo, con independencia de que la normativa material doméstica del primero de los Tribunales no conozca la institución que fundamenta la acción ante el segundo de los Tribunales, esto es, el segundo órgano jurisdiccional debe siempre inhibirse en favor del primero, incluso si el Derecho interno de ese Estado miembro no conoce ni la separación judicial ni la nulidad matrimonial²²³.

2.- La inhibición del segundo Tribunal: el establecimiento de la competencia del primero de los Tribunales

A) La obligación de inhibición

Identificada la relación de litispendencia entre ambos procesos matrimoniales, el art. 19.3 R. 2201 obliga al segundo de los Tribunales, del mismo modo que el art. 29.2 R. 1215 y en atención a la primacía del orden cronológico de las acciones²²⁴, a inhibirse a favor del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera de las demandas “...cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional...”²²⁵: de no ser así y de continuar los procesos en juego, se produciría un conflicto positivo de jurisdicciones, de la misma manera que, con la aceptación de la competencia del primero de los Tribunales, se evita cualquier conflicto negativo de jurisdicciones²²⁶. Tiene sentido esta rigidez con la que se concibe la obligación de inhibición del segundo de los Tribunales dado el principio de confianza comunitario que existe en un espacio judicial europeo en un contexto de simplificación de las reglas de reconocimiento y ejecución de resoluciones²²⁷.

²²¹ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 330.

²²² VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2007, p. 373.

²²³ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 57; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 327. Aunque no prosperó, ya vimos como algunos Estados miembros pretendieron que los Tribunales suecos o finlandeses debían no conocer de un primer proceso de divorcio en Suecia o Finlandia respecto de otro segundo de nulidad ante otro Estado miembro; al respecto, JÄNTERÄ-JAREBORG, M., “Marriage...”, *loc. cit.*, p. 17.

²²⁴ Véase ap. 30 de la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C- 489/14, A.; o ap. 43 de la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*. En la doctrina, BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 528.

²²⁵ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 332; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 256. Véase, por ejemplo, la *Sent. Trib. París de 19 de diciembre de 2002* (*Journ. dr. int.*, p. 811, con nota de BOICHÉ, A.), donde, en relación a un proceso de divorcio, los Tribunales franceses (segundos) se inhibieron ante la High Court de Londres (primeros); también, por el contrario, la actuación equivocada de los Tribunales rumanos (segundos y competentes para un divorcio) en la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*, cuando no se inhiben a favor de los Tribunales italianos (los primeros) competentes para una separación judicial.

²²⁶ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, pp. 256-257.

²²⁷ GAUDEMET-TALLON, H., “Divorce...”, *loc. cit.*, par. 133.

Esta inhibición exigida por el art. 19.3 R. 2201 se encauza procesalmente por parte del segundo de los órganos jurisdiccionales a partir de las exigencias de su *lex fori*²²⁸, rechazando continuar con el procedimiento matrimonial y absteniéndose de conocer en favor del primero de los Tribunales: la suspensión a la que obliga el art. 19.1 R. 2201, efectiva hasta el momento en el que el primero de los Tribunales acepta la competencia judicial internacional y llega al conocimiento del segundo de ellos, se transforma así en una inhibición, convirtiendo una solución temporal como es la suspensión en una respuesta final y definitiva respecto del procedimiento matrimonial incoado ante los segundos de los Tribunales²²⁹.

El carácter obligatorio con el que se halla concebida esta inhibición elimina cualquier poder discrecional al segundo de los Tribunales que pueda encamilarle a una opción distinta a la determinada por el legislador comunitario²³⁰. Si bien es cierto que el art. 19.3 R. 2201 no se expresa en términos que permitan hablar de determinación de oficio de la inhibición, a diferencia de un art. 19.1 R. 2201 que habla de que "...suspenderá de oficio el procedimiento...", nada impide entender que deba proceder de esta misma manera: no sólo por el carácter imperativo del lenguaje empleado en el propio tenor de este precepto dirigido a la terminación de su proceso y de su remisión al primero de los Tribunales²³¹, también porque una interpretación diferenciada de los párrafos primero y tercero del art. 19 R. 2201 no tendría sentido²³².

Nada determina el Reglamento 2201/2003, por el contrario y a diferencia del mandato de inhibición que impone el art. 19 R. 2201 frente la declaración de competencia del primero de los Tribunales, respecto del no *establecimiento* de la competencia del primero de los Tribunales: nada parece impedir, a pesar de la ausencia de regla, la posibilidad de continuación del proceso hasta ahora pendiente en el segundo de los Tribunales, tras el correspondiente levantamiento de la suspensión²³³. También podría continuar con la causa matrimonial el segundo de los Tribunales en aquellos casos en los que el primero de los órganos jurisdiccionales no acepta su competencia judicial internacional de manera explícita sino que rechaza la demanda únicamente por razones sustanciales: no debería considerarse una resolución negativa susceptible de ser reconocida a través del art. 21 y siguientes R. 2201, ni genera el efecto de cosa juzgada²³⁴. En cambio, no podrá levantar la suspensión el segundo de los Tribunales y, con ello, continuar el proceso matrimonial, por el hecho de demorarse en exceso el primero de los Tribunales en tomar una decisión relativa a su competencia judicial internacional²³⁵. No establece esta posibilidad el art. 19 R. 2201, además de no ajustarse

²²⁸ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 108.

²²⁹ MANKOWSKI, P., "Art. 19" ..., *loc. cit.*, p. 257.

²³⁰ MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 331.

²³¹ LAYTON, A./MERCER, H., *European...*, *op. cit.*, 2004, pp. 796-797.

²³² MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 257.

²³³ BARATTA, R., "Il regolamento...", *loc. cit.*, p. 180, donde habla, desde la óptica del Derecho italiano, de la *riassunzione*; LAYTON, A./MERCER, H., *European...*, *op. cit.*, 2004, p. 796; BRIGGS, A., *Civil Jurisdiction and Judgments*, 6ª ed., Milton Park, Abingdon, Oxon, New York, 2015, par. 2.272.

²³⁴ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 262 y doctrina allí citada.

²³⁵ BARATTA, R., "Il regolamento...", *loc. cit.*, p. 181; MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 332.

esta causa-efecto al principio de confianza "...que los Estados contratantes otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus respectivas instituciones judiciales..." que "...ha permitido establecer un sistema vinculante de competencia, que todos los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio están obligados a respetar..."²³⁶. Todo ello, al margen de la posible consideración de la aplicación del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo al derecho a un proceso equitativo sancionando la indolencia del primero de los Tribunales en el cumplimiento de su labor juzgadora²³⁷. Del mismo modo, la continuidad del segundo de los procesos matrimoniales no va a depender de las posibilidades de reconocimiento de la futura sentencia extranjera de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial, a emitir por el primero de los Tribunales; o, lo que es lo mismo, esta obligación de inhibición del art. 19.3 R. 2201, al igual que la suspensión exigida por el art. 19.1 R. 2201, no puede condicionarse a un eventual juicio de reconocibilidad de la futura resolución extranjera del primero de los Tribunales²³⁸.

En cualquier caso, una eventual sentencia final emitida por el primero de los Tribunales transforma el caso desde un supuesto de litispendencia a otro de cosa juzgada y reconocimiento de resoluciones judiciales, lo que implicaría la inoperatividad del art. 19 R. 2201 para aplicar, en consecuencia y desde la óptica del proceso matrimonial dirimido ante el segundo de los Tribunales, los arts. 21 y 22 R. 2201.

B) El establecimiento de la competencia del primer Tribunal: la ausencia de sumisión tácita en los procesos matrimoniales

La inhibición del segundo de los Tribunales se condiciona, como vemos, al establecimiento de la competencia del primero de ellos, independientemente de que esta competencia se fundamente en las reglas propias del Reglamento 2201/2003, o, por el contrario, en las propias del Derecho domésticos a título de competencias residuales del art. 7 R. 2201²³⁹. De no ser así y considerar únicamente la competencia con base en las

²³⁶ Véanse ap. 70-73 de la *STJUE de 9 de diciembre de 2003*, As. C-116/02, *Gasser*. En la doctrina, MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 262.

²³⁷ BARATTA, R., "Il regolamento...", *loc. cit.*, p. 180; más en general, FENTIMAN, R., "Introduction to arts. 27-30", en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (ed.), *European Commentaries on Private International Law ECPIL: Commentary Brussels I Regulation*, Sellier, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp.475-499, espec. pp. 490-494.

²³⁸ Véase *STJCE de 27 de junio de 1991*, As. C-581/8, *Overseas*. En la doctrina, MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 241; HAUSMANN, R., "New...", *loc. cit.*, p. 346; más en general, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, 2018, p. 102.

²³⁹ Al respecto, NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 191; MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 241. Véase la jurisprudencia del ap. 14 de la *STJCE de 27 de junio de 1991*, As. C-351/89, *Overseas*. También, HAUSMANN, R., "New...", *loc. cit.*, p. 274. No obstante, no parece partir de esta doble posibilidad la *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II (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)*, en http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf, p. 52, cuando al referirse a la litispendencia del art. 19.1 R. 2201 habla de "...cuando de conformidad con el artículo 3 del Reglamento...".

reglas del Reglamento 2201/2003 facilitaría la presencia en el espacio judicial europeo de resoluciones matrimoniales contradictorias²⁴⁰.

Con todo, no regula el Reglamento 2201/2003, al igual que tampoco los hacen otros distintos instrumentos comunitarios, cuándo ha de considerarse que el Tribunal ante el que se interpuso la primera demanda ha *establecido* su competencia a efectos de la (eventual) inhibición exigida por el art. 19.3 R. 2201 al segundo de los Tribunales: determinadas por el legislador comunitario las exigencias materiales básicas (establecimiento de la competencia e inhibición), corresponderá al Derecho procesal interno de cada Estado miembro decidir el *iter* procesal en ambos casos, esto es, cómo proceder a la inhibición y el aparato procesal correspondiente a cada una de las situaciones posibles dirigidas al establecimiento de la competencia del primero de los Tribunales²⁴¹.

Al respecto del establecimiento de la competencia, son distintas las situaciones en función del comportamiento de las partes respecto de la demanda matrimonial incoada ante el primero de los Tribunales comunitarios.

De no comparecer el cónyuge requerido emplazado en debida forma (art. 18 R. 2201), el órgano jurisdiccional comunitario tiene la obligación de verificar de oficio su competencia a partir de la consulta de los arts. 3 a 5 R. 2201 en materia de crisis matrimoniales (art. 17 R. 2201), aclarando la resolución que resuelve esta verificación su posición al segundo de los Tribunales *ex* art. 19.3 R.2201. De abstenerse el primer Tribunal (y correspondiente sobreesimio del proceso) por incompetencia, el segundo de los Tribunales levantará la suspensión y conocerá. De ser español el primero de los Tribunales y de acuerdo con el Derecho procesal español, "...la abstención (...) se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional..." (art. 38 LEC), recibiendo la forma de auto y, de producirse en primera instancia, recurrible en apelación de acuerdo al régimen general (art. 66.1 LEC). La no abstención del primer Tribunal equivaldría implícita o explícitamente al establecimiento de su competencia, en tanto que ya ha transcurrido el momento procesal oportuno en el que se podría cuestionar la competencia, de modo que el segundo de los Tribunales debe inhibirse a favor del primero (art. 19.3 R. 2201). A la hora de resolver aquellos casos en los que el Tribunal ante el que se interpuso la primera demanda no se ha pronunciado explícitamente sobre su competencia, téngase en cuenta que el TJUE consideró que "...para que se establezca la competencia del Tribunal ante el que se interpuso la primera demanda, a efectos del art. 19.1 R. 2201, es suficiente con que el Tribunal ante el que se presentó la primera demanda no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes ha(ya) impugnado tal competencia con anterioridad o en el momento de la actuación procesal que el Derecho nacional considere como el primer medio de defensa en cuanto al fondo presentado ante dicho Tribunal..."²⁴².

²⁴⁰ Ní SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 191.

²⁴¹ MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 332; LAYTON, A./MERCER, H., *European...*, *op. cit.*, p. 796.

²⁴² Al respecto, ap. 34 de la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C- 489/14, A., en atención, por analogía, del ap. 44 de la *STJUE de 27 de febrero de 2014*, As. C-1/13, *Cartier*, que así se manifestó en relación al

De haber comparecido el cónyuge requerido ante el primero de los Tribunales para proponer la excepción de falta de competencia, el Tribunal resolvería a través del equivalente en su Derecho procesal interno a la declinatoria internacional del Derecho español (arts. 39 y 63 y siguientes LEC): se declararía competente o incompetente, vinculando esta decisión al segundo de los Tribunales a efectos del art. 19.3 R. 2201²⁴³. Téngase en cuenta que, aunque el Reglamento 2201/2003 establece un régimen de control de oficio de la competencia en todo caso (art. 17 R. 2201), a diferencia de otros instrumentos comunitarios, nada impide que la parte interesada pueda interponer una declinatoria internacional²⁴⁴. Más problemas, en cambio, de comparecer el cónyuge requerido y no impugnar la competencia. Frente a otros regímenes aplicables en los que la comparecencia sin impugnación conduciría a la competencia del Tribunal por sumisión tácita²⁴⁵, recuérdese que en materia de crisis matrimoniales no se halla contemplada la posibilidad de sumisión tácita y que los únicos foros operativos son los foros objetivos relacionados en los arts. 3 a 5 R. 2201²⁴⁶, lo que supone que la

art. 27 R. 44 (actual art. 29 R. 1215) y cuyas conclusiones pueden extenderse al art. 19.2 R. 2201. Véase, asimismo, la actuación de los Tribunales italianos en el caso que dio lugar a la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*, donde, siendo el primero de los Tribunales en un supuesto de litispendencia, no parece constar que haya declinado su competencia relativa a la demanda de separación, habiendo así *establecido* su competencia a efectos del art. 19.1 y 3 R. 2201.

²⁴³ En el Derecho español y de acuerdo con los arts. 63 y siguientes LEC, la declinatoria se propondrá ante el mismo Tribunal que esté conociendo del pleito y al que se considere carente de jurisdicción o de competencia y dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda; suspende hasta su resolución el plazo para contestar y el curso del proceso principal (art. 64 LEC). No se contempla la posibilidad de dar traslado al Ministerio Fiscal. El órgano jurisdiccional español suspenderá el proceso, no entrando a conocer del fondo y resolverá la declinatoria internacional mediante un auto. De declararse incompetente el juez de primera instancia, se abstendrá de conocer y procederá a sobreseer el proceso (art. 65.2 LEC), cabiendo recurso de apelación (art. 66.1 LEC); de declararse competente, cabe recurso de reposición (art. 66.2 LEC), si bien cabe la posibilidad de que el (cónyuge) demandado alegue la falta de competencia judicial internacional en la apelación contra la sentencia definitiva (art. 66 LEC). Cabe denunciar la falta de competencia a través del recurso extraordinario de infracción procesal del art. 439.1.1 LEC (y art. 476 LEC) respecto de la sentencia de apelación, siendo posible este mismo recurso ante la sentencia de la Audiencia que declare la ausencia de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. Véase la *SAP A Coruña de 10 de noviembre de 2016* (JUR 2016\275942), que admite que se impugne la competencia judicial internacional por primera vez en el recurso de apelación, después de tramitar la primera instancia en rebeldía. Asimismo, *SAP de Alicante de 06 de julio de 2016* (JUR 2016\262505), relativa a un caso de divorcio donde se solicitó una declinatoria de jurisdicción internacional que fue resuelta con desestimación por auto de 16 de enero de 2012 y ratificación en reposición por auto de 5 de marzo de 2012; *SAP de Madrid de 05 de mayo de 2014* (JUR 2014\240712), que enfrenta un caso de divorcio entre cónyuges paraguayos, donde se solicitó una declinatoria de jurisdicción internacional que fue rechazada y donde hubo recurso de reposición; o *SAP de Asturias de 05 de mayo de 2016* (JUR 2016\145441), en relación a un divorcio de matrimonio civil celebrado en Las Vegas y con residencia habitual común en Dubai, esposo de nacionalidad española y cónyuge requerido de nacionalidad británica, donde se planteó también una declinatoria de jurisdicción.

²⁴⁴ Así, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2017, p. 218.

²⁴⁵ Así, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2017, p. 216, en relación al Reglamento 1215/2012.

²⁴⁶ PALAO MORENO, G., “Crisis...”, *loc. cit.*, pp. 469-470. Véase, asimismo, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 31. También, CAMPUZANO DÍAZ, B., “Uniform conflicts of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation”, en CAMPUZANO DÍAZ, B./CZEPELAK, M./RODRÍGUEZ BENOT, A./RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, A. (eds.), *Latest developments in EU Private*

comparecencia del cónyuge requerido sin impugnar la competencia no deriva necesariamente en la competencia del primero de los Tribunales: en materia de crisis matrimoniales, la autoridad ante la que se presenta la demanda debe verificar de oficio y en todo caso su competencia (art. 17 R. 2201), con independencia de la voluntad de las partes, aclarando la resolución que resuelve esta verificación (absteniéndose de conocer, de no ser competente; o resolviendo su competencia, de verificar algún criterio que le atribuya competencia) el *establecimiento* de la competencia de la que habla el art. 19.3 R. 2201 en lo que a la litispendencia se refiere²⁴⁷.

Finalmente, no debería considerarse una situación de establecimiento de la competencia del primero de los Tribunales y, con ello, una situación de litispendencia, la derivada de la relación existente entre una primera demanda que decae en tanto que el demandante no realizó los actos necesarios para su notificación al demandado, de manera que la acción se extingue, pudiéndose, en consecuencia y dado que debe considerarse la competencia del primer Tribunal como “...no establecida...”, continuar con la segunda de las demandas, que fue presentada posteriormente. O, lo que es lo mismo, la existencia de una situación de litispendencia parte del hecho de que los procedimientos sustanciados entre las mismas partes y que tienen por objeto demandas de divorcio, de separación judicial o de nulidad matrimonial se encuentren pendientes simultáneamente ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes: de extinguirse uno de los dos procedimientos iniciados ante los órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos desaparece el riesgo de resoluciones inconciliables y, con ello, la situación de litispendencia en el sentido del art. 19 R. 2201. Por ello, y con independencia de que durante el primer procedimiento se hubiera establecido la competencia del primero de los órganos jurisdiccionales, al haber dejado de existir la situación de litispendencia tal competencia no se halla establecida²⁴⁸.

De acuerdo con los hechos del caso A., el 13 de junio de 2014 se había iniciado un procedimiento de divorcio ante el Tribunal del Reino Unido, ya presentada previamente una anterior demanda de separación ante el *juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance* de Nanterre, produciéndose una situación de litispendencia hasta el 16 de junio de 2014 a medianoche. El 17 de junio, a las 00.00 h., al haberse extinguido el procedimiento ante el juez francés, ante el que se presentó la primera demanda, debido a la caducidad del auto de no conciliación que dicho órgano jurisdiccional había dictado, únicamente se encontraba pendiente ante el Tribunal del Reino Unido un litigio, a efectos

International Law, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, pp. 23-48, espec. p. 29; HODSON, D., *A practical guide to International Family Law*, Bristol, Family Law, 2008, p. 213; MOSCONI, F., “Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000”, *Rivista di diritto processuale*, núm. 2, 2001, pp. 376-408, espec. p. 387. No obstante, HAUSMANN, R., ‘Article 4’, en CORNELOUP, S. (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, Université de Bourgogne, Lexis Nexis, Paris, 2013, pp. 255-256, espec. p. 246.

²⁴⁷ Sobre ello, CANO BAZAGA, E., “El Derecho...”, *loc. cit.*, par. B.1; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2017, p. 218. Véase el caso de la *STJUE de 16 de enero de 2019*, As. C-386/17, *Stefano Liberato v. Luminita Luisa Grigorescu*, cuando la esposa, después de haber reclamado el marido la separación ante los Tribunales italianos (primeros), se personó en el procedimiento italiano y no impugnó, decidiendo el Tribunal italiano su competencia por los foros objetivos del Reglamento 2201/2003 y sin contemplar la (inexistente) posibilidad de sumisión tácita.

²⁴⁸ Véase la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C- 489/14, A.

del art. 19.1 R. 2201, el proceso iniciado el 13 de junio de 2014. El procedimiento de divorcio iniciado el 17 de junio de 2014 ante un Tribunal francés es posterior al procedimiento sustanciado ante el referido Tribunal del Reino Unido, convirtiéndose este Tribunal inglés por el *prior tempore* del art. 16 R. 2201 en el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda²⁴⁹. En la relación de hechos controvertidos tuvieron mucho que ver las peculiaridades de los procedimientos de separación y de divorcio en Francia. En este ordenamiento jurídico, una demanda de divorcio puede transformarse en una de separación, mientras que no cabe la modificación inversa (art. 1076 *code de procédure civile* francés). Cuando el Tribunal que conoce de una demanda de separación dicta un auto de no conciliación que autoriza a los cónyuges a promover el procedimiento de separación, el demandante sólo puede optar entre una doble alternativa: por un lado, decidir obtener la separación y, con ello, impulsar el procedimiento hasta su término, instando que se notifique la demanda de separación y se emplace para comparecer al demandado (puede hacerlo en los tres primeros meses siguientes al auto de no conciliación *ex art.* 1113 *code de procédure civile* francés); o, por otro, puede renunciar a la separación y decidirse por el divorcio, desistiendo de su demanda de separación, condicionándose la admisibilidad de la demanda de divorcio a la aprobación y firmeza del desistimiento. No obstante, de transcurrir el plazo de tres meses del art. 1113 *code de procédure civile*, el demandado en un procedimiento de separación puede suplir la abstención del demandante, instando él mismo la separación contra éste, o bien solicitar el divorcio en tanto que su demanda en reconvencción resulta admisible *ex arts.* 1076, 1111 y 1113 *code de procédure civile*²⁵⁰.

C) No control de la competencia judicial internacional del primer Tribunal

Como estamos viendo, la obligación de inhibición del segundo de los Tribunales se condiciona al establecimiento de la competencia del primero de ellos, lo que supone la asunción de la competencia explícita o implícitamente declarada del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda de separación judicial divorcio o nulidad matrimonial: el establecimiento de la competencia no resulta equivalente, pues, a la realización de un eventual control de la competencia judicial internacional del primero de los Tribunales²⁵¹.

²⁴⁹ Véase ap. 40 de la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C- 489/14, A.

²⁵⁰ Sobre las particularidades del Derecho francés, véase ap. 68-70 de las Conclusiones del Abogado General en la *STJUE de 6 de octubre de 2015*, As. C- 489/14, A., y las referencias a la doctrina francesa allí recogidas.

²⁵¹ Véase WAUTELET, P., “Reglément...”, *loc. cit.*, p. 438. En la práctica, en este sentido, la *STS de 16 de diciembre de 2015* (RAJ 2015\6185), entre una demanda de separación y divorcio ante los Tribunales españoles y una posterior solicitando el divorcio ante los Tribunales portugueses, cuando señala que “...no podrían controlar la competencia de los tribunales españoles una vez que esta ha sido declarada porque no es la actuación prevista en el artículo 19 para los supuestos de litispendencia...”. También, *Sent. Trib. Civ. de Bruselas de 22 de enero de 2003* (*Journ. des Trib.*, 2003, p. 665), donde el segundo juez (belga) considera que no debe entrar en si la acción de divorcio interpuesta ante el primer juez francés estaba viciada y, por tanto, era nula; *Sent. Trib. de Lieja de 10 de noviembre de 2005* (comentada por WAUTELET, P., “Reglément...”, *loc. cit.*, p. 438), donde el juez belga de divorcio (segundo) se niega a valorar la competencia del juez español de separación judicial (primero) entre dos cónyuges españoles; o *Sent. Trib. de Bruselas de 11 de septiembre de 2008* (*Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 704), donde, partiendo de que corresponde al primero de los jueces determinar su competencia, considera que no es incompatible con que el segundo juez pueda examinar el procedimiento desarrollado ante el primero a fin de comprobar si ya se ha pronunciado sobre su competencia.

Por un lado, porque no existe una mejor posición del Tribunal ante el que se interpuso la segunda demanda para pronunciarse sobre la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. Por otro, porque el art. 19 R. 2201, al igual que otros preceptos reguladores de la litispendencia intracomunitaria, como el art. 29 R. 1215, habla de una *declaración* de competencia y no de *control* de la competencia del Tribunal ante el que se interpone la primera demanda. Y, finalmente, porque el Reglamento 2201/2003 se fundamenta, como el resto de instrumentos comunitarios y con carácter general, en el principio de confianza comunitario (Considerando núm. 21 R. 2201)²⁵². El carácter alternativo de los foros empleados en materia de crisis matrimoniales por el Reglamento 2201/2003 refuerza este argumento: su caracterización no jerárquica, a pesar de emplear términos de exclusividad en su redacción, impide situar en posición de privilegio a ninguno de los foros relacionados y, con ello, a ninguno de los Tribunales que identifican²⁵³. A efectos de litispendencia y precisamente por este carácter, no pueden operar normas en el Reglamento 2201/2003 que sí operan en otros instrumentos donde los foros empleados sí tienen naturaleza privilegiada o jerárquica, como sucede con las competencias exclusivas del art. 24 R. 1215 o el foro único determinado por la autonomía de la voluntad del art. 25 R. 1215: aun partiendo de la regla de base del principio de confianza comunitario, la especial naturaleza y la exigencia de un control de competencia del juez de origen en sede de reconocimiento en relación a las competencias exclusivas justificaría proceder a un *control* de la competencia del primero de los Tribunales como condición de aplicación de la excepción de litispendencia; o que el art. 31.2 R. 1215 haga prevalecer el conocimiento del segundo de los Tribunales elegido expresamente por las partes frente al primero²⁵⁴.

Con todo, téngase en cuenta lo dispuesto en la *STJCE de 15 de julio de 2010, Purrucker*²⁵⁵, cuando, después de establecer que "...los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros no pueden controlar la apreciación que el primer órgano jurisdiccional haya hecho de su competencia...", sigue diciendo que "...esta prohibición no prejuzga la posibilidad de que un órgano jurisdiccional al que se ha sometido una resolución judicial que no contiene elementos que acrediten sin lugar a dudas la competencia sobre el fondo del órgano jurisdiccional de origen compruebe si de esa resolución judicial se desprende que este último órgano jurisdiccional ha pretendido basar su competencia en una disposición del Reglamento 2201/2003 (...) tal comprobación

²⁵² WAUTELET, P., "Règlement...", *loc. cit.*, p. 438.

²⁵³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, 2018, p. 467. Vimos como el término *exclusivo* equivale a *limitativo*, más que a un supuesto carácter jerárquico o privilegiado; así, GAUDEMET-TALLON, H., "Le Règlement...", *loc. cit.*, p. 395. En la práctica, por ejemplo, el *Auto AP de Barcelona de 25 de julio de 2011* (JUR 2011\307654), respecto de un divorcio entre cónyuges españoles con residencia habitual en Bolivia.

²⁵⁴ En la práctica, *STJUE de 9 de diciembre de 2003*, As. C-116/02, *Gasser*; ap. 20 de la *STJCE de 27 de junio de 1991*, As. C-351/89, *Overseas*; o *STJUE de 27 de febrero de 2014*, As. C-1/13, *Cartier*. Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho...*, *op. cit.*, 2018, p. 102; con dudas, HESS, B./PFEIFFER, T./SCHLOSSER, P., *The Brussels I Regulation 44/2001*, 2008, p. 102. En el Reglamento 44/2001, a diferencia de lo dispuesto en el art. 31.2 R. 1215, seguía primando el principio de confianza comunitario frente al principio de seguridad jurídica, como puede verse en la *STJUE de 9 de diciembre de 2003*, As. C-116/02, *Gasser*.

²⁵⁵ Véase ap. 75 de la *STJCE de 15 de julio de 2010*, As. C-256/09, *Purrucker*.

constituye, no un control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen, sino únicamente una identificación de la base sobre la que el órgano jurisdiccional ha fundamentado su competencia...”. La diferencia entre el control perfilado por el TJUE y el control de competencia del juez resulta muy sutil, pudiendo esta jurisprudencia desplegar sus efectos también en sede de litispendencia²⁵⁶.

D) Apelación pendiente relativa a la decisión del primer Tribunal sobre su competencia

La declaración de competencia del primero de los órganos jurisdiccionales por medio de la cual establece su competencia debe ser firme, correspondiendo a su normativa procesal doméstica determinar si este Tribunal puede emitir una respuesta intermedia relativa a la competencia o si estas cuestiones competenciales sólo pueden ser resueltas definitivamente en la sentencia final²⁵⁷. Una decisión interlocutoria firme lleva consigo la preclusión de la posibilidad de volver a cuestionar la competencia, mientras que una eventual declaración de competencia sólo posible en la sentencia final implica que el segundo de los Tribunales debe esperar a que esta resolución devenga firme, transformando una situación de litispendencia en otra de cosa juzgada²⁵⁸.

En consecuencia, en aquellos casos en los que la decisión del primero de los Tribunales sobre su competencia relativa a la causa matrimonial se halle pendiente de apelación, o de cualquier otro tipo de recurso o revisión, en el Estado que se trate, las consecuencias derivadas de la aplicación del art. 19.3 R. 2201 no se producen hasta que los Tribunales del Estado de esta primera acción resuelvan definitivamente la apelación: difícilmente puede tomar una decisión el segundo de los Tribunales respecto de su inhibición o continuación con la causa matrimonial hasta que no exista una respuesta definitiva a este aspecto desde el ordenamiento jurídico del primero de los Tribunales. La ausencia de una respuesta definitiva sobre la competencia del primer Tribunal impide situar la cuestión en el art. 19.3 R. 2201 para mantenerla en el ámbito del art. 19.1 R. 2201: la obligación derivada del art. 19.3 R. 2201 se activa bajo la premisa de una previa respuesta final sobre la competencia del primer Tribunal, suspendiéndose hasta ese momento la decisión de inhibición del segundo de los Tribunales²⁵⁹. Se trata de evitar

²⁵⁶ En este sentido, MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 331.

²⁵⁷ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 257. Véase *Sent. Trib. de Montpellier de 9 de diciembre de 2003* (referida y comentada por WAUTELET, P., “Reglément...”, *loc. cit.*, p. 440), en relación a un matrimonio entre un cónyuge francés y otro alemán: el esposo había interpuesto acción de divorcio en Alemania en marzo de 2001 y la esposa en Francia en octubre de 2001; la esposa recurrió la declaración de competencia de los Tribunales alemanes (tanto en primera instancia como en apelación, los Tribunales alemanes rechazaron la declinatoria de competencia incoada por la esposa, teniendo posibilidad de recurrir ante el *Bundesgerichtshof*), manteniendo el Tribunal de Montpellier su suspensión en tanto que la competencia de los Tribunales alemanes (los primeros) no se había resuelto definitivamente.

²⁵⁸ VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, 2007, p. 373. También, MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 332. Véase *SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2011* (JUR 2012/93719), entre demanda de divorcio ante los Tribunales de París en mayo de 2009 y otra posterior ante los Tribunales de Barcelona, declarándose competentes los Tribunales franceses en junio de 2010, confirmada en apelación en junio de 2011.

²⁵⁹ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, pp. 258-259. Véase *Sent. Trib. Belluno de 23 de diciembre de 2009* (*Riv. dir. int. pr. e proc.*, 2011, p. 727), donde un Tribunal italiano, respecto de una reclamación de

que un segundo Tribunal se haya inhibido ya a favor de un primero ante la eventualidad de que haya prosperado la apelación respecto de la declaración de competencia de éste último, revocando así la decisión del primer juez respecto de su declarada competencia²⁶⁰.

Lo expuesto afecta a apelaciones o revisiones respecto de aquellas decisiones del primer Tribunal respondiendo afirmativamente a su competencia judicial internacional en materia matrimonial como de aquéllas otras en las que este Tribunal haya decidido, de oficio o a instancia de parte, que no era competente²⁶¹, sin que quepa un juicio de probabilidad o cualquier tipo de especulación por parte del segundo de los Tribunales en relación al eventual éxito o fracaso de la apelación relativa a la atribución (o no) de competencia por parte del primero. La evidencia de una respuesta en apelación contraria a la originalmente ofrecida por el primero de los Tribunales respecto de su competencia no legitima a un juez comunitario de nivel equivalente (o de cualquier otra instancia o cuerpo) a situarse en la posición de otro juez comunitario, más todavía cuando el Reglamento 2201/2003 se ampara en el principio de confianza comunitario²⁶².

Por otra parte, la decisión de suspender (o no) un procedimiento emitida por el segundo de los Tribunales puede ser cuestionada por una parte y recurrida en apelación de acuerdo con los medios previstos por la correspondiente *lex fori*²⁶³. En tal caso, nada impide a un Tribunal cuya jurisdicción se considere primera en el tiempo que pueda proceder a emitir una decisión final sobre la causa matrimonial sin tener que esperar el resultado de la apelación²⁶⁴.

E) Doble suspensión

A pesar del tenor del art. 16 R. 2201, cabe la posibilidad de que los Tribunales comunitarios implicados en los procesos matrimoniales paralelos lleguen a diferentes respuestas en cuanto a la determinación de la prioridad temporal de las causas. Nada que decir cuando, a la luz de las exigencias del art. 16 R. 2201, un órgano jurisdiccional considera su causa la primera en el tiempo y el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro, atendiendo al mismo precepto, asume su causa como segunda. Más problemas, no obstante, cuando un Tribunal del Estado miembro A entiende su causa

separación, se inhibió *ex art.* 19.3 R. 2201 a favor de un Tribunal alemán que resolvía la solicitud de divorcio de un matrimonio americano-alemana en un supuesto en el que no había habido una decisión final sobre la competencia.

²⁶⁰ GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 403, nota núm. 39.

²⁶¹ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 259 y jurisprudencia allí citada.

²⁶² MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 259 y jurisprudencia allí citada.

²⁶³ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 332.

²⁶⁴ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 259 y jurisprudencia allí citada. Véase *Sent. Trib. Civ. de Bruselas de 8 de noviembre de 2006 (Rev. trim. dr. fam., 2007, p. 741)*, en relación a un proceso entre dos cónyuges franceses, con un primer proceso en Bélgica y otro segundo en Francia, suspendiendo éstos el proceso e inhibiéndose a favor de los jueces belgas: decidida la competencia de los Tribunales primeros belgas y recurrida por el esposo la resolución de los Tribunales franceses de suspender e inhibirse ante la Cour d’Appel de Rennes, se niegan los Tribunales belgas, tal como solicitaba el esposo, a no decidir sobre la causa hasta que la Cour d’Appel de Rennes se haya pronunciado.

como segunda en el tiempo mientras que el Tribunal del Estado miembro B, primero desde la óptica del otro, suspende el procedimiento en tanto que considera que el Tribunal del Estado miembro A resulta el primero en el tiempo y que, en consecuencia, debería continuar con el proceso. Se produciría una doble suspensión de los procedimientos en curso que paralizaría la causa matrimonial e impediría llegar a un resultado en forma de resolución de separación legal, divorcio o nulidad matrimonial²⁶⁵.

Desatascar la situación podría pasar por presentar una suerte de apelación ante cualquiera de las dos jurisdicciones en juego con el otro Tribunal esperando el resultado del recurso²⁶⁶. Con todo y desde cierto sector doctrinal, se ha especulado con la posibilidad de que un procedimiento en suspenso no sea equivalente a un procedimiento iniciado en tanto que, y si bien puede ser reactivado, no se halla en activo²⁶⁷. Piénsese en un primer Tribunal que suspende el procedimiento, iniciándose entonces el proceso ante un segundo Tribunal: de entender que en el primer Tribunal no se ha iniciado el procedimiento y que el segundo afirma su competencia judicial internacional, no existiría riesgo de procesos paralelos porque el primer procedimiento estaría latente; o, lo que sería lo mismo, dado que el segundo de los Tribunales afirma su competencia, se entendería iniciado ante esta jurisdicción el procedimiento, imposibilitando al primero de los Tribunales seguir con el proceso en tanto que, de hecho, el segundo de los Tribunales sería aquél ante el que se inició el proceso²⁶⁸. Nuestras dudas al respecto son, en cualquier caso, importantes: al margen del juego terminológico, restaría efecto al *iter* secuencial de comportamientos de los Tribunales en juego iniciado a partir de las exigencias del art. 16 R. 2201.

3.- Dificultades de información

Son muchas las dificultades de información a las que se enfrentan los Tribunales en juego que tratan una situación de litispendencia, empezando por la propia existencia de un proceso paralelo dirimido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado²⁶⁹. Que la excepción de litispendencia internacional suela interponerse a instancia de parte, independientemente de que, una vez determinada, muchas de las actuaciones del juez operan de oficio, contribuye a la necesidad de obtención de información: es la parte interesada en hacer valer un proceso en curso, normalmente aquel cónyuge que actúa

²⁶⁵ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 259.

²⁶⁶ FENTIMAN, R., “Art. 30...”, *loc. cit.*, p. 522; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 259.

²⁶⁷ Véase FENTIMAN, R., “Art. 30...”, *loc. cit.*, p. 522, cuando habla de las dificultades inherentes a un procedimiento que se suspende, pero no declinada la competencia, susceptible de ser reanudado por la actividad del demandante.

²⁶⁸ Véase FENTIMAN, R., “Art. 30...”, *loc. cit.*, p. 522, en relación al anterior art. 30 R. 44 (actual art. 32 R. 1215), y al que, en relación al art. 19 R. 2201, sigue MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, pp. 259-260, si bien indicando el primero de los autores sus dudas respecto de la no equivalencia entre un procedimiento en suspenso y un procedimiento iniciado.

²⁶⁹ Véase, SEIJAS QUINTANA, J.A., “El Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (ejemplar dedicado a *Cooperación jurídica internacional en materia civil: el Convenio de Bruselas*, BORRÁS RODRÍGUEZ, A. dir.), 2001, pp. 89-136, espec. pp. 117-118.

como demandante en el primer procedimiento, quien se encarga de poner en conocimiento de este proceso al segundo de los Tribunales, proporcionándole además diferentes elementos de información a mayores sobre sus circunstancias²⁷⁰. Asimismo, suele contribuir a ello la labor del legislador comunitario cuando elabora preceptos del estilo del art. 29.2 R. 1215, tratando de aclarar distintos aspectos relacionados con los procesos en curso, en el caso, las fechas de inicio de las causas ante los diferentes órganos jurisdiccionales, obligando, "...a instancia de un órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio, (a) cualquier otro órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio..." a informar "...sin demora al primero de la fecha en que se interpuso la demanda...". No existe, no obstante, un precepto semejante en el Reglamento 2201/2003, como tampoco en el Reglamento 2019/1111.

Las generales dificultades de información expuestas alcanzan, asimismo, al hecho del rechazo o aceptación de la competencia por parte del primero de los Tribunales en los casos de procesos matrimoniales paralelos. Al respecto, podría entenderse que no existe ninguna obligación por parte del primero de los jueces de informar al segundo de ellos²⁷¹, al margen de la actuación de la parte interesada haciéndole llegar este dato y al margen también de aquellos mecanismos de cooperación entre jueces ofertados con carácter general por la UE²⁷². Téngase en cuenta, no obstante y al hilo de lo expuesto, la práctica del TJUE cuando establece que, "...cuando los dos litigios enfrenten a las mismas partes, el segundo órgano jurisdiccional podrá interrogar a la parte que propone la excepción de litispendencia acerca de la existencia del litigio alegado y del contenido de la demanda. Por otra parte, teniendo en cuenta que el Reglamento 2201/2003 se fundamenta sobre la cooperación y la confianza mutua entre órganos jurisdiccionales, este órgano jurisdiccional podrá advertir al primero de que ante él se ha interpuesto una demanda, llamar la atención de este último sobre la eventualidad de una litispendencia, invitarlo a que le informe acerca de la demanda pendiente ante él y a que se pronuncie acerca de su competencia, en el sentido del Reglamento 2201/2003, o le comunique toda resolución ya adoptada a este respecto. Finalmente, el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar podrá dirigirse a la autoridad central de su Estado miembro..."²⁷³.

²⁷⁰ GARDEÑES SANTIAGO, M., "Procedimientos...", *loc. cit.*, p. 113.

²⁷¹ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 260.

²⁷² MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 267, poniendo en relación el art. 19 R. 2201 y las posibilidades que puede ofrecer la Red Judicial Europea.

²⁷³ Véase ap. 81 de la *STJCE de 9 de noviembre de 2010*, As. C-296/10, *Purrucker*. Sobre ello, RODRÍGUEZ PINEAU, E., "La refundición del Reglamento Bruselas II "bis": de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *REDI*, 2017-I, pp. 139-165, espec. p. 156.

VII. LITISPENDENCIA Y TRANSFERENCIA DE CAUSAS MATRIMONIALES PENDIENTES: LA OPCIÓN DEL ART. 19.3 *IN FINE* R. 2201

1.- La regla: no es una verdadera transferencia de causas

Una vez visto como el art. 19.3 R. 2201 impone al segundo de los Tribunales inhibirse a favor del primero una vez establecida su competencia, interesa ahora el tenor final de este art. 19.3 R. 2201, ya existente también en el anterior art. 11 R. 1347, heredado del Convenio de 1998 y que se mantiene en el nuevo art. 20 R. 2019, en tanto que, en caso de procederse a esta inhibición, “...la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar la acción ante el primero...” (art. 19.3 *in fine* R. 2201).

De acuerdo con la letra del precepto, se establece la posibilidad a favor de la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional de interponer su acción ante el primero de los Tribunales²⁷⁴, esto es, el precepto se halla redactado en términos de facultad y no de obligación, de modo que no cabe actividad de oficio por parte del segundo de los Tribunales en relación a la acción ante el primero de los órganos jurisdiccionales²⁷⁵. Por ello, y a pesar de las dudas respecto de su naturaleza jurídica²⁷⁶, no parece amparar este art. 19.3 *in fine* R. 2201, en cualquier caso, una verdadera transferencia o traslado del caso de un Tribunal a otro, esto es, una orden del segundo de los Tribunales que, con carácter vinculante y una vez levantada la suspensión e inhibido a favor de los primeros, obligue al primero de los órganos jurisdiccionales, sino más bien una invitación al demandante que reclamó ante el segundo de los Tribunales a replantear su demanda en la otra jurisdicción²⁷⁷.

Del mismo modo y atendiendo a su redacción, sólo operará el art. 19.3 *in fine* R. 2201 en aquellos casos cubiertos por párrafo primero del art. 19.3 R. 2201, esto es, resulta operativo únicamente después de que el segundo de los Tribunales haya declinado conocer y se haya inhibido a favor del primero. Así es como debe entenderse la introducción de “...en este caso...” del art. 19.3 *in fine* R. 2201, que actúa como una condición previa a la posibilidad que este precepto concede a la parte demandante en el

²⁷⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 55, que habla en términos de posibilidad a favor de la parte demandante en el segundo de los Tribunales. Véase, asimismo, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 66.

²⁷⁵ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 241.

²⁷⁶ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 109 y nota núm. 86, en relación a las distintas opiniones que tiene la doctrina sobre este precepto (transferencia, regla de competencia, competencia anexa, regla *sui generis* de aplicación de las normas de competencia...).

²⁷⁷ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, pp. 108-109; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 263; GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 403, que habla de una suerte de transferencia. Por contra, ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, p. 429, que habla de una verdadera transferencia. Véase *Sent. Trib. Belluno de 23 de diciembre de 2009 (Riv. dir. int. pr. proc., 2011, p. 727)*, en relación a un primer proceso de divorcio y otro segundo de separación de un matrimonio americano-alemana, donde se habla de la facultad que el art. 19.3 R. 2201 ofrece al cónyuge que interpuso la demanda de separación ante el Tribunal italiano de Belluno de presentar esta acción ante el Tribunal alemán de Monaco de Baviera que resolvían el divorcio de la pareja.

segundo de los procesos matrimoniales²⁷⁸. Asimismo, la redacción amplia de este art. 19.3 *in fine* R. 2201 permite entender incluidas en su ámbito material de aplicación tanto las acciones relativas a responsabilidad parental (art. 19.2 R. 2201) como, en lo que ahora interesa, aquéllas relativas a crisis matrimoniales (art. 19.1 R. 2201)²⁷⁹. Téngase en cuenta, no obstante, que se había barajado la posibilidad de una interpretación restrictiva que limitaba la operatividad del anterior art. 11.3 R. 1347 (actual art. 19.3 *in fine* R. 2201) a supuestos cubiertos por el antiguo art. 11.2 R. 1347, esto es, a “...demandas de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio sin el mismo objeto ni la misma causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos...”²⁸⁰.

De acuerdo con el art. 19.3 *in fine* R. 2201, pues, el cónyuge demandante en el segundo de los procesos de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial, podrá interponer esta acción también ante el primero de los Tribunales que se haya declarado competente para conocer de una primera acción de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial. Ello incluye aquellos casos en los que la acción del demandante en el segundo de los procesos tiene el mismo objeto formal que la acción interpuesta en el primero de ellos (divorcio frente a divorcio, por ejemplo), y también en aquéllos otros en los que las reclamaciones de los procesos matrimoniales paralelos difieren entre sí, como sería un segundo proceso de divorcio frente a uno primero de separación judicial (o viceversa), o uno segundo de nulidad frente a un primero solicitando el divorcio²⁸¹. En cualquier caso y aunque el artículo no distinga, parece tener más sentido, no obstante, en este último tipo de supuestos relativos a las acciones dependientes en los que los objetos formales difieren entre sí, toda vez que limitarlo a facilitar reclamaciones cruzadas de divorcio respecto de casos preexistentes de divorcio reduciría la utilidad práctica del precepto²⁸².

²⁷⁸ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 55; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 333.

²⁷⁹ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 333.

²⁸⁰ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe ...”, *loc. cit.*, par. 55, cuando explica que algunos miembros del Grupo no compartían el amplio alcance del art. 11 Convenio (después, art. 11.3 R. 1347, actual art. 19.3 *in fine* R. 2201), siendo favorables a que la posibilidad concedida al demandante en la segunda demanda quedara limitada a los supuestos previstos en el art. 11.2 R. 1347, esto es, a acciones dependientes relativas a crisis matrimoniales.

²⁸¹ GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 403.

²⁸² NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 189; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, 2005, p. 109, cuando habla de que tiene más sentido cuando el demandante había solicitado al segundo juez una acción cuyos efectos superen los propios de la acción interpuesta por el cónyuge en primer término, y menos en casos como de peticiones ambas de divorcio en tanto que conozca el primero de los jueces de ambas va a conducir al mismo resultado.

2.- Los problemas

A) De competencia judicial internacional

La puesta en práctica de este art. 19.3 *in fine* R. 2201 resulta en todo caso muy problemática, favorecida sin duda por una redacción del precepto que no es detallada, lo que no facilita la labor del operador jurídico que se enfrenta a su aplicación²⁸³.

Así sucede respecto de la determinación de la competencia judicial internacional del primero de los Tribunales a la hora de conocer de la acción que el demandante interpuso ante el segundo de los órganos jurisdiccionales²⁸⁴. A nuestro entender, no conforma este precepto un foro de competencia, de manera que, presentada la acción en el primero de los Tribunales por parte del demandante en el segundo, su competencia no deriva directamente del propio art. 19.3 *in fine* R. 2201. No forma parte este artículo del sector normativo de la competencia, como tampoco genera un foro de competencia judicial internacional: su puesta en práctica exige como paso previo que el primero de los órganos jurisdiccionales haya determinado su competencia sobre la causa, sólo posible en virtud de los arts. 3 a 5 R. 2201 y no a partir de este art. 19.3 *in fine* R. 2201²⁸⁵. En esta aplicación de los arts. 3 a 5 R. 2201 a efectos de competencia, no debe descartarse la utilización del art. 4 R. 2201 relativo a las demandas reconventionales, y más en los casos dudosos, lo que permitiría evitar un eventual conflicto negativo de competencia²⁸⁶, no sólo por la naturaleza de las acciones, también por la íntima relación existente entre los art. 16 a 19 R. 2201 y el art. 4 R. 2201, que, aunque regulan distintas situaciones, el resultado de su puesta en práctica resulta muchas veces parecido²⁸⁷.

²⁸³ Refiriéndose al poco detalle de este artículo, ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, p. 429; o MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 264.

²⁸⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Competencia...”, *loc. cit.*, p. 375, se apunta asimismo cuál es el criterio de competencia territorial interna.

²⁸⁵ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 55; MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 264. No obstante, ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, p. 430, cuando dice que, existente una demanda de divorcio en un Estado UE, el otro cónyuge que tiene intención de reclamar la nulidad del matrimonio, puede hacerlo ante este mismo juez dada la posibilidad de demanda reconventional, o ante otro juez de otro Estado miembro: en este último caso, la regla de litispendencia impone ante el primero la concentración de las demandas, siendo así el juez inicial, a su juicio, competente para conocer de la demanda conexas.

²⁸⁶ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 265.

²⁸⁷ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Art. 4”, en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (edit.), *Brussels IIbis Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier, Ottoschmidt, Köln, 2017, pp. 98-99, espec. p. 99. Véase QUINZÁ REDONDO, P./VERHELLEN, J., “International Jurisdiction in Cases of Marital Breakdown”, en *Regulation Brussels IIbis Guide for Application (As part of the final output from the project ‘Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and CJEU’, funded by the European Commission’s Justice Programme (GA - JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7722)*, July 2018, en <https://www.asser.nl/media/5260/cross-border-proceedings-guide-for-application.pdf>, p. 57, señalando las diferentes situaciones de base del art. 5 R. 2201 y del art. 19 R. 2201: mientras que éste último lidia con una pluralidad de acciones de los cónyuges en distintos Estados parte, el primero tiene como objetivo unir ante un único órgano jurisdiccional subsecuentes acciones matrimoniales con diferente objeto; con todo, conducen a un mismo resultado: el Tribunal que inicia la acción en primer término conoce finalmente del caso. También, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 42; o HAUSMANN, R., “Article 4...”, *loc. cit.*, p. 255.

Téngase en cuenta que el foro de competencia del art. 4 R. 2201 no concede competencia exclusiva a los Tribunales comunitarios ante los cuales se halla pendiente un litigio matrimonial, de modo que nada impide al primero de los Tribunales utilizar tanto el art. 4 R. 2201 como los foros restantes de los arts. 3 a 5 R. 2201 como criterio de competencia a la hora de conocer de la acción renovada.

En cualquier caso y coherente con su no consideración como foro de competencia, no puede decirse que la regla contenida en el art. 19.3 *in fine* R. 2201 sea equivalente a la contenida en este art. 4 R. 2201 relativa a las demandas reconventionales. Primero, porque, de ser equivalentes, se solaparía con el art. 4 R. 2201, conformando un doble precepto con idéntico objeto y restándole con ello efecto útil al art. 19.3 *in fine* R. 2201²⁸⁸; y segundo, porque mientras que el primer precepto constituye un foro de competencia judicial internacional, el último responde mejor a las características de una norma para la aplicación de las normas de competencia en los supuestos de acciones dependientes²⁸⁹.

El juez competente para la demanda inicial puede igualmente conocer de la demanda reconventional sobre la base del vínculo de dependencia entre ambas acciones sin necesidad de un nuevo examen de competencia, lo que podría llevar a que este juez inicial pudiese conocer de la demanda en reconvenición a pesar de que no fuese competente para resolverla de habersele planteado a título principal, si bien es cierto que la simetría de los foros de competencia recogidos en el Reglamento 2201/2003 convierte a esta hipótesis en marginal²⁹⁰.

B) Del papel de la normativa procesal de la *lex fori*

Al margen de la competencia judicial internacional, resulta también problemático determinar cómo encauzar procesalmente la posibilidad ofrecida en este art. 19.3 *in fine* R. 2201. Por una parte, y siguiendo la línea de la normativa comunitaria, la interpretación de la posibilidad estipulada en este art. 19.3 *in fine* R. 2201 debe ser autónoma, lo que supone la imposición de la respuesta comunitaria a las posibles diferencias que la *lex fori* del primero de los Tribunales pueda sostener. O, lo que es lo mismo, el Reglamento 2201/2003 concede al actor en el segundo de los procesos esta posibilidad a partir de lo dispuesto en el art. 19.3 *in fine* R. 2201 con independencia de lo establecido en la normativa procesal doméstica del primero de los Tribunales UE. Tanto la primacía del Derecho de la UE como el respeto al efecto útil del art. 19.3 *in fine* R. 2201 conducen a no considerar aquellas normativas procesales domésticas impositivas respecto de demandas ulteriores o tardías, o aquellas otras relativas a límites temporales que puedan derivar en la posibilidad del primero de los Tribunales de abstenerse de conocer por haber expirado los plazos de apelación o recurso, o, en otros términos, a considerarlas únicamente en la medida en que sean compatibles con la

²⁸⁸ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 109; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 333; GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 403.

²⁸⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 55, refiriéndose al más tarde art. 5 R. 1347 (actual art. 4 R. 2201).

²⁹⁰ Sobre ello, ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, p. 430 y nota núm. 96.

norma comunitaria²⁹¹. Por tanto, con independencia de que la normativa procesal doméstica no permita la presentación de una demanda reconvenional (por ejemplo, por no ser ya el momento oportuno: recuérdese que, en el Derecho procesal español y en relación a los procesos matrimoniales, el art. 770.2 LEC establece que "...la reconvenición se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla..."), siempre sería posible aplicar la regla del art. 19.3 *in fine* R. 2201²⁹².

Ahora bien, aunque el Reglamento 2201/2003 imponga a los Derechos domésticos esta posibilidad y a pesar de la prevalencia del Derecho de la UE, será la normativa procesal de la *lex fori* la encargada de encauzar procesalmente esta renovación de la acción que el trasvase que el art. 19.3 *in fine* R. 2201 concede al demandante en el segundo de los procesos, desde la figura de la acumulación de autos (en el Derecho procesal español, art. 71 y siguientes LEC), o a través de figuras como la reconvenición o similares cuando las partes ocupan posiciones opuestas (en el Derecho procesal español, art. 770 LEC, en el ámbito de los procesos matrimoniales)²⁹³. En cualquier caso, el legislador doméstico debe implementar su normativa procesal para dar cabida a las exigencias del legislador comunitario adaptando sus reglas a esta nueva posibilidad²⁹⁴.

3.- La determinación de la ley aplicable a la acción matrimonial renovada o trasvasada

A) Del régimen conflictual aplicable

Muchos problemas plantea asimismo el art. 19.3 *in fine* R. 2201, una vez puesto en práctica, en relación a la selección de las reglas determinantes de la ley aplicable, aspecto no tratado en este precepto y tampoco en el Reglamento 1259/2010 (o en los

²⁹¹ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 264; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Informe...", *loc. cit.*, par. 55.

²⁹² BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Informe...", *loc. cit.*, par. 55; MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 333; HAUSMANN, R., "New...", *loc. cit.*, p. 347; BONOMI, A., "Il regolamento...", *loc. cit.*, p. 336, cuando indica que lo dispuesto en el art. 19.3 *in fine* R. 2201 se impone a cualquier limitación o preclusión en el orden cronológico impuesta por el Derecho procesal interno respecto de la presentación de una demanda reconvenional o para la acumulación de procedimientos. En este sentido, téngase en cuenta que el Derecho procesal español "...sólo (se) admitirá la reconvenición: a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio. b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio. c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación..." (art. 770 LEC); al respecto, MARTÍNEZ SANTOS, A., *Aspectos prácticos de los procesos matrimoniales y de los expedientes de familia*, Aferre, Barcelona, 2019, pp. 26-27; o CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 108-109.

²⁹³ Sobre estos aspectos, véase MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 265 y doctrina allí citada. También, SEIJAS QUINTANA, J.A., "El Reglamento...", *loc. cit.*, p. 117, cuando estima que no funcionan los mecanismos tradicionales de acumulación de procesos dado que no es el Tribunal quien remite o reclama el asunto, sino que depende de la voluntad del interesado, procediéndose a su posterior acumulación si el ordenamiento procesal lo autoriza. Sobre una eventual acumulación de autos en los procesos matrimoniales internos en el Derecho español, MARTÍNEZ SANTOS, A., *Aspectos...*, *op. cit.*, p. 28.

²⁹⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Jurisdiction...", *loc. cit.*, p. 66.

Derechos autónomos en lo que se refiere a la ley aplicable a la nulidad)²⁹⁵ y que puede condicionar su utilidad.

En un primer momento, podría pensarse que el establecimiento por parte del legislador comunitario de una suerte de transferencia en este artículo podría influir en la determinación de la ley aplicable a la acción de renovación²⁹⁶. En este sentido y al igual que sucede en otros ordenamientos jurídicos respecto de situaciones parecidas a las provocadas por el art. 19.3 *in fine* R. 2201, como es el caso del mecanismo de *transfer of venue* entre Tribunales Federales del Derecho americano²⁹⁷, cabría preguntarse si este trasvase va a implicar, no tanto que el primero de los jueces reciba en estado primigenio la acción que se interpuso ante el segundo, lo que supondría su valoración a efectos de ley aplicable a partir de su propio sistema conflictual, como, por el contrario, que la reciba ya conformada por el hecho de haber sido incoada ante el segundo de los Tribunales, de modo que no podría ser valorada más que por las reglas de conflicto de leyes del juez del segundo Estado UE²⁹⁸.

De querer mantener en el ámbito de esta acción renovada la posición del demandante en el segundo de los procesos, la regla del art. 19.3 *in fine* R. 2201 debería poder conducir a la aplicación por parte del órgano jurisdiccional que recibe la pluralidad de acciones respecto de la acción transferida de la misma normativa material que este segundo órgano jurisdiccional hubiese aplicado de haber podido conocer efectivamente del caso²⁹⁹. En caso contrario y como veremos, cabe la posibilidad de que la acción incluso no pueda contemplarse³⁰⁰; o de que lo haga en condiciones muy diferentes a las

²⁹⁵ Refiriéndose a la incognita de la ley aplicable, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Lights...”, *loc. cit.*, p. 106; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Competencia...”, *loc. cit.*, p. 375.

²⁹⁶ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 110.

²⁹⁷ Véase el caso *Van Dusen v. Barrack* (376 U.S. 612, 1964) del Tribunal Supremo americano. También, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Diversidad jurídica y unidad de mercado: el sistema federal de EEUU y la Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, núm. 20 (Décimo aniversario), 2006, pp. 41-69, espec. pp. 30-31, en relación a las decisiones en las que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos establece que las normas sobre conflictos de leyes aplicables deben ser siempre aquéllas del Estado en el que el Tribunal federal que conoce en primera instancia (*district court*) tiene su sede, citando, además del caso *Van Dusen v. Barrack* (376 U.S. 612, 1964), los casos *Klaxon Co. v. Stentor Electric Mfg. Co.* (313 US 487, 1940) y *Griffin v. McCoach* (313 US 498, 1940). Apela a este mecanismo de transferencia propio del *transfer of venue*, BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 530.

²⁹⁸ Así, ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, p. 430, que habla de recibirla en “...à l'état brut...”, o ya conformada de acuerdo con el segundo de los jueces.

²⁹⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 66; STONE, P., “The developing EC Private International Law on family matters”, *Cambridge Yearbook European Legal Studies*, núm. 4, 2001, pp. 373-412, espec. p. 384, que, en un caso de primera demanda de divorcio en Irlanda y segunda de divorcio en Inglaterra, cada una sometida a su propia *lex fori*, sugiere la aplicación del Derecho inglés por el primero de los jueces cuando sea operativo el art. 19.3 *in fine* R. 2201; BONOMI, A., “La compétence...”, *loc. cit.*, p. 530, respecto de un matrimonio entre dos cónyuges irlandeses residentes en Suecia, donde el marido presenta primera demanda de separación en Irlanda en aplicación del Derecho irlandés, mientras que la esposa reclama posteriormente divorcio en Suecia en aplicación de la ley sueca, entendiéndose que el juez irlandés debería aplicar el Derecho sueco porque es el Derecho que aplicaría el juez (sueco) de donde recibe la acción renovada *ex art.* 19.3 *in fine* R. 2201.

³⁰⁰ En este sentido, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 66.

esperadas por el cónyuge que reclamó en segundo lugar. Piénsese en el caso de un marido que presenta demanda de separación en Irlanda en aplicación del Derecho irlandés, a la par que la esposa presenta demanda de divorcio en Suecia en aplicación de la ley sueca, exigiendo el Derecho irlandés que transcurra un período de separación de cuatro años antes de la obtención del divorcio, mientras que el período de separación exigido por la ley sueca es de seis meses: la eventual aplicación del Derecho irlandés al divorcio, y no del Derecho sueco, cambiaría las condiciones de la disolución matrimonial requerida por la esposa en el segundo de los procesos.

No hay garantía, sin embargo, de que el primer Tribunal pueda aplicar la misma ley que debería haber aplicado el segundo³⁰¹: nada se dice en el art. 19.3 *in fine* R. 2201, como tampoco en el Reglamento 1259/2010 o en los respectivos Derechos autónomos, respecto de una forma de proceder a la hora de decidir la ley aplicable a la acción renovada que resulta tan novedosa como heterodoxa³⁰². Además, de seguir esta línea de respuesta, no sólo convivirían en el seno del primer órgano jurisdiccional la ley aplicable a la institución que fundamenta la acción incoada ante su jurisdicción y aquella aplicable a la institución (diferente) que fundamenta la acción renovada, también cuando las instituciones que fundamentan ambas acciones sean coincidentes. Téngase en cuenta que, aunque estamos partiendo de la mayor utilidad del art. 19.3 *in fine* R. 2201 cuando son distintos los *petitums* de la primera acción y aquél de la acción renovada, nada impide su aplicación cuando son coincidentes³⁰³. El mantenimiento de la posición del demandante en el segundo de los procesos en el ámbito de esta acción renovada, que, al igual que antes, pasaría por sostener la aplicación a la acción trasvasada de la misma ley que resultaría aplicable por el segundo de los Tribunales, tiene como contrapartida la necesidad de coordinar la aplicación de una posible doble normativa a una misma institución, derivada de la ausencia de uniformidad conflictual en materia de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial, y, con ello, con posibles respuestas materiales distintas (ausencia o exigencia de causas de divorcio, distintas causas de divorcio o plazos de separación judicial previos al divorcio) de difícil o imposible compatibilización³⁰⁴. Y todo ello, al margen de que obligaría a aplicar una

³⁰¹ ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, pp. 430-431; MCELEAVY, P., “The Communitarization...”, *loc. cit.*, p. 625; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisdiction...”, *loc. cit.*, p. 66.

³⁰² NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 190, nota núm. 32, cuando indica que una eventual propuesta de aplicación a la acción renovada de la ley que aplicó el segundo de los jueces exigiría aceptar que un régimen de competencia y reconocimiento como es el Reglamento 2201/2003 pudiese imponer una respuesta determinada de ley aplicable: sería difícil poder derivar de este régimen esta respuesta, en el caso de primera demanda de separación en Irlanda y segunda de divorcio en Inglaterra, cada una sometida a su propia *lex fori*, y con ello obligar al juez irlandés a aplicar una ley extranjera cuando su régimen le remite a la ley irlandesa como *lex fori*.

³⁰³ GAUDEMET-TALLON, H., “La Convention...”, *loc. cit.*, p. 92, que habla de dos reclamaciones de divorcio.

³⁰⁴ Véase STONE, P., “The developing EC Private International Law on family matters”, *Cambridge Yearbook European Legal Studies*, núm. 4, 2001, pp. 373-412, espec. p. 384, respecto de una primera demanda de divorcio en Irlanda, mucho más restrictiva con las causas de divorcio que en Inglaterra, donde se presentó una segunda de divorcio en Inglaterra: independientemente de que Inglaterra e Irlanda someten la causa a su propia *lex fori*, este autor sugiere la aplicación por parte del Tribunal irlandés de la ley inglesa, de modo que este Tribunal irlandés estaría obligado a conceder un divorcio en un territorio extranjero que su propia legislatura se había negado deliberadamente a determinar, a salvo orden público.

ley extranjera a Tribunales de ordenamientos jurídicos donde la ley aplicable a la relajación o disolución del vínculo conyugal conduce siempre a la *lex fori*³⁰⁵.

Así las cosas, esta ausencia de respuesta novedosa de ley aplicable en el art. 19.3 *in fine* R. 2201 (o en la normativa de ley aplicable comunitaria o autónoma) parece querer conducir, con más propiedad, a una aproximación a la determinación de la ley aplicable a la acción renovada siguiendo la ortodoxia de su identificación a partir de las reglas conflictuales del Estado miembro del foro donde las acciones se han unificado tras el trasvase de causas desde el segundo al primero de los Tribunales³⁰⁶. La consecuencia posible será, habida cuenta de las distintas normativas conflictuales a pesar de la armonización comunitaria del Reglamento 1259/2010, la aplicación a la institución que fundamenta la acción renovada de una normativa material distinta a la que había resultado aplicable por el segundo de los jueces³⁰⁷. Si la intención del demandante al interponer su demanda ante el segundo de los jueces se fundamentaba en la distinta respuesta de ley aplicable a la misma institución que determinó la primera de las demandas (demanda de divorcio en un Estado miembro A frente a demanda de divorcio en un Estado miembro B), puede resultarle de poca utilidad la posibilidad ofrecida por el art. 19.3 *in fine* R. 2201, que puede tener más sentido en casos de demandas con base en instituciones diferentes.

En cualquier caso, que el demandante en el segundo de los procesos se ampare en la posibilidad que le ofrece el art. 19.3 *in fine* R. 2201 va a suponer que el primero de los Tribunales deba juzgar una doble reclamación, en la mayoría de las ocasiones con objetos no coincidentes³⁰⁸. En aquellos casos en los que ambas acciones resulten fundadas sobre la base de sus respectivas leyes aplicables, podría ser un eventual principio de *favor divortii* el elemento que permita al operador jurídico del primer Estado UE lidiar entre una demanda de separación judicial concurrente con otra de divorcio, decantando la respuesta a favor de la acción que derive en una ruptura efectiva del vínculo matrimonial³⁰⁹. Con todo, no puede hablarse de unanimidad respecto de la existencia de un verdadero principio de *favor divortii* en el Reglamento 2201/2003, ni siquiera cuando el Informe del Convenio de 1998 hace referencia a que "...facilite el reconocimiento y ejecución de decisiones de divorcio...", más todavía cuando alude también a facilitar el reconocimiento de aquéllas otras de separación judicial y

³⁰⁵ BONOMI, A., "La compétence...", *loc. cit.*, p. 530.

³⁰⁶ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 265; MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 333, abogando por el sistema conflictual de la *lex fori*.

³⁰⁷ MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 333.

³⁰⁸ MALATESTA, A., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 333; GAUDEMET-TALLON, H., "Le Règlement...", *loc. cit.*, p. 403; ANCEL, B./MUIR WATT, M., "La désunion...", *loc. cit.*, p. 430.

³⁰⁹ Lo plantea como posibilidad, ANCEL, B./MUIR WATT, M., "La désunion...", *loc. cit.*, p. 431, amparándose en lo que podría deducirse del Informe Borrás (par. 57 *in fine*) cuando, si bien en relación a otra situación, parece decantarse por los mayores efectos del divorcio. En el Derecho procesal interno español, CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos...*, *op. cit.*, pp. 113-114, cuando, al hilo de una pretensión de separación reconvenida con otra de divorcio, indica que los Tribunales habrán de pronunciarse sobre el divorcio en tanto que comprende la separación, haciendo caso omiso de la solicitud de separación.

nulidad³¹⁰. Además, y aunque pudiese existir, no serviría de guía a la hora de lidiar con una doble reclamación de divorcio y nulidad matrimonial en tanto que ambas suponen una ruptura radical del vínculo matrimonial³¹¹. Ante esta situación, lo que está claro es que no pueden convivir en el espacio judicial europeo una resolución determinando/rechazando el divorcio (o la separación judicial) con otra que establezca la nulidad de la unión conyugal: su incompatibilidad hace que, si el juez que recibe la acción trasvasada pronuncia el divorcio, no declarará el matrimonio nulo, y viceversa³¹².

B) Del desconocimiento de la nulidad o de la separación judicial en ciertas normativas domésticas de los Estados miembros

Vinculado con la identificación de la ley aplicable a la acción renovada y habida cuenta que no todos los Estados miembros regulan la totalidad de las instituciones de la separación judicial, el divorcio o la nulidad matrimonial, la puesta en práctica del art. 19.3 *in fine* R. 2201 plantea muchos interrogantes de difícil respuesta de enfrentarse a aquellas normativas domésticas que desconocen la figura de la separación legal (o de la nulidad matrimonial)³¹³. Más todavía cuando la posibilidad que ofrece este art. 19.3 *in fine* R. 2201 tiene más sentido, como vimos, en aquellos casos de falsa litispendencia en los que las reclamaciones de los procesos matrimoniales paralelos difieren entre sí.

Así las cosas, puede suceder que la parte demandante en el segundo de los Tribunales presente ante el primero de los Tribunales una acción de separación judicial (o de nulidad) cuando esta figura resulta desconocida en el Derecho civil del Estado UE al que pertenece éste último de los órganos jurisdiccionales, como sería el caso de una primera demanda de divorcio en Suecia o Alemania respecto de una segunda de

³¹⁰ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Informe...", *loc. cit.*, par. 60. Sobre este principio de *favor divortii*, véase SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *El divorcio...*, *op. cit.*, 2013, pp. 40-41; dudando se su existencia, véase ANCEL, B./MUIR WATT, M., "La désunion...", *loc. cit.*, p. 431, que cuestiona la existencia de un principio de *favor divortii*; o BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "La firma del Convenio de 28 mayo 1998 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial (Bruselas II), REDI, 1998-I, pp. 384-388, espec. p. 387, cuando dice que la disposición de los foros del (ahora) Reglamento 2201/2003 se debe más a las necesidades de las negociaciones que a un verdadero principio de *favor divortii*. En sede de ley aplicable sí parece conducirse la normativa comunitaria hacia un *favor divortii*; por todos, HAMMJE, P., "Le nouveau règlement (UE) n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps", *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2011, pp. 291-308, espec. p. 333.

³¹¹ Véase ANCEL, B./MUIR WATT, M., "La désunion...", *loc. cit.*, p. 431, que duda de la existencia de un principio de *favor divortii*, y que, de existir, considera inservible a la hora de tratar casos de divorcio más nulidad.

³¹² GAUDEMET-TALLON, H., "Le Règlement...", *loc. cit.*, p. 403. En los procesos matrimoniales internos españoles, CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos...*, *op. cit.*, pp. 114-115, en relación a una pretensión de nulidad reconvenida con otra de separación, cuando dice que la efectiva apreciación judicial de la nulidad impedirá la valoración de la separación, sólo apreciable si se desvirtúa la causa de nulidad invocada; o en relación a una pretensión de nulidad reconvenida con otra de divorcio, asumiendo que la fuerza expansiva de los efectos de la nulidad va a presuponer, de ser pronunciada por el juez, la automática denegación de la contra-pretensión reconvenida de divorcio.

³¹³ MANKOWSKI, P., "Art. 19...", *loc. cit.*, p. 263, cuando afirma que lo expuesto va a plantear problemas respecto de aquellos Estados UE que desconocen la figura de la separación legal; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 110.

separación judicial o nulidad matrimonial en España, siendo la separación judicial y la nulidad instituciones desconocidas en el ordenamiento jurídico alemán o sueco. Desde la óptica del ordenamiento jurídico español, que reconoce la totalidad de las instituciones de la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial, los problemas se le plantearían al cónyuge que reclama ante los órganos jurisdiccionales españoles en tanto que Tribunales que conocen en segundo lugar más que desde su posición como operadores jurídicos que susceptibles de recibir una acción renovada o trasvasada. En esta misma línea, también puede suceder que la ley que el primero de los jueces debe aplicar al fondo de la acción renovada desconozca la institución que fundamenta esta acción, como sería el caso de un primer juez sueco que aplica la ley sueca a título de *lex causae* respecto de una nulidad reclamada en segundo lugar ante los Tribunales españoles y que desconoce el Derecho sueco³¹⁴. Piénsese que el hecho de que un Tribunal pueda resolver respecto de una institución desconocida en su normativa nacional no tiene por qué depender de su *lex fori*, sino de cuál va a ser la ley aplicable a la demanda en función de su sistema conflictual: de este modo, un juez alemán o sueco, en aplicación de las normas de conflicto de su D.i.pr., puede tener que aplicar Derecho español o italiano y, con ello, poder perfectamente pronunciar una sentencia de separación judicial (o nulidad) a pesar de que estas instituciones resulten desconocidas en los ordenamientos jurídicos alemán o sueco, mientras que no cabría un pronunciamiento semejante de remitir su D.i.pr. a la normativa material alemana o sueca que desconocen estas instituciones³¹⁵.

Ante este tipo de situaciones, puede entenderse que la prevalencia de la norma comunitaria impediría a este primer Tribunal rechazar la acción con independencia de que desde la óptica de la *lex fori* no se halle permitida una resolución relativa a la reclamación solicitada³¹⁶; o, lo que es lo mismo, el segundo órgano jurisdiccional debería siempre inhibirse en favor del primero, incluso si el Derecho interno de este último Estado miembro no conoce ni la separación ni la nulidad³¹⁷. No obstante, son muchas las posibilidades de que el primero de los Tribunales opte por la desestimación de la demanda habida cuenta de las dificultades que tendría para pronunciarse sobre una reclamación relativa a una causa desconocida en su legislación nacional o en el Derecho aplicable al fondo³¹⁸. De ser así, la eventual transferencia que potencialmente permitiría

³¹⁴ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 333, cuando dice que es cuestionable que se pueda producir la transferencia cuando las leyes nacionales del primer Tribunal desconocen la institución que fundamenta la acción renovada. También, GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 404, entendiendo que un juez sueco, por ejemplo, declararía la demanda sobre nulidad inadmisibles porque el Derecho de este Estado UE no legisla sobre esta institución, si bien parte de la aplicación de la ley sueca por parte del juez sueco como ley aplicable al fondo.

³¹⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad...”, *loc. cit.*, p. 148.

³¹⁶ MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 263.

³¹⁷ Así, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 57, poniendo el ejemplo de una demanda de divorcio presentada en Suecia y una demanda de nulidad presentada en Austria, determinando que la jurisdicción austríaca debería inhibirse aunque en el Derecho sueco no haya disposiciones sobre la nulidad del matrimonio. También, GAUDEMET-TALLON, H., “La Convention...”, *loc. cit.*, p. 91.

³¹⁸ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 110, que expresa estas dificultades, estimando que es éste también el parecer de BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 57, porque ubica esta situación en sede de reconocimiento, lo que, a juicio de WAUTELET, P., puede suponer, *a sensu contrario*, que parte de la idea de que el juez sueco no resolvería la causa de nulidad trasvasada. Véase, asimismo,

el art. 19.3 *in fine* R. 2201 se vería frustrada al enfrentarse con las diferencias de los Derechos nacionales, no pudiendo el demandante en el segundo de los procesos aprovecharse de la facultad que le confiere este precepto³¹⁹.

De considerar esta desestimación de la demanda renovada por parte del primero de los jueces, poder dar cuenta de las expectativas que al demandante en el segundo de los procesos le concede este art. 19.3 *in fine* R. 2201 podría pasar por las alternativas que ofrece el sector del reconocimiento. Es lo que puede desprenderse del Informe del Convenio de 1998³²⁰ en tanto que parece partir del hecho de que el primero de los jueces va a resolver su demanda mientras que no lo va a hacer respecto de la demanda transferida debido a las diferencias normativas domésticas³²¹. Piénsese en una solicitud de divorcio presentada en un ordenamiento jurídico A en relación a una segunda demanda de nulidad presentada en el ordenamiento jurídico B, inhibiéndose el órgano jurisdiccional del Estado B a favor de aquél del Estado A a pesar de que en este último no haya disposiciones sobre la nulidad del matrimonio. De acuerdo con el Informe, cabría la posibilidad de que, una vez que la resolución relativa al divorcio sea firme en el Estado miembro A, la parte interesada pudiese acudir a un órgano jurisdiccional en el Estado miembro B para asegurarse de que aquellos efectos del divorcio, que estarían vinculados a la nulidad según el Derecho del Estado miembro B, tuviesen los necesarios efectos *ex tunc* como opuestos al divorcio que sólo tiene efectos *ex nunc* y teniendo en cuenta, además, que el reconocimiento a través del Reglamento 2201/2003 se halla limitado al cambio de estado civil. Del mismo modo, considera el Informe, ya en relación a la situación inversa, que el Convenio (y ahora, el Reglamento 2201/2003) no impide que una resolución del Estado miembro B relativa a nulidad de matrimonio pueda tener los efectos de una resolución de divorcio en el Estado miembro A, afirmando, asimismo, que los mismos problemas no se plantearían respecto de la separación legal en caso de que el ordenamiento jurídico del Estado miembro A desconociese también esta institución en tanto que el divorcio produce efectos más amplios y que se superponen a los efectos de la separación.

Visto lo visto, parece sostener esta alternativa la posibilidad de que el demandante en el segundo de los procesos (de nulidad) se dirija a los Tribunales de este segundo Estado UE solicitando que declaren que la resolución de divorcio dictada por el primero de los Tribunales produzca efectos *ex tunc* tal como lo haría una sentencia de nulidad matrimonial³²². Lo que llama la atención, por un lado, porque ello supondría conceder a

GAUDEMÉT-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 404, considerando probable que un juez sueco declare la demanda sobre nulidad inadmisibles porque el Derecho de este Estado UE no legisla sobre esta institución, resultando la ley sueca aplicable a título de *lex causae*.

³¹⁹ GAUDEMÉT-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 404; MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 333; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 110.

³²⁰ Véase BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Informe...”, *loc. cit.*, par. 57, siguiendo con el caso de la jurisdicción primera sueca, que resuelve un divorcio y desconoce la nulidad, respecto de una segunda causa de nulidad en Austria.

³²¹ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 111.

³²² WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 111; STONE, P., “The developing...”, *loc. cit.*, p. 384; GAUDEMÉT-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 404. Por su parte, MANKOWSKI, P., “Art. 19...”, *loc. cit.*, p. 261, considera, al hilo del Informe, que es posible acudir a los Tribunales de este segundo

una resolución extranjera más efectos que los que tiene en el propio ordenamiento jurídico del Tribunal que la dictó³²³; y, por otro, porque parece devolverle al juez del segundo Estado UE una competencia que se le quitó previamente por el juego de la falsa litispendencia, permitiéndole ahora resolver como se le había requerido en un principio, al margen de saber si la decisión que emita este segundo juez podría ser reconocida en el resto de Estados miembros, con el consiguiente riesgo de resoluciones contradictorias³²⁴. Con todo, y teniendo en cuenta que una decisión de esta naturaleza se limita a la disolución del vínculo conyugal, a la modificación del estado civil y a la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, un cónyuge tendría interés en solicitar a este segundo de los jueces un pronunciamiento como el comentado únicamente para evitar ser acusado de bigamia en caso de haber contraído matrimonio entre este tiempo³²⁵.

En fin, son muchas, como vemos, las dudas que plantea esta regla del art. 19.3 *in fine* R. 2201, todas difíciles de resolver, especialmente en sede de ley aplicable, derivadas sin duda de su nacimiento como fruto de un compromiso político y que, a pesar de su loable intención de paliar los rigores del *prior tempore*, necesita de mucho más desarrollo por parte del legislador comunitario y de la práctica jurisdiccional³²⁶. Las consecuencias pueden ser la inoperatividad en la práctica del mecanismo dispuesto en este precepto y, con ello, la imposibilidad de los cónyuges (y resto de legitimados en nulidad) de poder hacer valer el derecho a la transferencia de la acción³²⁷.

VIII. DIVORCIO NOTARIAL ESPAÑOL Y LITISPENDENCIA INTRACOMUNITARIA

Como es sabido, al igual que sucedía en el Reglamento 1347/2001 y tal como se mantiene en el Reglamento 2019/1111, que se pronunciaban/pronuncian en parecidos

Estado UE con esta solicitud dada la diferencia amplitud de los efectos, lo que constituiría un objeto diferente.

³²³ GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 404, que se pregunta cómo puede un juez francés considerar a los esposos como nunca casados a la vista únicamente de una resolución sueca de divorcio que implica necesariamente que los cónyuges contrajeron matrimonio y están casados; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 111.

³²⁴ ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, p. 431; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 111, que, además de estas objeciones, se cuestiona si cabe reconocer la decisión que emita este segundo juez en el resto de Estados miembros, lo que podría generar un riesgo de resoluciones contradictorias.

³²⁵ GAUDEMET-TALLON, H., “Le Règlement...”, *loc. cit.*, p. 404; WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 111. También, cuestionando esta respuesta del Informe, con carácter general, STONE, P., “The developing...”, *loc. cit.*, p. 384; ANCEL, B./MUIR WATT, M., “La désunion...”, *loc. cit.*, p. 431.

³²⁶ WAUTELET, P. (coord.), *Actualités...*, *op. cit.*, p. 111; GAUDEMET-TALLON, H., “La Convention...”, *loc. cit.*, p. 91.

³²⁷ MALATESTA, A., “Art. 19...”, *loc. cit.*, pp. 333-334; NI SHUILLEABHAIN, M., *Cross-border...*, *op. cit.*, p. 189, nota núm. 27; SCHACK, H., “The new international procedure in matrimonial matters in Europe”, *European Journal of Law Review*, núm. 4, 2002, pp. 37-56, espec. p. 48; MCELEAVY, P., “The Communitarization...”, *loc. cit.*, p. 625, indicando que la viabilidad del art. 19.3 *in fine* R. 2201 va a depender de las respuestas de ley aplicable a las que se deba someter el primero de los jueces.

términos (art. 1 R. 1347; art. 2.2.1 R. 2019), la referencia que el Reglamento 2201/2003 hace en su normativa a *órgano jurisdiccional* incluye a todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias incluidas en el ámbito de aplicación de este instrumento, del mismo modo que el término *juez* hace referencia tanto al juez propiamente dicho como a toda autoridad con competencias equivalentes a aquéllas del juez en las materias reguladas por este régimen (art. 2 R. 2201). Este carácter amplio del término *órgano jurisdiccional* tiene sentido a fin de abarcar igualmente a aquellas autoridades administrativas u otras autoridades no judiciales que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial (Considerando núm. 14 del Reglamento 2019/1111). En consecuencia, y a pesar de la referencia genérica en su normativa a la competencia judicial internacional de jueces y Tribunales, el régimen que determina la competencia judicial internacional de las autoridades nacionales que, en este ámbito, tengan funciones equivalentes a las propias de una autoridad judicial, será también el Reglamento 2201/2003³²⁸, no habiendo prosperado la iniciativa de sustitución del término *órgano jurisdiccional competente* por aquél otro de *autoridad* recogida en la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*³²⁹.

El ejemplo más claro de estas autoridades no judiciales con competencias matrimoniales lo tenemos en la figura de los notarios, tal como ya hace referencia expresa el Reglamento 2019/1111 cuando alude a “...los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial...” (Considerando núm. 14 del Reglamento 2019/1111). En tal sentido y de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico

³²⁸ Al respecto, PINTENS, W., “Art. 1...”, *loc. cit.*, pp. 54-57; PINTENS, W., “Art. 2”, en MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (edit.), *Brussels IIbis Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier, Ottoschmidt, Köln, 2017, pp. 81-88, espec. pp. 82-83; VARA GONZÁLEZ, J.M./PÉREZ HERESA, J., “Separación y divorcio ante notario”, BARRIO DEL OLMO, C.P. (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 363-478, espec. p. 394. Sobre la necesaria coordinación en el caso del notario español entre las normas de competencia judicial internacional y aquéllas de distribución territorial interna de su competencia, véase DE MIGUEL ASENSIO, P., “Ley de la jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado”, *AEDIPr.*, 2016, pp. 147-197, espec. pp. 166-167; y con aquéllas internas de distribución funcional de su competencia, BUSTILLO TEJEDOR, L./GÓMEZ-RIESGO TABERNERO DE PAZ, J.M., “Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio”, en *Separaciones y divorcio ante notario*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), pp. 201-248, espec. pp. 208-210; también, VARA GONZÁLEZ, J.M./PÉREZ HERESA, J., “Separación y divorcio ante notario”, BARRIO DEL OLMO, C.P. (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 363-478, espec. pp. 384-389.

³²⁹ COM (2016) 411 final. Véase, CAMPUZANO DÍAZ, B., “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?”, *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, GUZMÁN ZAPATER, M./ESPLUGUES MOTA, C. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 91-102, espec. pp. 93-94, que valora positivamente este cambio. Véase la *Resolución-Consulta de la DGRN de 07 de junio de 2016*, indicando que la referencia de la normativa comunitaria al “...juez...” incluye en el Derecho español al notario; VARA GONZÁLEZ, J.M./PÉREZ HERESA, J., “Separación y divorcio ante notario”, BARRIO DEL OLMO, C.P. (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 363-478, espec. p. 394; o BUSTILLO TEJEDOR, L./GÓMEZ-RIESGO TABERNERO DE PAZ, J.M., “Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio”, en *Separaciones y divorcio ante notario*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), pp. 201-248, espec. p. 211.

español, las autoridades notariales (u otras autoridades no judiciales) disfrutaran, como es sabido y tras las modificaciones aportadas por la *Ley 15/2015, de 02 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*³³⁰, de la posibilidad de separar o divorciar de mutuo acuerdo mediante escritura pública ante notario inclusiva de un convenio regulador (o mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial), siempre que los cónyuges no tengan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos (arts. 82 y 87 C.c.; art. 777.10 LEC; art. 54 Ley Notarial)³³¹.

A pesar de la participación del notario español en la determinación de un divorcio internacional, no parece frecuente que se generen procesos matrimoniales paralelos en esta sede en el ámbito comunitario. Primero, porque el carácter de mutuo acuerdo de la participación de los cónyuges en el divorcio notarial no casa bien con el cruce de actuaciones contenciosas de los supuestos típicos de litispendencia que debe resolver el art. 19 R. 2201. Y, segundo, por la naturaleza de una actuación notarial donde la escritura de divorcio disuelve el matrimonio con efectos inmediatos y simultáneos a la prestación del consentimiento y la autorización de la escritura, apareciendo esta escritura pública como un requisito constitutivo del divorcio. En tal sentido, y dado que el divorcio notarial español resulta instantáneo, no se producirán situaciones de pendencia respecto de otro eventual procedimiento de presentar los cónyuges su solicitud de disolución en primer lugar ante las autoridades notariales españolas. En caso contrario, en la hipótesis de la existencia de un primer proceso dirimido ante las autoridades judiciales de otro Estado UE y una posterior celebración por parte de los cónyuges de un divorcio ante notario en España, podría entenderse esta actuación de las partes como un desestimiento tácito del primero de los procedimientos, a juzgar por su Derecho procesal interno, dejándolo, asimismo, carente de objeto en la ausencia de un matrimonio que disolver³³².

³³⁰ BOE de 03 de julio de 2015.

³³¹ Sobre ello, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I., “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas”, en *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea (estudio normativo y jurisprudencial)*, GUZMÁN ZAPATER, M./HERRANZ BALLESTEROS, M. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 119-239; NÚÑEZ IGLESIAS, A., “Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre 2015, pp. 153-171 (en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/184/135>).

³³² Es ésta la opinión de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I., “El divorcio...”, *loc. cit.*, 207.