

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Internacional “Adolfo Miaja de la Muela”

Área de Derecho Internacional Privado

Programa de Doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y

Criminología



TESIS DOCTORAL

La regulación sustantiva y conflictual del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: perspectivas de armonización y unificación

Presentada por:

D. Jacinto Pablo Quinzá Redondo

Dirigida por:

Dr. D. Carlos A. Esplugues Mota

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Valencia, 2015

**It is not the position you stand, but the
direction in which you look**

-Unknown-

ÍNDICE

ABREVIATURAS	I
---------------------------	----------

Introduction	1
---------------------------	----------

I. Social and legal background.....	1
-------------------------------------	---

II. The research question	7
---------------------------------	---

III. Methodology and terminology	8
--	---

1. Structure of the thesis.....	8
---------------------------------	---

2. Comparative methodology	12
----------------------------------	----

3. Terminology.....	13
---------------------	----

4. Jurisdictional accountability	15
--	----

IV. The scene	16
---------------------	----

PARTE 1: LA SITUACIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LA UNIÓN EUROPEA	17
---	-----------

CAPÍTULO 1. Sobre la diversidad de los regímenes económico matrimoniales en los Estados miembro de la Unión Europea	19
--	-----------

I. Introducción.....	19
----------------------	----

II. Los sistemas de derecho civil	25
---	----

1. Introducción	25
-----------------------	----

2. El régimen económico matrimonial primario	26
--	----

3.	El régimen económico matrimonial secundario	32
3.1.	Los pactos o capitulaciones matrimoniales	33
3.1.1.	Consideraciones previas	33
3.1.2.	Contenido y límites a la eficacia de los pactos o capitulaciones matrimoniales.....	34
A.	Contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales	35
a.	Los acuerdos relativos al régimen económico matrimonial: el régimen económico matrimonial secundario pactado.....	35
b.	Otros pactos sobre materias de carácter económico .	42
B.	Límites a la eficacia de los pactos o capitulaciones matrimoniales	45
3.1.3.	La modificación de los pactos o capitulaciones matrimoniales.....	48
3.1.4.	Requisitos formales de los pactos o capitulaciones matrimoniales.....	50
3.1.5.	La publicidad de los pactos o capitulaciones matrimoniales y eficacia frente a terceros	52
3.2.	El régimen económico matrimonial secundario legal	54
3.2.1.	Los regímenes comunitarios	56
A.	Introducción	56
B.	La composición del patrimonio en los regímenes comunitarios.....	58

Índice

C. La administración del patrimonio en los regímenes comunitarios	66
D. La disolución y liquidación de los regímenes comunitarios	68
E. La distribución del patrimonio en los regímenes comunitarios	71
3.2.2. Los regímenes de participación	73
A. Introducción	73
B. La composición del patrimonio en los regímenes de participación	75
C. La administración del patrimonio en los regímenes de participación	78
D. La disolución y liquidación de los regímenes de participación	80
E. La distribución del patrimonio en los regímenes de participación	84
3.2.3. Los regímenes de separación	86
A. Introducción	86
B. La composición del patrimonio en los regímenes de separación.....	87
C. La administración del patrimonio en los regímenes de separación.....	88

D. La disolución y liquidación en los regímenes de separación.....	89
E. La distribución del patrimonio en los regímenes de separación.....	89
4. A modo de valoración de las soluciones presentes en los sistemas de derecho civil	93
III. El <i>Common law</i> de Inglaterra y Gales	94
1. Introducción	94
2. Consecuencias patrimoniales vigente el matrimonio.....	95
3. Consecuencias patrimoniales tras la disolución del matrimonio	98
3.1. Supuestos de disolución del matrimonio por divorcio	100
3.1.1. Cuestiones preliminares.....	100
3.1.2. La incidencia de la autonomía de la voluntad: los acuerdos matrimoniales	102
A. Cuestiones preliminares	102
B. Los acuerdos de separación.....	104
C. Los acuerdos postmatrimoniales	105
D. Los acuerdos prematrimoniales	106
E. El devenir jurídico de los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales	110
3.1.3. La distribución del patrimonio en ausencia de manifestación de voluntad	112

Índice

A. Antecedentes y evolución de la materia.....	112
B. Perspectivas de futuro	122
3.2. Supuestos de disolución del matrimonio por fallecimiento del cónyuge.....	124
3.2.1. Cuestiones preliminares	124
3.2.2. La incidencia de la autonomía de la voluntad: el otorgamiento de testamento	126
3.2.3. La distribución del patrimonio del causante en ausencia de manifestación de voluntad.....	127
4. A modo de valoración de las soluciones presentes en el <i>Common law</i> de Inglaterra y Gales	128
IV. Síntesis comparativa	129
1. Consecuencias patrimoniales del matrimonio indisponibles para las partes	130
2. Los pactos o capitulaciones matrimoniales en los sistemas de derecho civil y los acuerdos matrimoniales en el <i>Common law</i> de Inglaterra y Gales	132
3. Consecuencias patrimoniales de la disolución del matrimonio por divorcio en ausencia de acuerdo entre los cónyuges	135
CAPÍTULO 2. Sobre la diversidad de normas de conflicto aplicables al régimen económico matrimonial en los Estados miembro de la Unión Europea.....	141
I. Introducción	141

II. La ley aplicable al régimen económico matrimonial en los Estados miembro de la Unión Europea	147
1. Los sistemas de derecho civil	148
1.1. Introducción.....	148
1.2. Contenido y límites de la autonomía de la voluntad	151
1.2.1. Las posibles leyes a designar	156
A. Autonomía total de la voluntad.....	156
B. Autonomía limitada de la voluntad.....	158
C. Exclusión de la autonomía de la voluntad	163
1.2.2. La elección de una o varias leyes	165
1.2.3. La versión dinámica de la autonomía de la voluntad: el cambio voluntario de ley aplicable	169
1.3. La ley aplicable a falta de elección	173
1.3.1. Consideraciones generales: perspectiva histórica y perspectiva funcional	173
1.3.2. Los puntos de conexión aplicables en ausencia de autonomía de la voluntad.....	178
1.3.3. El cambio automático de ley aplicable	181
1.4. Las reglas de protección de terceros.....	188
1.5. A modo de valoración de las soluciones ofrecidas en los sistemas de derecho civil	191
2. El <i>Common law</i> de Inglaterra y Gales	192

Índice

2.1.	Introducción.....	192
2.2.	La ley aplicable al patrimonio conyugal en presencia de acuerdo matrimonial	194
2.3.	La ley aplicable al patrimonio conyugal en ausencia de acuerdo matrimonial	196
2.3.1.	Los bienes muebles.....	197
A.	El domicilio matrimonial	197
B.	El cambio de domicilio matrimonial.....	200
2.3.2.	Los bienes inmuebles.....	204
2.4.	A modo de valoración de las soluciones ofrecidas en el Common law de Inglaterra y Gales	206
III.	La ley aplicable al régimen económico matrimonial en el ordenamiento jurídico español: los arts. 9.2 y 9.3 Cc	207
1.	Introducción	208
2.	La Ley aplicable al régimen económico matrimonial legal: art. 9.2 Cc.....	214
2.1.	Aspectos generales	214
2.2.	Los puntos de conexión previstos.....	216
2.2.1.	Ley personal común de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio.....	216
2.2.2.	Ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio.	219

2.2.3. Ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.....	222
2.2.4. Ley del lugar de celebración del matrimonio	225
3. La ley aplicable al régimen económico matrimonial pactado: art.9.3 Cc	226
3.1. Aspectos generales	226
3.2. Los puntos de conexión.....	229
3.3. Régimen jurídico de las capitulaciones matrimoniales: autonomía de la voluntad.....	230
3.3.1. Capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales	230
3.3.2. Forma de las capitulaciones matrimoniales	235
3.3.3. Contenido de las capitulaciones matrimoniales.....	240
3.4. Límites a la autonomía de la voluntad.....	244
3.4.1. Fraccionamiento o unidad de ley aplicable	244
3.4.2. Mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales.....	251
3.5. Publicidad de las capitulaciones matrimoniales	257
3.5.1. Introducción.....	257
3.5.2. La publicidad en el Registro civil.....	259
3.5.3. La publicidad en el Registro de la Propiedad	264
3.5.4. La publicidad en el Registro Mercantil	266

CAPÍTULO 3. Descripción de problemas y soluciones existentes en la actualidad en los Estados miembro de la Unión Europea	271
I. Consideraciones previas	271
II. Descripción de problemas.....	276
1. El <i>forum shopping</i> y la llamada carrera hacia los tribunales	276
2. El <i>law shopping</i> o turismo de leyes	283
3. La inseguridad jurídica en cuanto al régimen económico matrimonial.....	286
III. Las soluciones existentes en la actualidad.....	297
1. Soluciones focalizadas en el plano material	298
1.1. El Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.....	299
1.1.1. Introducción	299
1.1.2. El régimen económico matrimonial contenido en el Acuerdo	301
A. Composición del patrimonio	302
B. Administración del patrimonio	304
C. Disolución y liquidación del régimen económico matrimonial	306
1.1.3. La interrelación entre el régimen ofrecido en el Acuerdo y el Derecho internacional privado	309
1.1.4. La adhesión al Acuerdo de los Estados miembro de la Unión Europea	312

1.1.5.	Valoración global.....	316
1.2.	Los principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales de los cónyuges.....	322
1.2.1.	Introducción.....	322
1.2.2.	Los principios elaborados por la Comisión sobre derecho de familia europeo (CEFL).....	325
A.	Introducción.....	325
B.	Derechos y deberes generales de los cónyuges.....	326
C.	Capitulaciones matrimoniales acerca de las relaciones patrimoniales de los cónyuges.....	330
D.	Regímenes económico matrimoniales ofrecidos.....	334
a.	La participación de las ganancias.....	334
i.	Composición del patrimonio.....	335
ii.	Administración del patrimonio.....	337
iii.	Disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.....	337
iv.	La participación de los cónyuges en el patrimonio.	340
b.	La comunidad de gananciales.....	341
i.	Composición del patrimonio.....	342
ii.	La administración del patrimonio.....	347
iii.	La disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.....	349

Índice

iv.	La distribución del patrimonio	351
1.2.3.	La aplicabilidad de los principios a un litigio internacional: aspectos de Derecho internacional privado.....	352
1.2.4.	Valoración global.....	357
2.	Soluciones focalizadas en el plano conflictual: el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales	361
2.1.	Introducción.....	361
2.2.	Ámbito de aplicación del Convenio	362
2.3.	Determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en el momento del matrimonio	365
2.3.1.	La autonomía de la voluntad conflictual: la designación de la ley aplicable por los cónyuges	365
2.3.2.	Conexiones objetivas	367
2.4.	La mutabilidad de la ley aplicable durante el transcurso del matrimonio.....	372
2.4.1.	Mutabilidad voluntaria.....	372
2.4.2.	Mutabilidad automática	376
2.5.	Reglas de protección de terceros y medidas de publicidad relativas a los regímenes matrimoniales	379
2.6.	Valoración general.....	382

**PARTE 2: EL FUTURO ESCENARIO DEL RÉGIMEN
ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LA UNIÓN EUROPEA 387**

**CAPÍTULO 4. Acciones legislativas de la Unión Europea en
materia de régimen económico matrimonial 389**

I. Consideraciones previas 389

II. Soluciones introducidas en el plano conflictual: La Propuesta de
Reglamento de régimen económico matrimonial 393

1. Los orígenes de un instrumento unificado en materia de régimen
económico matrimonial 393

2. La nueva regulación introducida por la Propuesta de Reglamento
más allá de los aspectos de ley aplicable 397

2.1. Ámbito de aplicación 397

2.1.1. Ámbito de aplicación espacial 398

2.1.2. Ámbito de aplicación personal 398

2.1.3. Ámbito de aplicación material 399

2.2. La competencia judicial internacional 411

2.2.1. Competencia en materia de régimen económico
matrimonial en caso de fallecimiento de un cónyuge 413

A. Competencia en ausencia de elección de ley reguladora de
la sucesión 414

B. Competencia en los casos de elección de ley reguladora de
la sucesión 417

Índice

C. Competencia subsidiaria en caso de fallecimiento de cónyuge	422
D. Forum necessitatis en caso de fallecimiento de cónyuge	
.....	425
2.2.2. Competencia en casos de divorcio	426
A. Tribunales competentes en ausencia de acuerdo de extensión de la competencia.....	427
B. Acuerdos de extensión de foro	433
C. Competencia subsidiaria en casos conectados con divorcio	437
D. Forum necessitatis en casos conectados con divorcio...	438
2.2.3. Competencia en “otros casos”	438
2.3. Reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales	439
2.3.1. Validez extraterritorial de resoluciones judiciales	441
A. Reconocimiento.....	444
B. Fuerza ejecutiva	446
2.3.2. Documentos públicos y transacciones judiciales	451
A. Documentos públicos	451
a. Aceptación.....	451
b. Ejecución.....	454

B. Transacciones judiciales	455
3. Examen particular de la configuración de la ley aplicable en la Propuesta de Reglamento	456
3.1. La autonomía de la voluntad	460
3.1.1. Posibles leyes a designar	462
3.1.2. Mutabilidad de la ley aplicable.....	466
3.1.3. Fragmentación de la ley aplicable	469
3.1.4. Requisitos formales de los acuerdos de elección de ley aplicable y contrato de matrimonio	471
3.1.5. Consentimiento y validez material del acuerdo de elección de ley	474
3.2. La ley aplicable a falta de elección	475
3.2.1. Las conexiones objetivas	475
3.2.2. La mutabilidad automática de la ley aplicable	482
3.3. Problemas de aplicación de la norma de conflicto: normas de funcionamiento	487
3.3.1. Las leyes de policía.....	487
3.3.2. La excepción de orden público	489
3.3.3. El reenvío.....	493
3.3.4. La ley aplicable en los ordenamientos plurilegislativos	495

Índice

A. Remisión a ordenamientos plurilegislativos de base territorial.....	496
B. Remisión a ordenamientos plurilegislativos de base personal	507
3.4. La ley aplicable a la oposición a terceros del régimen económico matrimonial	508
4. Valoración global de la Propuesta de Reglamento	516
III. Soluciones introducidas en el plano material: El régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional	522
CONCLUSIONS	535
I. Concluding statements.....	535
II. Recommendations.....	550
BIBLIOGRAFÍA.....	553
I. Manuales y obras generales	553
II. Monografías y libros en coautoría	555
III. Capítulos de obras colectivas.....	559
IV. Artículos de revistas	578
JURISPRUDENCIA CITADA	595
I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	595
II. TRIBUNALES ESPAÑOLES.....	595
1. Tribunal Supremo	595
2. Audiencias Provinciales.....	596

3.	Dirección General de los Registros y del Notariado.....	597
III.	TRIBUNALES DE INGLATERRA Y GALES.....	598
1.	Supreme Court (House of Lords).....	598
2.	Court of Appeal	598
3.	High Court	599
	NORMATIVA CITADA	601
I.	Legislación de la Unión Europea.....	601
II.	Legislación Española.....	603
III.	Legislación Inglaterra y Gales	604
	OTROS DOCUMENTOS.....	607
	RECURSOS ELECTRÓNICOS Y BASES DE DATOS.....	609
I.	DIRECCIONES ELECTRÓNICAS	609
1.	Datos estadísticos de la Unión Europea.....	609
2.	Sobre el Acuerdo franco alemán por el que se instituye un régimen económico matrimonial común.....	609
3.	Sobre la Comisión de derecho de familia europeo	609
II.	BASES DE DATOS	609

ABREVIATURAS

AA.VV.Autores varios
BOCGBoletín Oficial de las Cortes Generales (España)
BOEBoletín Oficial del Estado (España)
BORMEBoletín Oficial del Registro mercantil (España)
c.contra
CcCódigo Civil
CcomCódigo de Comercio
CEFLCommision on European Family Law
Cfr.confer
cit.citado
coord.coordinador
coords.coordinadores
CHLARMConvenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales
DGRNDirección General de los Registros y del Notariado
dir.director
DOCDiario Oficial de la Unión Europea, serie “Comunicaciones e informaciones”

DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOL	Diario Oficial de la Unión Europea, serie “Legislación”
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ed.	editor
eds.	editores
Ibíd.	Ibídem
JUR	Base de datos de Aranzadi
LDIPr	Ley de Derecho internacional privado
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
LRC	Ley del Registro Civil
MCA	Matrimonial Causes Act 1973
Núm.	número
op. cit.	opus citatum
p.	página
párr.	párrafo
pp.	páginas
RH	Reglamento hipotecario
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RN	Reglamento notarial
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
ss.	siguientes

Abreviaturas

TCTribunal Constitucional
TFUETratado de Funcionamiento de la Unión Europea
vid.Vide
vol.Volumen

INTRODUCTION

It is said that the language of love is universal: love unites people from different parts of the world and does not care about borders. However, from a legal perspective, it may lead to situations that are far from simple, because the world is divided into territories with differentiated legal systems. Thus, the actors of this play –international marriages-¹, perform on a typically complex and heterogeneous stage, before an audience that is bewildered by the dramatic acts.

I. Social and legal background

Since the moment when it was founded, the European Union (EU) has evolved as a multicultural space², given the increasing mobility of individuals among the Member States and the growing importance of the migratory phenomenon³. In a context of universal globalization, mobility within the EU can be traced to work or family related circumstances as well as economic and social factors.

¹ See on this introduction, III.3.

² CARLIER, J. Y.: “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, in CALVO CARAVACA, A.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.L. (eds.): *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2002, p. 27: “La Europa pluricultural es ya aquella en la que se amalgaman, entre sus Estados Miembros y en el seno de cada Estado, varias culturas antiguas y distintas...La Europa multicultural es también aquella que se encuentra y a veces se confronta con nuevas culturas nacidas de recientes migraciones exteriores”. See also, JAYME, E.: “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne”, in AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, The Hague, 1995, núm. 251, pp. 9–267.

³ GÓMEZ CAMPELO, E.: *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Reus, Madrid, 2008, p. 17–18.

The increasing mobility of European Union citizens was enhanced, among others, by the integration of the Schengen Agreement within the framework of the EU by the Treaty of Amsterdam⁴ and more recently by the enactment of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States⁵. As a result, the number of European Union citizens that reside in a Member State other than their country of birth or nationality has grown exponentially. Concretely, it is estimated that almost 12 million of the 500 million people residing in the EU (in relative terms, 2,4%) live in a country other than their country of nationality. Germany, United Kingdom, Spain, France and Italy -in that order- host the largest number of non-national EU citizens. The Member State with the highest percentage of European Union citizens is Luxembourg with 38,04% of the population⁶.

With regard to third-country nationals residing within the European Union, it is important to note that EU policies have always been directed towards curbing illegal immigration, while encouraging the social integration of third-country nationals who reside legally in a Member State⁷. In recent years, the Stockholm Programme “*An Open and Secure*

⁴ *OJ C* 340 of 10.11.1997.

⁵ *OJ L* 158 of 30.4.2004.

⁶ Figures taken from *Eurostat Yearbook 2014: Europe in figures*, available at <<http://ec.europa.eu/eurostat>> (last accessed 31.12.2014).

⁷ In this regard, see the following Directives: Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification (*OJ L* 251 of 3.10.2003), Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents (*OJ L* 16, 23.1.2004), Council Directive 2004/114/EC of 13 December 2004 on the conditions of admission of third-country

*Europe Serving and Protecting Citizens*⁸ has highlighted that labour immigration “can contribute to increased competitiveness and economic vitality”. Thus, new policies directed towards maximizing the benefits of immigration can be expected. An estimated 20 million third-country citizens (4% of the total population of the EU) currently reside in one of the Member States: 24.6% from Africa, 19.8% from Asia, and 16.6% from the Americas⁹.

Due to these migration phenomena, personal relationships among citizens of the different Member States have multiplied and, as a result, there has been a significant increase in the number of international couples, i.e. couples with different nationalities, different habitual residences or with assets located in different Member States¹⁰.

The European Commission estimates that out of 122 million existing marriages in the European Union, approximately 16 million (13%) are

nationals for the purposes of studies, pupil exchange, unremunerated training or voluntary service (*OJ L 375* of 23.12.2004), Council Directive 2005/71/EC of 12 October 2005 on a specific procedure for admitting third-country nationals for the purpose of scientific research (*OJ L 289*, 3.11.2005), Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (*OJ L 348* of 24.12.2008) and Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment (*OJ L 155* of 18.6.2009).

⁸ *OJ C 115* of 4.5.2010.

⁹ Figures taken from *Eurostat Yearbook 2014: Europe in figures*, available at <<http://ec.europa.eu/eurostat>> (last accessed 31.12.2014).

¹⁰ See the Commission staff working document summary of the impact assessment (SEC (2011) 328 final) accompanying to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions: bringing legal clarity to property rights for international couples (COM (2011) 125 final) and to the Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (COM (2011) 126 final).

cross-border marriages. More specifically, in 2007, 300,000 of the 2.4 million marriages celebrated in the EU were international marriages. Accordingly, the number of international divorces was equally high: 140,000 international divorces of 1,040,000 divorces in total were granted that same year¹¹. Every time one of these divorces takes place, the question of ownership of the assets acquired during marriage emerges, opening the path to the dissolution and liquidation of the matrimonial property regime.

However, divorce is not the only cause of dissolution of the matrimonial property regime. There is also the ground of the death of one of the spouses. Thus, prior to the distribution of the assets of the deceased amongst the heirs -which can include the surviving spouse-, the dissolution and liquidation of the matrimonial property regime should take place in order to determine the assets that are to be distributed.

The mobility of nationals through the geographic space of the European Union has not been accompanied, at least not up to the present day, by a clear and uniform legal regulation concerning the assets acquired in cross-border marriages. This lack of regulation is twofold, insofar as it regards both substantive law and private international law. With regard to substantive law, problems arise mainly due to the heterogeneous existing matrimonial property regimes in each legal system, the opportunity -or lack thereof- of choosing any one of them, and the possibility of designing a *sui-generis* one. With regard to private international law rules, problems

¹¹ Figures taken from Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions: bringing legal clarity to property rights for international couples (COM (2011) 125 final).

arise both with regard to jurisdiction on this matter, that is, which courts have jurisdiction to hear a case regarding cross-border matrimonial assets, and with regard to the applicable law as well as with the recognition and enforcement of public documents or rulings on these issues.

As regards the first dimension of the described lack of regulation, referred to substantive law, it should be borne in mind that up to now, the legislative competence in matters of matrimonial property regimes still remains with the different Member States. It should be recalled that the European Union has no competence in matters of unifying or harmonizing substantive family law of the Member States¹².

In the area of private international law, the European machinery has been working steadily ever since the entry into force of the Amsterdam Treaty on 1 May 1999. At an early stage, the European Union Regulations focused on international jurisdiction, recognition and enforcement of

¹² MARTINY, D.: “Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?”, en AA.VV: *Towards a European civil code*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 436: “One cannot maintain that personal status or the marital property relationship between spouses directly impacts the ‘proper functioning of the internal market’ and, therefore, that a harmonization is necessary. The only provisions in the Treaty which at present could conceivably form the basis for a further unification of family law are those regarding cooperation in judicial and legal matters (Art. 81 TFEU)”. Además, *vid.* JÄNTERÄ JAREBORG, M.: “Unification of international family law in Europe – A critical perspective”, en BOELE–WOELKI, K. (ed.): *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2003, p. 195; PINTENS, W.: “Europeanisation of family law”, *Ibid.*, p. 22; TENREIRO, M. y EKSTRÖM, M.: “Unification of private international law in family matters within the European Union”, *Ibid.*, p. 186; TOMASI, L., RICCI, C. y BARIATTI, S.: “Characterization in family matters for purposes of European private international law”, en MEEUSEN, M., PERTEGÁS, G., STRAETMANS, G. Y SWENNEN, F. (eds.): *International family law for the European Union*, Intersentia, Antwerp, 2007, p. 341 and BOELE–WOELKI, K.: *Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws*, Nijhoff, Leiden, 2010, p. 51.

foreign judgments¹³. In recent times, though, the European Union has also carried out a process of unification in the field of applicable law¹⁴. Family law has been the main field of activities in this phenomenon¹⁵, which allows us to talk about a process of Europeanization of international family law.

Nowadays, no European Union instrument includes matrimonial property regimes in its scope of application. Therefore, the law applicable to this issue, on which we will focus our research, has not yet been unified within the frame of European private International law. As a result, the conflicts-of-law rules of each Member State are to be applied. Fortunately, however, this infelicitous situation is going to change very soon.

¹³ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (*OJ L 12*, 16.1.2001) and Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (*OJ L 338*, 23.12.2003).

¹⁴ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (*OJ L 177*, 4.7.2008), Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (*OJ L 199*, 31.7.2007) and Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Rome III) (*OJ L 343*, 29.12.2010). Besides including within the same Regulation international jurisdiction, law applicable and recognition and enforcement, see Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (*OJ L 7*, 10.1.2009) and Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (*OJ L 201*, 27.7.2012).

¹⁵ BOELE WOELKI, K.: "Cross-border relations in Europe: towards a European matrimonial property law based upon cooperation between private international law and substantive law" in LOOS, M. y KEIRSE, A. (eds.): *Alternative ways to ius commune: the Europeanisation of private law*, Intersentia, Cambridge, p. 34.

II. The research question

The increasing number of cross-border marriages along with a diverse and scattered legal framework –on both a material and conflict-of-laws level- are the potential generators of certain dangerous situations. We refer to what doctrine has named forum shopping or race to the courts, and law shopping or law tourism, by which the spouses can actively generate an unexpected legal situation. At the same time, this legislative inconsistency generates legal uncertainty, into which unconcerned or inactive spouses may be dragged.

Up to now, there is no real and effective solution for those problems within a European Union context. The reason can be found, on the one hand, at the substantive law level, because the actions implemented by international organizations have either remained without the expected success, such as the Franco-German agreement instituting a common matrimonial property regime of participation in acquisitions, or they lack legal force in order to be applied by the courts, such as the Principles of European family law regarding property relations between spouses. On the other hand, the Hague Convention of 1978 on the law applicable to matrimonial property regimes, despite being the first and only available instrument from a unified conflict-of-laws approach, has a very limited territorial scope of application, and because of this, it is a tool with virtually no power to solve controversies that arise in this area.

As can be observed, the common downside of these solutions is that they have emerged from the work of international organizations outside the European Union. However, this situation appears to be changing, as the European Union is currently working on a Regulation on matrimonial

property regimes that encompasses the three sectors of private international law¹⁶. Alongside this, and without losing sight of the fact that the European Union has no direct competence to unify or harmonize substantive family law of the different Member States, some authors have proposed an alternative solution consisting in an implementation of a European matrimonial property regime¹⁷.

It is the coalescence of the above factors that has led to this research question: Is the proposed conflict-of-laws unification set forth by the European Union the real and definitive solution for the problems that cross-border marriages face due to the legal substantive or conflict-of-laws diversity, or would it be necessary to simultaneously achieve the unification or harmonization of matrimonial property regimes substantive law?

III. Methodology and terminology

1. Structure of the thesis

The present doctoral dissertation addresses the topic of the patrimonial effects arising from marriage from an European Union private international law approach. Yet, this dissertation will not merely focus on the conflict-of-laws level, but will also analyze the underlying substantive law issue, because the conflict-of-laws rule always leads to the application

¹⁶ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (COM (2011) 126 final).

¹⁷ See recently, BOELE-WOELKI, K.: “Why and how to accommodate an Optional European Family Law”, en AA.VV: *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 39.

of a concrete matrimonial property regime. The analysis of both levels, will allow us to identify the problems and offer solutions at the same time. The specific contents of the two component parts of our study will be explained in greater detail below and will focus on both 1) the current situation and 2) the future scenario for European Union matrimonial property regimes.

The **first part** of the dissertation contains an analysis of the current situation of matrimonial property regimes in the European Union. In the light of the statistical data that evidences the increasing number of cross-border marriages in the European Union, we will start our study with the notorious regulatory diversity of property rights in such international marriages. This legal plurality can be found on both in a substantive and a conflict-of-laws level. This allows us to conduct a comparative law study with the goal of finding out about the legal treatment that assets acquired during marriage receive in the different legal systems of the EU Member States.

In particular, **chapter 1** deals with the patrimonial effects of marriage from a substantive law point of view, taking into account the existing regulatory disparity among the Member States of the European Union. In this regard, the principal difference as to matrimonial property regimes in the Member States of the European Union is the existence or non-existence of that particular legal institution.

Thus, the first chapter distinguishes between the Civil and Common law systems in the European Union Member States, but provides a different organizational structure. With regard to the Civil law systems, an analysis of the general economic content of the rights and duties of the

spouses –the so-called “*régime primaire*”- will be followed by in-depth study of the secondary matrimonial property regimes. By contrast, the structure of the study concerning the Common law systems follows a substantially different approach, because a true patrimonial impact in these legal systems is only produced when the marriage link is dissolved. Therefore, we will distinguish between the patrimonial consequences related to the different grounds of divorce, and to those related to the death of one of the spouses. This chapter will be concluded by a comparative synthesis between the Civil law and the Common law systems, in an attempt to find out, whether notwithstanding all the differences, there might be certain degree of approximation between both legal systems.

Chapter 2 will deal with the existing conflict-of-law rules provided by the different legal systems of the Member States of the European Union concerning matrimonial property regimes, with a particular focus on the Spanish legal system, whose rules will be analyzed in a separate part. As with regard to substantive law, the main difference between the various systems of private international law lies in the existence, or lack of conflict-of-law rules on matrimonial property regimes. Once again, the fact that the conflict-of-law rules for matrimonial property regimes in Civil Law systems differ radically from those in the Common law systems of England and Wales, will have a serious impact on the structure of the chapter.

With regard to the Civil law systems, a brief introduction will be followed by an in-depth-analysis of the level of party autonomy that the conflict-of-law rules of the Member States offer and afterwards of the law applicable when there is a lack of choice by the spouses. The structure of

the part referring to England and Welsh Common law is based on the premise that the aspects related to the patrimonial consequences of the divorce are solved by the *lex fori*, and because of this the analysis will focus on the applicable law to determine the property rights of the matrimonial property.

After an analysis of the current panorama from a comparative law approach, we will next address the problems arising under Spanish law with regard to the law applicable to matrimonial property regimes. Thus, the second part of the second chapter will be dedicated to a detailed study of the Spanish conflicts-of-law rules that regulate the economic effects of the marriage, namely articles 9.2 and 9.3 of the Spanish Civil Code.

The current situation, where there is not yet any common regulation –on neither a conflict-of-law level, nor on the substantive law level-, generates a conjunction of problems to European Union citizens that will be addressed in the first part of **Chapter 3**. These problems will be classified on the basis of the attitude that the spouses themselves may have towards the legal differences, namely, by adopting an active role -forum shopping and law shopping- or a passive role -legal uncertainty in terms of the matrimonial property regime-.

In the light of the outlined problems, the next topic of this chapter will be the analysis and assessment of the solutions that are currently offered within the European Union context. In this regard, we will first examine the solutions offered on a substantive level, in particular the Franco-German agreement instituting a common matrimonial property regime of participation in acquisitions, and the Principles of European family law regarding property relations between spouses, that aim to unify

and/or harmonize the substantive law on matrimonial property regimes. Secondly, we will analyze the Hague Convention of 1978 on the law applicable to matrimonial property regimes, which is the only instrument currently available which attempted a conflict-of-law rules unification on this matter.

The **second part** of this dissertation, consisting of **chapter 4**, will deal with possible solutions for the exposed problems, and try to describe the envisaged scenario in matters of matrimonial property regime in view of the legislative actions of the European Union. To that effect, we will first evaluate the Proposal for a Regulation on matrimonial property regimes, focusing on the conflict-of-law rules that will substitute those existing in the Member State, when the Regulation enters into force. This chapter will be concluded with a reasoned proposal for the creation of a facultative matrimonial property regime for the parties, intended to be an alternative means to the achievement of the desirable harmonization and unification of this sector of family law.

2. Comparative methodology

Chapters 1 and 2 provide a comparative study of the substantive and conflicts-of-law rules, respectively, which currently exist in the different Member States of the European Union. The goal of this study is to find a common core within the existing heterogeneity, which, as will be seen, has an accurate reflection on the proposed solutions of chapter 4.

From a methodological perspective, a comparative law study can be carried out in two ways: simultaneously or successively. By the **successive**

method, an individual study of each one of the legal systems is performed. By contrast, by the **simultaneous method**, an individual study is carried out for the relevant legal issues, and at the same time, particular solutions within the legal systems are offered¹⁸.

This thesis uses both methods of comparative law study. Firstly, the successive method is applied when the Member States of the European Union are divided into those belonging to the Civil law tradition and those that are part of the Common law tradition, while analyzing the different peculiarities that can be found within them. Secondly, within each of those traditions, the simultaneous method is applied by assessing the solutions offered by the Member States with regard to each one of the issues addressed.

3. Terminology

Every research project must provide its potential audience with a clear and succinct clarification of the technical terms that are used throughout the text. The key concept of our research is that of the cross-border matrimonial property regime, which indicates at least three basic ideas.

In the first place, and even though a good portion of the dissertation addresses English and Welsh Common law, its main focus is clearly on the Civil law tradition, because the thesis starts with those legal where the

¹⁸ CURRY-SUMMER, I.: *All's well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, p. 9.

concept of patrimonial property regime is present and in which conflict-of-law rules exist on this issue. In England and Wales, there is no concept of matrimonial property regime, and the real and true economic impact of marriage is produced in the moment of its dissolution. Furthermore, from a cross-border perspective, when English and Welsh courts are competent to decide on the economic consequences of the dissolution of marriage, English and Welsh law is always applied.

Secondly, this thesis addresses the material and conflict-of-law regulation of the matrimonial property regime, but it does not assess the economic effects of registered partnerships. It should be noted, however, that the same day on which the European Union presented its *Proposal for a Regulation on matrimonial property regime*, it also presented a *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships*¹⁹.

Thirdly, this thesis focuses exclusively on the most relevant economic effect of the marriage, which is the matrimonial property regime. It won't address the possible legal relevance that the matrimonial personal effects or other financial consequences may have; especially those derived from the matrimonial dissolution, as may be that of maintenance.

Finally, as regards to the “cross-border” concept, in this dissertation we will indistinctly use the terms “international marriage”, “marriages

¹⁹ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships (COM (2011) 127 final).

with foreign elements” and “cross-border marriages” with purely illustrative purposes and without any intent of manifesting their synonymy.

4. Jurisdictional accountability

The dissertation is focused on the study of the matrimonial property regime phenomenon from the point of view of a Member State of the European Union, for mainly two reasons. First, because of the rising relevance that the comparison of those legal systems that include the concept of matrimonial property regime – Civil law systems, into which can be included almost all of the Member States with the exception of the United Kingdom and Ireland- and those that exclude it –with especial focus on English and Welsh common law-. On the other hand, due to the fact that an important part of the dissertation is dedicated to the study of the future Regulation of the European Union on matrimonial property regimes, it is only logical to address the differences that, not only on the conflicts-of-law level, but also in the substantive one, have the Member States that have participated in its drafting.

Alongside that, it is necessary not to forget the increasing presence in the European Union territory, of immigrants that come from States with different legal and cultural concepts. The migratory reality brings to light that it is between Europe and Northern Africa where we find the most important amount of migratory fluxes and as regards Spain, in particular with nationals from Morocco. Morocco is an Islamic State in which the

State religion is Islam and in which 99% population professes the Islamic faith²⁰. It has a religious-based legal system that belongs to Islamic law, in which the believer is the subject of law, due to the fact that the law in Islam emanates from the divine will to be the guidance of a community. Consequently, its application has a personal and not a territorial vocation²¹. This reality will be held into account also in chapter 4 when addressing the existing tension between subjects with distinct cultural traits and ideological and religious beliefs and the solutions offered by the private international law Regulation of the European Union on matrimonial property regimes.

IV. The scene

Nowadays, family law within the European Union is in a process of constant evolution because of the attempts of unification and harmonization of substantive law and unification of the rules on private international law. In this context, academic research and study is crucial. This thesis should contribute to this process with regard to matrimonial property regimes, an area sometimes forgotten by EU citizens, who sadly realize that the law applicable to matrimonial property regimes starts when love finishes²².

²⁰ BUSKENS, L.: “Sharia and national law in Morocco”, en OTTO, J.M. (ed.): *Sharia incorporated*, Leiden University press, Leiden, 2010, p. 91.

²¹ MANDIROLA BRIEUX, P.: *Introducción al derecho islámico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 75.

²² NAGY, C.I.: “El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, núm. 10, 2010.

**PARTE 1: LA SITUACIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN
ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LA UNIÓN
EUROPEA**

CAPÍTULO 1. SOBRE LA DIVERSIDAD DE LOS RÉGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES EN LOS ESTADOS MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. Introducción

La convivencia generada por la vida matrimonial origina, junto con las relaciones personales y afectivas que toda unión conlleva, una serie de vínculos de un evidente soporte económico. Dicha cuestión, y en particular la noción de régimen económico matrimonial, viene caracterizada por una enorme diversidad en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro de la Unión Europea, que sólo puede ser entendida por la confluencia de factores como la evolución socio-cultural, política o religiosa de cada uno de los Estados o la pertenencia a una familia jurídica concreta. En este sentido, frente a ciertos sectores del ordenamiento jurídico, como el derecho contractual o societario, en el que la armonización en el seno de la Unión Europea es cada vez más evidente, otros ámbitos jurídicos, como el derecho de familia, en el que se enmarca el fenómeno del régimen económico matrimonial, mantienen todavía una enorme idiosincrasia.

Pese a que la situación existente en la actualidad refleja que ante problemas jurídicos similares –especialmente, el modo de organización del régimen económico matrimonial, las posibilidades de articularlo mediante la autonomía de la voluntad y los problemas derivados de la disolución y liquidación del mismo- los derechos nacionales presentan soluciones divergentes, lo cierto es que paralelamente la realidad refleja la

existencia de ciertos caracteres comunes, de cuyo análisis cabe inferir la existencia de, al menos, dos modelos normativos.

1) En los sistemas de derecho civil, en los que a grandes rasgos pueden incluirse todos los Estados miembro de la Unión Europea menos Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda, el matrimonio genera desde su celebración una serie de consecuencias patrimoniales entre los cónyuges conocidas como régimen económico matrimonial. Se trata, sin embargo, de un término amplio e inclusivo que cubre al menos dos realidades diversas:

A) En primer lugar, abarca los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico, que hacen referencia a una serie de disposiciones de carácter eminentemente patrimonial y que se aplican por el mero hecho del matrimonio, resultando indisponibles para las partes. Este conjunto de relaciones jurídicas reciben el nombre de régimen económico matrimonial primario.

B) Pero sin duda, el elemento protagonista en los sistemas de derecho civil es el régimen económico matrimonial secundario que presenta una doble tipología, la pactada o la legal. En este sentido, la primera de ellas haría referencia a la posibilidad que tienen los cónyuges de organizar sus propiedades de acuerdo con sus intereses particulares, utilizando para ello pactos o capitulaciones matrimoniales.

La realidad, sin embargo, demuestra que esta opción cuenta con un grado limitado de uso y que las partes, en muchas ocasiones, mantienen silencio sobre la forma en que desean se organice su régimen económico matrimonial, provocándose así la aplicación de

los regímenes económico matrimoniales legales, en los que el legislador fija las obligaciones económicas que acompañan a los cónyuges en defecto de manifestación de voluntad por éstos. Estos regímenes legales, supletorios a lo dispuesto por las partes, son susceptibles de incardinarse en tres grandes grupos que coexisten en los distintos Estados miembro de la Unión Europea:

a) En primer lugar, los regímenes económico matrimoniales de tipo comunitario, en virtud de los cuales, desde el momento de la celebración del matrimonio se forma una comunidad de bienes entre los cónyuges que será dividida por partes iguales al tiempo de su disolución.

b) Por otro lado, los regímenes de participación implican la separación de patrimonios durante la vigencia del matrimonio pero generan un derecho de participación en las ganancias o beneficios patrimoniales del otro cónyuge cuando el matrimonio se extingue.

c) Finalmente se encuentran los regímenes de separación, que a semejanza de los de participación implican la separación de patrimonios durante su vigencia, mas no generan derecho de participación alguno, sino a lo sumo, un derecho de compensación para el cónyuge que ha sufrido un desequilibrio patrimonial.

2) Frente a la situación anterior, en el *Common law* de Inglaterra y Gales, el matrimonio no produce efecto en las propiedades de los cónyuges, pues cada uno de ellos conserva sus bienes como si no

estuvieran casados. No existe explícitamente un régimen económico matrimonial, ni primario ni secundario, dado que no hay un conjunto normativo que regule las consecuencias patrimoniales del matrimonio. Sin embargo, esto no significa que la unión conyugal no produzca efecto económico alguno entre los cónyuges, pero lo hace, sobretudo, cuando el matrimonio deja de existir, a *posteriori*, no durante su vigencia. Así, el matrimonio afecta a las propiedades de los cónyuges en el momento de su disolución por divorcio, existiendo un amplio poder discrecional de los jueces para alcanzar la *fairness* en relación con el reparto de los bienes entre los cónyuges. Por su parte, en los casos en que la disolución del matrimonio se produzca por el fallecimiento de uno de los cónyuges y la sucesión sea intestada, también existe una afección de las propiedades del causante en relación con el cónyuge superviviente.

Existe, empero, la posibilidad de que los cónyuges hayan celebrado un acuerdo matrimonial, bien antes, durante o tras la disolución del matrimonio, en el que regulen las consecuencias financieras de la crisis matrimonial y no, con carácter general, la organización del patrimonio durante la vigencia del matrimonio, como sí lo hacen los pactos o capitulaciones de los Estados miembro de tradición civilista. Su eficacia y vinculación para el juez, como se verá, ha evolucionado lo largo de la historia y ha estado sometida a determinados requisitos.

Teniendo presente lo anterior, el capítulo 1 aborda la problemática de dos modelos normativos contrapuestos, procediendo a distinguir entre los sistemas de derecho civil y los sistemas de *Common law* en los Estados miembro de la Unión Europea. Para ello se utilizará una estructura

organizativa diferente, acorde con las peculiaridades que acompañan a ambas realidades normativas.

Así, en los sistemas de derecho civil, tras analizar los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico fijados por ley, el llamado régimen económico matrimonial primario, se abordan en profundidad los regímenes económico matrimoniales secundarios.

Se hace así especial hincapié en el análisis de los pactos o capitulaciones matrimoniales –el denominado régimen económico matrimonial secundario pactado-, con especial interés en su contenido, eficacia y forma o su publicidad y protección frente a terceros. Pero, también, en el marco de éstos, y atendida la amplia existencia de situaciones en las que las partes nada pactan sobre sus relaciones económicas una vez contraigan matrimonio, se procederá a aproximar la realidad de los regímenes matrimoniales secundarios legales, sobre los que existe una enorme diversidad entre los Estados miembro de la Unión Europea, a pesar de poder ser agrupados, como ya se ha señalado, en tres grandes grupos: comunitarios, de participación y de separación. Los cónyuges que nada hayan dicho sobre su régimen económico verán regulado éste por lo dispuesto por el legislador de un determinado Estado miembro y, en la UE, ello implica referirse a regímenes jurídicos que presentan enormes particularidades en cuanto a la composición y administración del patrimonio, disolución y liquidación del régimen económico matrimonial y distribución o participación de la masa patrimonial.

Por su parte, la estructura de la parte referente a los sistemas de *Common law* es virtualmente diferente al adaptarse a una realidad jurídica y social caracterizada porque el verdadero impacto patrimonial se genera cuando se produce la disolución del vínculo matrimonial. Se procederá así a distinguir por un lado, entre las consecuencias patrimoniales por la causal del divorcio y, por otro, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. En ambos casos se diferenciarán los supuestos en que los cónyuges han ejercido la autonomía de la voluntad y aquellos en los que no.

No basta, sin embargo, con enunciar de forma lineal las similitudes y diferencias. Para ofrecer un instrumento eficaz para afrontar las situaciones transnacionales, se concluirá el capítulo realizando una síntesis comparativa entre los sistemas de derecho civil y los de *Common law*. El objetivo adicional es intentar evidenciar que, si bien el grado de heterogeneidad es todavía elevado, se está produciendo una cierta aproximación entre ambos sistemas legales. Teniendo esto presente, se cuestionará, en primer lugar, si existen en ambos ordenamientos jurídicos una serie de consecuencias patrimoniales generadas por el simple hecho del matrimonio y que no pueden ser alteradas por los cónyuges. Posteriormente, y aquí es donde las diferencias son más evidentes, se compararán los pactos o capitulaciones de los sistemas de derecho civil con los acuerdos matrimoniales del *Common law* de Inglaterra y Gales. Finalmente, se tendrá en cuenta la regulación existente cuando los cónyuges no han celebrado ningún tipo de acuerdo, esto es, en ausencia de autonomía de la voluntad.

II. Los sistemas de derecho civil

1. Introducción

Como se ha avanzado en la introducción, el modelo seguido en los sistemas de derecho civil de los Estados miembro en relación con el concepto de régimen económico matrimonial suele distinguir un régimen primario (II.2) y otro secundario (II.3).

El régimen primario se integra por normas de contenido esencialmente patrimonial sobre las que se articulan derechos y deberes generales de los cónyuges por el mero hecho del matrimonio y sobre las que no resulta posible pactar.

Por su parte, el régimen secundario viene caracterizado por la libre y voluntaria elección de la pareja respecto de la manera en que desean sean organizadas sus propiedades –el denominado régimen económico matrimonial secundario pactado, sobre el que se articula el contenido básico de los pactos o capitulaciones- y, en su defecto, por el modo en que el legislador, de oficio y siempre supeditado a que las partes nada hayan pactado, regula tales relaciones patrimoniales –el régimen económico matrimonial secundario legal-.

De este modo, la diferencia entre ambos regímenes viene derivada, no sólo por el distinto tipo de intereses tutelados –en el régimen primario, la familia, mientras que en el secundario, los propios cónyuges- sino por el carácter inderogable que acompaña al primero de ellos, frente al carácter dispositivo y opcional del régimen secundario, sin perjuicio de la

aplicación de los regímenes secundarios legales cuando los cónyuges nada hayan acordado²³.

2. El régimen económico matrimonial primario

En los ordenamientos jurídicos de derecho civil de la Unión Europea bajo la noción de régimen económico matrimonial primario se enmarcan una serie de disposiciones legales a las que se encuentran sujetos todos los matrimonios con carácter imperativo y sobre las que se articulan derechos y deberes generales de los cónyuges²⁴.

El contenido integrador del régimen económico matrimonial primario es esencialmente económico o patrimonial y constituye una cuestión de orden público, pues se aplica con independencia del régimen económico matrimonial secundario, ya sea éste uno pactado por las partes o –régimen económico matrimonial pactado-, en defecto del anterior, uno de naturaleza legal –régimen económico matrimonial legal-. Además, como resulta evidente, no cabe aquí hacer referencia a la autonomía de voluntad por cuanto el simple hecho de que dos personas contraigan matrimonio provoca la aplicación automática del régimen primario, que obliga a los cónyuges de forma imperativa y solidaria.

²³ GOMEZ CAMPELO, E.: *Los regímenes matrimoniales en Europa...*, *op. cit.*, p. 67.

²⁴ Nótese que no en todos los Estados miembro de tradición civilista se utiliza el concepto de régimen económico matrimonial primario, que puede recibir también la terminología de derechos y deberes generales de los cónyuges (BOELE-WOELKI, K. FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, pp. 36-37.

Un análisis de los diversos ordenamientos jurídicos de la Unión Europea de tradición civilista refleja la presencia de, al menos, cinco derechos y deberes fundamentales de la pareja casada con contenido económico que, eso sí, encuentran una modulación propia en la legislación interna de cada Estado miembro.

1) En primer lugar, en todos los Estados miembro de la UE se consagra la independencia patrimonial de los esposos, estableciéndose con carácter general que el matrimonio no afecta la capacidad legal de los cónyuges y que éstos siguen gozando de autonomía para realizar transacciones entre ellos y con terceros. Existen, no obstante, dos importantes restricciones:

A) La primera, relacionada con la naturaleza de los bienes, en el sentido de que, como se verá a lo largo de este trabajo, muchos de los ordenamientos jurídicos analizados contienen reglas especiales relacionadas con la posibilidad de disponer de la vivienda familiar y el ajuar doméstico que excepcionan dicha autonomía económica.

B) Por otro lado, también caben limitaciones relativas a determinados actos jurídicos, tanto en relación con los propios cónyuges, como con terceros. Así, por ejemplo, en Bélgica²⁵, el contrato de compraventa entre cónyuges resulta inejecutable y en Francia²⁶ u Holanda²⁷, se protege el patrimonio de uno de los

²⁵ PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: “Belgium report. Question 14”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, pp. 227-228.

²⁶ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 14”, en *Ibíd.*, p. 231.

cónyuges cuando el otro a avalado a un tercero. Pero además, la gran mayoría de los sistemas de derecho civil contienen normas relativas a las donaciones entre cónyuges en aras de proteger, especialmente, al tercero acreedor tercero del posible traspaso fraudulento de patrimonio²⁸.

2) Como reverso de la independencia económica que se mencionaba, existe en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro de la UE un deber de información entre los cónyuges respecto de los bienes, ingresos y deudas de cada uno de ellos. Este principio, sin embargo, presente en su proyección en los distintos regímenes secundarios legales importantes variaciones.

A) Así, en aquellos Estados miembro con régimen económico matrimonial legal de tipo comunitario en los que existen normas específicas sobre el deber de información, los cónyuges están obligados a informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de cualquier actividad suya (España)²⁹, y también respecto de la administración de los bienes gananciales (Lituania³⁰, Polonia³¹ y Portugal³²).

²⁷ BOELE-WOELKI, K., SCHONEWILLE, F. y SCHRAMA, W.: “The Netherlands report. Question 14”, en *Ibid.*, p. 234.

²⁸ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 42-46.

²⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 39”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 464.

³⁰ MIKELENAS, V.: “Lithuania report. Question 39”, en *Ibid.*, p. 463.

³¹ MACZYNSKI, A.: “Poland report. Question 39”, en *Ibid.*, p. 463.

³² DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 39”, en *Ibid.*, p. 463.

B) En el régimen económico legal de comunidad diferida, por su parte, existe una obligación mutua de los cónyuges de revelar su situación financiera en aras de determinar la contribución de cada uno de los cónyuges a las cargas familiares³³.

C) Por su parte, en los Estados Miembro en que se contiene el régimen legal de la comunidad de las ganancias acumuladas, los cónyuges pueden solicitarse mutuamente información sobre sus ingresos, bienes o deudas o bien existe una obligación general de informarse mutuamente sobre todo lo relacionado con la vida conyugal (Alemania)³⁴.

3) En tercer lugar, los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembro de la UE recogen posiciones diversas en relación con el mandato o representación inter cónyuges. Así, los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea oscilan entre aquellos que siguen las reglas generales de representación (Hungría³⁵ o Suecia³⁶) y los que contienen normas específicas referidas a la representación marital (el resto de Estados miembro de los sistemas de derecho civil). Dentro de estos últimos, el poder de representación se presume *ex lege* para los casos relacionados con las necesidades del hogar y en situaciones de ausencia, enfermedad o

³³ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 88.

³⁴ DETHLOFF, N. y MARTINY, D.: "German report. Question 74", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 669.

³⁵ WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: "Hungary report. Question 13", en *Ibid.*, p. 222.

³⁶ JÄNTERÄ-JAREBORG, M.; BATTSTRÖM, M. y WALLENG, K.: "Sweden report. Question 13", en *Ibid.*, p. 225.

incapacitación de uno de los cónyuges. Para el resto de transacciones legales algunos sistemas de derecho civil exigen el consentimiento expreso del cónyuge que va a ser representado (Portugal³⁷ o España³⁸), mientras que en otros (Austria³⁹, Francia⁴⁰ o Italia⁴¹), con carácter negativo, las normas específicas sobre representación en el ámbito marital permiten que un cónyuge excluya la representación respecto de ciertos actos jurídicos.

4) Por otro lado, en la gran mayoría de Estados miembro, forma parte también de los derechos y deberes generales de los cónyuges la protección de la vivienda familiar, definida ésta como el lugar donde habita la familia.

En este ámbito se articulan derechos de índole diversa, el derecho a la vivienda, con el principio de independencia de patrimonios, junto con la idea de vida y proyecto en común que subyace en el matrimonio y que en este ámbito, personalísimo pero a la vez con una innegable trascendencia económica se refleja en una protección que consiste, básicamente, en solicitar el consentimiento del cónyuge no propietario si se quiere disponer de la misma o gravarla con un derecho real. En virtud de ello, tales actos

³⁷ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 13”, en *Ibíd.*, p. 224 y art. 1687. 2º párr. Cc portugués.

³⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 13” en *Ibíd.*, p. 225 y arts. 71 y 1320 Cc español.

³⁹ ROTH, M. “Austria report. Question 13”, en *Ibíd.*, p. 217 y art. 96 Cc austríaco.

⁴⁰ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 13.”, en *Ibíd.*, p. 83 y arts. 217-219 Cc francés.

⁴¹ PATTI, S., CARICATO, C., IRTI, C., IANNICELLI, M.A., SERRA, M.F., DI STEFANO, P. y BORTOLU, T.: “Italy report. Question 13”, en *Ibíd.*, p. 223 y art. 217. 4º párr. Cc italiano.

de disposición realizados por un cónyuge unilateralmente podrán ser anulados por la autoridad competente.

Con una naturaleza similar vinculada a la vivienda y a los medios necesarios para vivir y desarrollar una vida marital en común se protege en estos Estados miembro el ajuar doméstico, incluyendo en el mismo los bienes muebles o menaje del hogar y excluyendo, en algunos casos (Bélgica⁴², Portugal⁴³ o España⁴⁴), los bienes con un alto valor económico, tales como reliquias antiguas o joyas (Bélgica⁴⁵, España⁴⁶ o Francia⁴⁷). Otros Estados miembro (por ejemplo, Austria⁴⁸, Grecia⁴⁹ o Eslovaquia⁵⁰), en cambio, no contienen normas especiales sobre la vivienda familiar y ésta se encontrará sujeta a las normas generales sobre el derecho de propiedad, en cuyo caso su disposición dependerá de la voluntad del cónyuge propietario⁵¹. La dimensión marital que aquella puede tener no se entiende suficiente como para abstraerla del régimen general de los bienes dotándola de una naturaleza propia acorde con la función que cumple.

⁴² PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: “Belgium report. Question 11.”, en *Ibíd.*, p. 197.

⁴³ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 11”, en *Ibíd.*, pp. 202-203.

⁴⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 11” en *Ibíd.*, pp. 204-205.

⁴⁵ PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: “Belgium report. Question 11”, en *Ibíd.*, p. 197.

⁴⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 11” en *Ibíd.*, pp. 204-205.

⁴⁷ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 11”, en *Ibíd.*, p. 199.

⁴⁸ ROTH, M.: “Austria report. Question 10”, en *Ibíd.*, p. 175.

⁴⁹ KOUTSOURADIS, A., KOTRONIS, S. y HATZANTONIS, F.: “Greece report. Question 10”, en *Ibíd.*, p. 184.

⁵⁰ HATAPKA, M.: “Slovakia report. Question 10”, en *Ibíd.*, p. 190.

⁵¹ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 64-70.

5) Por último, los cónyuges están obligados a prestarse ayuda económica recíproca y a contribuir, de acuerdo con sus posibilidades, a las necesidades de la familia. Aunque este último término difiere en los sistemas de derecho civil de los distintos Estados miembro, la esencia es que los cónyuges son responsables del mantenimiento de la familia, lo que supone tener en cuenta, con carácter protagonista, las necesidades de ambos cónyuges y las de los hijos, en particular por lo que respecta a los gastos básicos de la vida, los alimentos y la educación. De este modo, en más de la mitad de los Estados Miembro analizados, los cónyuges son responsables conjuntamente respecto de los gastos familiares, aunque sea sólo uno de ellos quien realizó como tal la transacción. Dicha regla general se excepciona para los casos en que uno de ellos hubiera realizado un gasto exorbitante o desmedido, en cuyo caso la responsabilidad será individual⁵².

3. El régimen económico matrimonial secundario

Como se ha apuntado ya, el concepto de régimen económico matrimonial comprende dos realidades bien diferenciadas. Por un lado, el régimen económico matrimonial primario, y por otro el régimen económico matrimonial secundario del que, a su vez, cabe derivar la existencia de un doble régimen.

En primer lugar, se reconoce una libertad dispositiva de los cónyuges, que se manifiesta, con carácter general, en la elección de un determinado régimen económico matrimonial y también en la posibilidad

⁵² *Ibíd.*, pp. 49-60.

de modificarlo en un momento posterior, lo que se conoce como régimen económico matrimonial secundario pactado. La estipulación, modificación o sustitución de un régimen económico matrimonial constituye precisamente el contenido básico de los pactos o capitulaciones matrimoniales, rodeados de enormes particularidades entre los distintos Estados miembro (II.3.1.).

Junto a ello, en segundo lugar, y en defecto de manifestación de voluntad por las partes, los regímenes económico matrimoniales secundarios legales se aplican cuando los cónyuges no hayan celebrado pactos o capitulaciones matrimoniales (II.3.2.).

3.1. *Los pactos o capitulaciones matrimoniales*

3.1.1. *Consideraciones previas*

Los pactos o capitulaciones matrimoniales son una institución típica y propia del derecho europeo continental cuya finalidad básica –si bien no la única, como se verá– es la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial secundario. Es a partir de este momento cuando se puede hacer referencia, en consecuencia, al concepto de régimen económico matrimonial secundario pactado, consistente en la facultad que tienen los cónyuges para reglamentar las relaciones entre ellos y respecto de terceras personas mientras dura el matrimonio mediante, precisamente, la elección, diseño o modulación de un régimen económico matrimonial que se adapte a sus intereses o necesidades.

Actualmente la legislación interna de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro de tradición civilista permite a los cónyuges elegir su régimen económico matrimonial, y ello a pesar de que se constate como todavía sigue siendo infrecuente en la práctica la celebración de pactos o capitulaciones matrimoniales referentes a la elección de un régimen económico matrimonial⁵³.

La facultad que tienen los cónyuges de concluir entre sí todo tipo de acuerdos referentes al régimen económico matrimonial pone de manifiesto la incidencia que en este sector tiene la autonomía de la voluntad que, sin embargo, presenta importantes e interesantes peculiaridades y diferencias en relación con algunos puntos clave en los distintos Estados miembro. Así, se aprecian grandes divergencias en relación con el contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales (II.3.1.2), su modificación (II.3.1.3), la forma bajo la que deben realizarse (II.3.1.4) y la publicidad del mismo y su eficacia frente a terceros (II.3.1.5).

3.1.2. Contenido y límites a la eficacia de los pactos o capitulaciones matrimoniales

El estudio del contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales en los sistemas de derecho civil de la Unión Europea plantea una primera cuestión esencial referida a la amplitud de la autonomía de la voluntad atribuida a las partes a la hora de conformar su modelo de convivencia económica. En otras palabras, interesa averiguar si los cónyuges pueden articular, y bajo qué límites, sus relaciones

⁵³ *Ibid.*, pp. 102-104.

económicas de la forma que estimen oportuna, seleccionando e incorporando los principios y soluciones que consideren más adecuados para gobernar la dimensión económica de su vida en común.

A. Contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales

Un análisis del contenido básico de los pactos o capitulaciones matrimoniales implica referirse, en primer lugar, a las propias posibilidades de las que disponen los cónyuges para modular o diseñar un determinado régimen económico matrimonial (II.3.1.2.A.a). Sin embargo, la opción de las partes no estriba únicamente en seleccionar entre uno u otro régimen económico matrimonial establecido por los distintos legisladores nacionales con carácter legal, o en modificarlo eventualmente. En otras palabras, su autonomía supera esta limitada opción y, así, los pactos o capitulaciones matrimoniales permiten, pactar sobre otros aspectos patrimoniales más allá del propio régimen económico matrimonial (II.3.1.2.A.b).

- a. Los acuerdos relativos al régimen económico matrimonial: el régimen económico matrimonial secundario pactado

Referirse al principio de autonomía de la voluntad en relación con el contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales significa plantear, como punto de partida, la capacidad que tienen los cónyuges para fijar como regulador de sus relaciones económicas surgidas del matrimonio un modelo no coincidente, total o parcialmente, en sus soluciones con las

previstas en el régimen económico matrimonial legal aplicable en el supuesto de que las partes nada hubieran pactado.

En particular, resulta necesario plantearse si los cónyuges pueden elegir un régimen económico matrimonial distinto al legal, ya sea uno de los previstos en la propia legislación que resulta de aplicación, o bien diseñar uno que se adapte a sus intereses, en lo que supone un elevado grado de autonomía de la voluntad. Por otro lado, también cabe preguntarse hasta qué punto se puede modificar el régimen económico matrimonial secundario legal previsto en un determinado ordenamiento jurídico, en el sentido de si los cónyuges pueden introducir modificaciones por lo que respecta a la composición, administración y distribución del patrimonio en dichos regímenes. Esta última opción implica un ejercicio de la autonomía de la voluntad con carácter más limitado, pues si bien los cónyuges deciden se “mantener” el régimen legal, alteran el mismo en relación con alguno de sus aspectos.

1) En relación con la primera cuestión, resulta una constante en los sistemas de derecho civil de la Unión Europea la posibilidad de elección de un régimen económico matrimonial, anulando así la aplicación del régimen legal. Este amplio reconocimiento no oculta, sin embargo, la existencia de diversas peculiaridades entre los distintos ordenamientos de la Unión Europea al compás de la existencia o no de regímenes legales diseñados por el legislador estatal.

A) En primer lugar, en los países nórdicos (Dinamarca⁵⁴, Suecia⁵⁵ y Finlandia⁵⁶) no existe como tal un elenco de regímenes económico

⁵⁴ Art. 28 Ley danesa de los efectos legales del matrimonio.

matrimoniales en sus legislaciones que puedan ser elegidos por los cónyuges. El contenido de los acuerdos matrimoniales versa sobre la modificación del régimen legal previsto en tales ordenamientos jurídicos –el régimen de la comunidad diferida-, que permite excluir del reparto de la comunidad diferida a determinados bienes o el establecimiento de normas especiales para la distribución de los bienes en caso de disolución del régimen económico matrimonial. Existe pues, un único régimen económico matrimonial, pero que se puede “desfigurar” hasta hacerse lo más parecido a un régimen de separación⁵⁷, es decir, se dispone una enorme flexibilidad en relación con el régimen legal previsto.

B) El resto de sistemas de derecho civil sí que contienen una regulación, más o menos detallada de otros regímenes económico matrimoniales disponibles para las partes –generalmente las legislaciones que prevén un régimen legal de tipo comunitario, detallan otros de participación o de separación y viceversa-, aunque igualmente el grado de autonomía de la voluntad ofrecido resulta divergente.

⁵⁵ Art. 42 y ss. Ley matrimonial de Suecia.

⁵⁶ JÄNTERA-JAREBORG, M.; BATTSTRÖM, M. y WALLENG, K.: “Sweden report. Question 198”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European Family...*, *op. cit.*, pp. 1196-1197.

⁵⁷ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 101.

Así, algunos Estados como Austria⁵⁸, Bélgica⁵⁹, Francia⁶⁰, España⁶¹ o Portugal⁶² permiten, con carácter general, el diseño de un régimen a medida. En estos ordenamientos jurídicos los cónyuges pueden conformar su régimen económico matrimonial de la forma que estimen oportuna, siempre que no afecte a los principios esenciales del ordenamiento jurídico o atente contra los derechos fundamentales de la persona.

En el otro lado, estarían ordenamientos jurídicos como Alemania⁶³, Grecia⁶⁴, Italia⁶⁵, Malta⁶⁶, Rumania⁶⁷ o Polonia⁶⁸, donde las partes no pueden crear su propio régimen económico matrimonial, sino únicamente escoger uno de los previstos “opcionalmente” en la propia legislación y, en su caso, modificarlo de acuerdo con las condiciones que se verán a continuación.

2) La segunda cuestión que se enunciaba al inicio de este punto, y que implica un menor grado en el ejercicio de la autonomía de la voluntad

⁵⁸ ROTH, M. “Austria report. Question 198”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European Family...*, *op. cit.*, p. 1189.

⁵⁹ PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: “Belgium report. Question 198.”, en *Ibid.*, p. 1189.

⁶⁰ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 198.”, en *Ibid.*, p. 1191.

⁶¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 198” en *Ibid.*, p. 1196.

⁶² DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 198” en *Ibid.*, p. 1195 y arts. 1698 y 1718 Cc portugués.

⁶³ DETHLOFF, N. y MARTINY, D.: “German report. Question 198”, en *Ibid.*, p. 1192 y art. 1409 Cc alemán.

⁶⁴ KOUTSOURADIS, A., KOTRONIS, S. y HATZANTONIS, F.: “Greece report. Question 198”, en *Ibid.*, p. 1193.

⁶⁵ PATTI, S., CARICATO, C., IRTI, C., IANNICELLI, M.A., SERRA, M.F., DI STEFANO, P. y BORTOLU, T.: “Italy report. Question 198”, en *Ibid.*, p. 1193.

⁶⁶ FARRUGIA, R.: “Malta report. Question 198”, en *Ibid.*, p. 1194.

⁶⁷ Art. 312.1 Cc rumano.

⁶⁸ MACZYNSKI, A.: “Poland report. Question 198”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 1195.

de los cónyuges por cuanto no han elegido o diseñado un “nuevo” régimen económico matrimonial, hacía referencia a la posibilidad de modificar el contenido básico -principalmente, la composición, administración y distribución del patrimonio en caso de disolución- de los regímenes económico matrimoniales secundarios legales –comunitarios, de participación o de separación-, existiendo también aquí una enorme diversidad en los Estados miembro.

A) Así, en primer lugar, por lo que respecta a la composición del patrimonio, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos donde se prevé un régimen económico matrimonial legal de tipo comunitario (por ejemplo, Bélgica⁶⁹, Francia⁷⁰, Hungría⁷¹ y España⁷²) permiten la modificación de dicho régimen económico matrimonial de tal modo que bienes que, *a priori*, serían considerados como comunes pasaran a ser privativos y viceversa. Por su parte, en los Estados miembro en que se contiene un régimen legal de tipo participación, como por ejemplo la comunidad diferida de los países nórdicos, un acuerdo de este tipo consistiría en que determinados bienes que, en principio formarían parte de la comunidad diferida, constituyan patrimonio reservado de uno de los cónyuges. Con carácter similar, y también en la tipología de los regímenes de participación, en el régimen legal de la comunidad de las ganancias acumuladas de Alemania la

⁶⁹ PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: “Belgium report. Question 199.”, en *Ibíd.*, p. 1200.

⁷⁰ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 199.”, en *Ibíd.*, pp. 1204-1205 y arts. 1498-1501 y 1526 Cc francés.

⁷¹ WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: “Hungary report. Question 199” en *Ibíd.*, p. 1210.

⁷² GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 199” en *Ibíd.*, p. 1214 y art. 1355 Cc español.

modificación de la composición del patrimonio versaría sobre la exclusión de determinados bienes del patrimonio inicial.

B) En relación con la administración del patrimonio y su posibilidad de modificación mediante pactos o capitulaciones matrimoniales, los Estados miembro que contienen en sus legislaciones un régimen legal de tipo comunitario oscilan entre aquellos que no permiten modificar tales reglas (por ejemplo, Bélgica⁷³, Portugal⁷⁴ o Malta⁷⁵), y aquellos que sí (por ejemplo, Lituania⁷⁶, Holanda⁷⁷, Eslovaquia⁷⁸ y España⁷⁹). Por otro lado, en los regímenes legales que puede ser calificados de participación, como el régimen económico matrimonial legal de la comunidad de las ganancias acumuladas de Alemania, es perfectamente posible que uno de los cónyuges encargue la administración del patrimonio al otro, sin embargo, basta para ello un contrato privado entre las partes y no resulta necesario el soporte de las capitulaciones matrimoniales⁸⁰. Finalmente, en el régimen económico matrimonial de la comunidad diferida, que también puede ser calificado como un régimen de participación, debe tenerse presente que, con carácter general, el

⁷³ PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: “Belgium report. Question 199”, en *Ibíd.*, p. 1200.

⁷⁴ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 199” en *Ibíd.*, p. 1212 y arts. 1699 párr. 1 Cc portugués.

⁷⁵ FARRUGIA, R.: “Malta report. Question 199”, en *Ibíd.*, p. 1211 y art. 1238 Cc Malta.

⁷⁶ MIKELENAS, V.: “Lithuania report. Question 199”, en *Ibíd.*, p. 1210.

⁷⁷ BOELE-WOELKI, K., SCHONEWILLE, F. y SCHRAMA, W.: “The Netherlands report. Question 199”, en *Ibíd.*, p. 1211.

⁷⁸ HATAPKA, M.: “Slovakia report. Question 199”, en *Ibíd.*, p. 1214.

⁷⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 199” en *Ibíd.*, p. 1214 y art. 1375 Cc español.

⁸⁰ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 112.

contenido de tales acuerdos no versa sobre las reglas de administración, sino sobre la composición del patrimonio y la distribución al tiempo de la disolución⁸¹.

C) En último lugar, los distintos Estados miembro permiten, respecto de sus regímenes legales, alterar las reglas de distribución del patrimonio al tiempo de su disolución mediante el acuerdo de los cónyuges. En este sentido, en los Estados miembro que consagran un régimen legal de tipo comunitario resulta perfectamente posible alterar la regla general acerca del reparto de la masa neta común de la comunidad por mitades iguales, con excepción de Polonia⁸² y Portugal⁸³. Por su parte, en los ordenamientos jurídicos que contienen un régimen legal de participación, como por ejemplo, la comunidad de las ganancias acumuladas de Alemania, se pueden establecer diferentes ratios acerca de las ganancias que un cónyuge debe compartir con el otro). Por último, en el régimen económico matrimonial de la comunidad diferida, perteneciente también a la tipología de régimen matrimonial de participación, se permite la alteración en la distribución del patrimonio excluyendo del reparto algunos bienes que formen parte de la comunidad diferida⁸⁴.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 113.

⁸² MACZYNSKI, A.: "Poland report. Question 199", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 1212.

⁸³ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: "Portugal report. Question 199" en *Ibíd.*, p. 1212.

⁸⁴ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 114.

En definitiva, los acuerdos relativos al régimen económico matrimonial, que conforman el contenido básico de los pactos o capitulaciones matrimoniales, permiten el ejercicio de la autonomía de la voluntad material en distintos niveles. Uno, de “rango superior”, en el que los cónyuges pueden, o bien diseñar un régimen económico matrimonial propio, acorde con sus intereses o deseos, o bien elegir un determinado régimen económico matrimonial contenido en la propia legislación que regula el régimen económico matrimonial. De otro lado, en lo que supone un ejercicio de la autonomía de la voluntad más limitado, los cónyuges pueden decidir “mantenerse” en el régimen legal previsto en el ordenamiento jurídico al que se encuentran sometidos, mas alterar aspectos concretos del mismo, en especial, los relativos a la composición, administración o distribución patrimonial.

b. Otros pactos sobre materias de carácter económico

Pese a que el contenido típico y común de los pactos o capitulaciones matrimoniales encuentran su razón de ser en la elección, diseño o modulación de un régimen económico matrimonial, lo cierto es que la expansión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en esta materia permite, en algunos Estados miembro, ampliar el contenido del pacto capitular a otro tipo de acuerdos de contenido económico⁸⁵.

En particular, se está haciendo referencia a los acuerdos celebrados entre los cónyuges o futuros cónyuges donde se contemplan las

⁸⁵ CERVILLA GARZÓN, M.D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 24.

consecuencias de una posible ruptura familiar por separación o divorcio⁸⁶. Su contenido puede versar sobre aspectos patrimoniales y personales de los cónyuges, resultando especialmente comunes los acuerdos referentes a la liquidación del régimen económico matrimonial en la separación de bienes -modulando, en particular, la compensación por el trabajo para la casa- y los relativos a la pensión compensatoria o similar⁸⁷. En cualquier caso, están fuera de todo contrato las materias que afecten a los hijos o que coloquen a uno de los cónyuges en una situación desproporcionada⁸⁸.

Los Estados miembro de la Unión Europea se dividen entre aquellos que no permiten realizar acuerdos anticipando las consecuencias financieras del divorcio (Francia⁸⁹ o Bélgica⁹⁰) y aquellos que sí (Alemania⁹¹ o dentro de España, Cataluña⁹²). Dentro de este último grupo, resulta relevante indicar que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada a los casos en que se descuiden las necesidades básicas, no se respete el interés superior del menor o resulte gravemente perjudicado uno

⁸⁶ AÑOVEROS TERRADAS, B.: “Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm.10, 2010, p. 442.

⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 447-448.

⁸⁸ CERVILLA GARZÓN, M.D.: *Los acuerdos prematrimoniales...*, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁹ FERRAND, F.: “France report. Question 102”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Maintenance between former spouses*, vol. III, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2003, p. 150.

⁹⁰ PINTENS, W. y TORFS, E.: “Belgium report. Question 102” en *Ibíd.*, p. 144.

⁹¹ Art. 1408.2 y 1585.c) Cc alemán.

⁹² Art. 231-20 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGCI núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010) (en adelante, Cc Cataluña).

de los cónyuges, pudiendo en estos casos intervenir la autoridad judicial correspondiente para modular el contenido del acuerdo⁹³.

Por su parte, en el régimen general civil de España, no se contiene normativa específica sobre los acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura, habiendo existido una enorme discusión al respecto. En este sentido, parte del debate gira en torno a si ciertas disposiciones del Código civil español, como el art.1325, que permite a los cónyuges establecer “cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio” o el art. 1255, referente a la libertad contractual, sí permiten pactar sobre otras consecuencias económicas del divorcio o no⁹⁴. La polémica, empero, parece zanjada en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011⁹⁵, que determinó expresamente la validez y ejecución de este tipo de acuerdos.

En definitiva, la autonomía de la voluntad va encontrando nuevas áreas de expansión en algunos Estados miembro, permitiendo un contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales más allá de la

⁹³ Sobre tales límites, *vid.*, DUTTA, A.: “Marital agreements and private autonomy in Germany”, en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart, Oxford pp. 176-183 y en Cataluña, ALLUEVA AZNAR, L.: “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *Indret*, núm. 1, 2013, p. 13.

⁹⁴ Sobre este particular, *vid.*, la doctrina propuesta por AÑOVEROS TERRADAS, B.: “Los pactos prematrimoniales...”, *op. cit.*, p. 445; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, en GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C. (coord.): *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Madrid, 2009, pp. 102-118; REBOLLEDO VARELA, A.L.: “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)”, en GÓMEZ GALLIGO, F.J. (coord.): *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 735-755; PINTO ANDRADE, C.: *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, Barcelona, 2010 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011.

⁹⁵ RJ 2011/3137.

propia elección o modificación de un determinado régimen económico matrimonial.

*B. Límites a la eficacia de los pactos o capitulaciones
matrimoniales*

Examinado el contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales, que como se ha demostrado trascienden de la propia elección del régimen económico matrimonial para ir descubriendo nuevas posibilidades –en particular, la regulación de las consecuencias financieras de un divorcio, siempre que éstas resulten disponibles para las partes– resulta pertinente examinar hasta qué punto las condiciones establecidas en el mismo resultan perfectamente ejecutables o si, por el contrario, es posible que exista intervención judicial modificando o ajustando el contenido de tales acuerdos. Tal circunstancia actúa como límite a la eficacia de los pactos o capitulaciones matrimoniales y, por ende, como contrapeso a la autonomía de la voluntad materia ofrecida.

En todos los ordenamientos de derecho civil de la Unión Europea, los pactos o capitulaciones, aunque son un tipo de contrato especial enmarcado en el derecho de familia, están sujetos a las normas generales de las obligaciones contractuales⁹⁶. En virtud de ello, cuando el contenido del acuerdo matrimonial vulnere el orden público o las normas imperativas, e incluso cuando la ley exija una determina forma *ad*

⁹⁶ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 135.

solemnitatem que no se cumple, se producirá la nulidad del negocio jurídico. Del mismo modo, los vicios de la voluntad -por ejemplo, error, dolo, intimidación, vicio o miedo grave- acarrearán la anulabilidad de los pactos o capitulaciones matrimoniales como si de un contrato normal se tratara.

Sin embargo, junto a este entramado normativo de base, en algunos de los Estados miembro de la UE analizados se contienen normas especiales en materia de derecho de familia que permiten la intervención judicial respecto del contenido del acuerdo y que vienen a complementar las sanciones propias de la invalidez del régimen general contractual⁹⁷. Cada uno de los ordenamientos perteneciente a este segundo grupo presenta particularidades por los que respecta al carácter vinculante de los pactos o capitulaciones matrimoniales.

A) Así, por ejemplo, en Finlandia, un cónyuge puede solicitar la revisión del acuerdo matrimonial para que se ajuste la distribución de los bienes al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial⁹⁸. En este sentido, el juez debe valorar si el mantenimiento del acuerdo produce un resultado injusto o si uno de los cónyuges recibe un beneficio económico desigual, teniendo en cuenta factores como la duración del matrimonio, la contribución de cónyuges a las tareas del hogar y los bienes y recursos disponibles de ambos⁹⁹. Si finalmente el juez determina que se producen dichas circunstancias, tendrá lugar la modificación o ajuste del acuerdo,

⁹⁷ *Ibid.*, p. 136.

⁹⁸ KURKI-SUONIO, K.: “Finland report. Question 201”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European Family...*, *op. cit.*, p. 1229.

⁹⁹ Art. 103.b.1 Ley matrimonial de Finlandia.

pudiendo establecer, por ejemplo, que un cónyuge no reciba un bien que iba formar parte de la comunidad diferida para ser distribuido o incluyendo en el reparto algunos bienes que estaban, *a priori*, excluidos¹⁰⁰.

B) Por su parte, en Alemania, a pesar de estar perfectamente consagrada la libertad contractual de los cónyuges en relación con su régimen económico matrimonial, el juez puede examinar si una distribución inequitativa de las cargas emanada del contenido del acuerdo vulnera el “núcleo duro” que debe respetarse en todos los casos relacionados con las consecuencias del divorcio¹⁰¹.

C) También Lituania contiene una regulación detallada de casos en los que un contrato matrimonial es nulo de pleno derecho y, por tanto, apto para ser revisado judicialmente. Destacan, entre otros, la violación grave del principio de igualdad entre los cónyuges, o el carácter desfavorable del contenido del acuerdo para uno de ellos¹⁰².

D) Por último, en Hungría, pese a que se aplican las reglas generales de los contratos, parece existir cierta protección en relación con la parte más débil de la relación jurídica y también por los que respecta a los hijos comunes. En este sentido, por ejemplo, si en un pacto o capitulación matrimonial celebrado antes del matrimonio se establece que uno de los cónyuges abandonará la vivienda familiar

¹⁰⁰ *Ibíd.*, art. 103.b.2.

¹⁰¹ DETHLOFF, N. y MARTINY, D.: “German report. Question 201”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European Family...*, *op. cit.*, pp. 1230-1231.

¹⁰² Art. 3105 Cc lituano.

al tiempo de la disolución del régimen económico por divorcio y sin recibir contraprestación alguna, el juez podrá intervenir teniendo en cuenta las circunstancias del caso¹⁰³.

De este modo, puede afirmarse que el contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales, sobre que el que se refleja la creciente relevancia de la autonomía de la voluntad en esta materia, se encuentra con una importante limitación en algunos Estados miembro derivada, no sólo del cumplimiento de las normas generales de derecho de contratos, sino también por la intervención del juez para modular el contenido del acuerdo si éste resulta perjudicial, bajo determinadas circunstancias y para alguna de las partes involucradas, en el momento de ejecutarse.

3.1.3. *La modificación de los pactos o capitulaciones matrimoniales*

La consagración de la autonomía de la voluntad como motor esencial del régimen económico matrimonial tiene una manifestación adicional en el derecho reconocido a las partes a modificar el marco de sus relaciones económicas. En otras palabras, a modificar su régimen económico a lo largo de su matrimonio. En coherencia con la situación existente en los distintos Estados miembro en relación con la capacidad de las partes de conformar su modelo económico, también en lo referente a la modificación del régimen económico matrimonial inicialmente elegido por las partes, se trata de una posibilidad prevista en todos los

¹⁰³ WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: “Hungary report. Question 201”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European Family...*, *op. cit.*, pp. 1232-1233.

ordenamientos jurídicos de los Estados miembro analizados, a excepción de Portugal¹⁰⁴.

El reconocimiento generalizado de esta posibilidad, sin embargo, se encuentra igualmente rodeada de peculiaridades en cada derecho interno en lo referente a extremos tales como el plazo para poder modificar el régimen, los elementos formales de este cambio, la amplitud del mismo, etc.

1) Así, por lo que respecta a la fijación de un plazo mínimo para llevar a cabo el cambio en el régimen económico matrimonial, por ejemplo, el derecho *francés*¹⁰⁵ establece que debe haber transcurrido un lapso de tiempo de dos años desde que se constituyó el régimen económico matrimonial anterior.

2) Por otro lado, cabe decir que la anterior regulación de los Códigos civiles belga¹⁰⁶ y francés¹⁰⁷, requería de la homologación judicial para poder llevar a cabo el cambio de régimen económico matrimonial. Con todo, la homologación judicial en Francia¹⁰⁸ todavía es requerida cuando los cónyuges tienen hijos menores de edad o cuando los acreedores de los cónyuges se oponen a tal cambio.

3) Una tercera peculiaridad se encuentra en Rumania, donde por su parte, el régimen económico matrimonial elegido en los pactos o capitulaciones matrimoniales puede modificarse mediante dos vías, la

¹⁰⁴ Art. 1714 Cc portugués.

¹⁰⁵ Art. 1397 Cc francés.

¹⁰⁶ Antiguo art. 1395 Cc belga.

¹⁰⁷ Antiguo art. 1391 Cc francés.

¹⁰⁸ Art. 1397.5 Cc francés.

convencional y la judicial. El cambio convencional puede realizarse transcurrido un año desde la celebración del matrimonio¹⁰⁹. Este cambio puede consistir en la sustitución de un régimen matrimonial por otro o en la modificación del ya existente (cambiar sólo el régimen de uno o varios bienes, alterar las reglas referentes a la administración de bienes o diseñar la liquidación del régimen según las preferencias de los cónyuges)¹¹⁰. De otra parte, si el régimen de aplicación entre los cónyuges es uno de tipo comunitario y uno de los cónyuges ha realizado actos de disposición en contra del interés patrimonial de la familia, el Tribunal puede acordar, a solicitud de uno de los cónyuges, que el régimen económico matrimonial sea, en adelante, la separación de bienes¹¹¹.

3.1.4. Requisitos formales de los pactos o capitulaciones matrimoniales

Siendo importantes todas las peculiaridades descritas, y asumida la capacidad de las partes de articular su régimen económico a partir del principio de autonomía de la voluntad, la dimensión formal presente una especial trascendencia en este ámbito, tanto en lo referente a la conformación del régimen económico matrimonial, como a su modificación.

La forma es necesaria en cuanto elemento de publicidad frente a terceros de los acuerdos alcanzados, de ahí en que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de derecho civil de la Unión Europea los pactos o

¹⁰⁹ Art. 369.1 Cc rumano.

¹¹⁰ *Ibid.*, art. 367 Cc.

¹¹¹ *Ibid.*, art. 370.1 Cc.

capitulaciones matrimoniales deban revestir forma notarial (Austria¹¹², Alemania¹¹³, Lituania¹¹⁴, Francia¹¹⁵, Bélgica¹¹⁶...) ¹¹⁷.

Esta regla general que exige formas solemnes a las partes con vistas a lograr la plena efectividad de los pactos o capitulaciones por ellos pactos en relación con su régimen económico matrimonial cuenta, sin embargo, con ciertas excepciones en algunos ordenamientos jurídicos de la Unión Europea de tradición civilista.

Así, por ejemplo, Hungría permite la celebración de capitulaciones mediante documento privado¹¹⁸ y en Portugal pueden celebrarse no sólo mediante escritura pública, sino también ante el encargado del Registro civil¹¹⁹. Por su parte, en Rumania, los pactos o capitulaciones deben realizarse mediante escrito autenticado ante notario, con el consentimiento expreso de todas las partes, o por mandatario previsto con poderes de autenticación, pues de lo contrario se considerarán nulos¹²⁰.

¹¹² Art. 1.1.a) Ley notarial austríaca.

¹¹³ Art. 1410 Cc alemán.

¹¹⁴ Art. 3103 Cc lituano.

¹¹⁵ Art. 1394 Cc francés.

¹¹⁶ Art. 1392 Cc belga.

¹¹⁷ En virtud de ello, la función del notario en dichos ordenamientos jurídicos consistirá en informar a las partes acerca del contenido y alcance del acuerdo, así como las repercusiones jurídicas que implica. Dicha tarea resulta obligatoria y consustancial para los notarios de estos Estados, y su incumplimiento puede acarrear una sanción (BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 126-128).

¹¹⁸ Ley 27.3 Ley de derecho de familia de Hungría.

¹¹⁹ Art. 1710 Cc portugués.

¹²⁰ Art. 330.1 Cc rumano.

Mención aparte merecen los sistemas nórdicos (Suecia¹²¹, Dinamarca¹²² y Finlandia¹²³), donde la validez del contrato matrimonial depende de que conste por escrito, sea firmado por ambas partes y publicado en el Registro competente.

3.1.5. *La publicidad de los pactos o capitulaciones matrimoniales y eficacia frente a terceros*

Los requisitos solemnes de forma exigidos en determinados Estados a los pactos o capitulaciones matrimoniales concluidos por las partes vienen directamente vinculados, como ya se ha apuntado, a la exigencia de proteger el tráfico jurídico y las expectativas de terceros. En esta tarea, el complemento lógico de la exigencia de forma solemne es el de publicidad del régimen económico matrimonial pactado por las partes.

La publicidad del régimen económico matrimonial es especialmente importante para los terceros, al facilitarles el conocimiento del régimen rector elegido por los cónyuges. Así, una vez registrado, no sólo es susceptible de conocimiento público sino que, directamente deviene oponible a todo tercero que contrata con los cónyuges. Esto provoca, *sensu contrario*, que si no se han cumplido las correspondientes medidas de publicidad previstas en el ordenamiento jurídico en el que se pretende hacer valer el pacto o capitulación matrimonial, éste no podrá ser invocado por los cónyuges.

¹²¹ Art. 7.3. 2-3 Código matrimonial de Suecia

¹²² Arts. 35 y 37 Ley danesa de los efectos legales del matrimonio.

¹²³ Arts. 42, 43, 44 y 66 Ley matrimonial de Finlandia.

Con todo, debe tenerse en cuenta que su falta de publicidad en alguno de los registros previstos en cada Estado miembro para tal fin únicamente provoca su inaptitud para ser oponible si el tercero que potencialmente contrata con los cónyuges tuvo buena fe, es decir, debe quedar probado que no conocía bajo ninguna circunstancia que aquellos habían celebrado un contrato matrimonial, pues de lo contrario, éste deviene perfectamente oponible.

En derecho comparado europeo existen básicamente dos sistemas de publicidad¹²⁴. En primer lugar, aquellos ordenamientos jurídicos que crean un registro *ad hoc* de los pactos o capitulaciones matrimoniales, solución recogida en Estados como Alemania¹²⁵, Lituania¹²⁶, Rumania¹²⁷, Letonia¹²⁸, Holanda¹²⁹, de suerte que dicho acuerdo solo surtirá efecto en relación con los terceros desde su publicación en tal registro.

Por otro lado, otros sistemas jurídicos, como el italiano¹³⁰, español¹³¹ o belga¹³² reutilizan alguno de los Registros existentes en su derecho interno —Registro Civil, Registro Mercantil o Registro de la propiedad—

¹²⁴ SIMO SANTOJA, V.L.: “Matrimonial property regimes in private comparative international law”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año núm. 56, núm. 539, 1980, p. 866; CÁMARA LAPUENTE, S.: “Los sistemas registrales en el marco del derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos”, *Anuario de derecho civil*, vol. 57, núm. 3, 2004, pp. 929–1002.

¹²⁵ Art. 1412 Cc alemán.

¹²⁶ Art 3.103 Cc lituano.

¹²⁷ Art. 334.5 Cc rumano.

¹²⁸ Art. 115 Cc letón.

¹²⁹ Art. 1:116 y art. 1:120 Cc holandés.

¹³⁰ Art. 162. párr. 4 y art. 2647. 1 Cc italiano.

¹³¹ Art. 1333 Cc español/ art. 75 Reglamento Hipotecario/ art. 22 Código de Comercio y arts. 87.6 y 92 Reglamento Registro Mercantil.

¹³² Art. 76.10 Cc belga/ art. 1. párr. 1. Ley belga reguladora de las hipotecas de 1851/ art. 12 Código de comercio belga.

para ofrecer la posibilidad de publicar el contenido del acuerdo matrimonial. En estos ordenamientos jurídicos, la existencia de un contrato matrimonial con efectos sobre los terceros está igualmente supeditada a la publicidad en alguno de los Registros existentes, existiendo particularidades en cada sistema acerca de la prevalencia de algún Registro sobre los demás, o acerca del modo concreto de acceder a la información en cada Registro.

Junto a los anteriores ejemplos, existen, sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos que no prevén ningún tipo de registro para los pactos o capitulaciones matrimoniales¹³³. Son los casos de Polonia¹³⁴, Eslovaquia¹³⁵ y Hungría¹³⁶, donde los cónyuges están obligados a informar a los terceros que han otorgado capitulaciones si quieren que éstas sean oponibles.

3.2. *El régimen económico matrimonial secundario legal*

En aquellos casos en que la autonomía de la voluntad no ha sido ejercida por los cónyuges, es decir, cuando no se han celebrado pactos o capitulaciones matrimoniales eligiendo un régimen económico matrimonial –el régimen económico matrimonial secundario pactado-, se produce la entrada en escena del régimen económico matrimonial

¹³³ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 133.

¹³⁴ MACZYNSKI, A.: “Poland report. Question 194.”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European Family...*, *op. cit.*, p. 1166.

¹³⁵ HATAPKA, M.: “Slovakia report. Question 194”, en *Ibíd.*, p. 1167.

¹³⁶ WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: “Hungary report. Question 194”, en *Ibíd.*, p. 1167.

secundario legal, que tiene un carácter supletorio. Dicho régimen, que junto con el pactado forma parte del concepto de régimen económico matrimonial secundario, hace referencia al modo en que el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembro regula el patrimonio de los cónyuges cuando éstos no hayan dispuesto otra cosa.

A pesar de que los distintos regímenes económico matrimoniales legales contenidos en las legislaciones nacionales de los Estados miembro presentan grandes peculiaridades pueden, sin embargo, ser clasificados en tres grandes grupos: comunitarios, de participación y de separación.

1) En el primero de ellos, los regímenes de tipo comunitario (II.3.2.1), se forma una comunidad de bienes entre los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio, que será dividida por partes iguales cuando éste se disuelva. Como puntos fuertes de los regímenes que se enmarcan en esta tipología se han destacado la promoción de la solidaridad entre los cónyuges, la conveniencia para aquellos matrimonios en los que sólo uno de ellos es propietario de bienes o tiene acceso al mercado laboral, y su sencillez al tiempo de su disolución, pues los bienes se repartirán, como norma general, a partes iguales.

2) Por su parte, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro que contienen regímenes legales de tipo participación (II.3.2.2.) existe una separación de patrimonios durante la vigencia del matrimonio que, en el momento de su disolución, produce un derecho de participación en las ganancias o beneficios patrimoniales del otro cónyuge. Los regímenes de tipo participación pueden, a su vez, ser clasificados en otra tipología más específica: la comunidad diferida y la comunidad de las

ganancias acumuladas, cuyas diferencias serán analizadas posteriormente en profundidad. Este tipo de régimen económico matrimonial parece resultar la más adecuada para promocionar la independencia de los cónyuges y además es especialmente apta cuando ambos cónyuges trabajan fuera del hogar o poseen patrimonio propio.

3) En último lugar, se encuentran los regímenes legales que pueden ser calificados de separación (II.3.2.3), que consisten en la separación de patrimonios durante la vigencia del matrimonio, pero que al tiempo de su disolución no generan derecho de participación alguno sino, a lo sumo, un derecho de compensación para el cónyuge que ha sufrido un desequilibrio patrimonial.

En las próximas páginas se analizarán estos tres grandes grupos de regímenes matrimoniales, haciendo especial hincapié en la composición y administración del patrimonio, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, y el destino final del patrimonio en el momento de la extinción del mismo respecto de cada uno de ellos.

3.2.1. Los regímenes comunitarios

A. Introducción

En la mayoría de los sistemas de derecho civil que siguen la tradición napoleónica, el régimen económico matrimonial legal es, aunque con distintas peculiaridades, uno de tipo comunitario, en virtud del cual se entiende que el matrimonio genera entre los cónyuges una comunidad de bienes que será repartida por partes iguales en el momento en que se produzca la disolución del régimen económico matrimonial.

Los regímenes económico matrimoniales que pueden ser calificados en este grupo ocupan un papel protagonista en los Estados miembro de la Unión Europea, al ser éste el régimen legal en Bélgica¹³⁷, Bulgaria¹³⁸, República Checa¹³⁹, Francia¹⁴⁰, Hungría¹⁴¹, Italia¹⁴², Lituania¹⁴³, Malta¹⁴⁴, Polonia¹⁴⁵, Portugal¹⁴⁶, Rumania¹⁴⁷, Eslovaquia¹⁴⁸ y España¹⁴⁹. Un supuesto especial lo constituye Holanda¹⁵⁰, donde salvo acuerdo en contrario de los cónyuges rige una comunidad universal de bienes.

Todos los regímenes legales de dichos Estados miembro presentan un cierto grado de uniformidad, compartiendo características y principios comunes. Sin embargo incorporan interesantes peculiaridades en relación con la composición y administración del patrimonio y la disolución y liquidación de la comunidad de bienes formada con ocasión del matrimonio.

¹³⁷ Art. 1398 Cc belga.

¹³⁸ Art. 18 Código de familia búlgaro.

¹³⁹ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, op. cit., p. 219.

¹⁴⁰ Art. 1400 Cc francés.

¹⁴¹ WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: "Hungary report. Question 16", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, op. cit., p. 246.

¹⁴² Art. 159 Cc italiano.

¹⁴³ MIKELENAS, V.: "Lithuania report. Question 16", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, op. cit., p. 246.

¹⁴⁴ FARRUGIA, R.: "Malta report. Question 16", en *Ibid.*, p. 247.

¹⁴⁵ MACZYNSKI, A.: "Poland report. Question 16", en *Ibid.*, p. 247.

¹⁴⁶ Art. 1717 Cc portugués.

¹⁴⁷ Art. 312 Cc rumano.

¹⁴⁸ HATAPKA, M.: "Slovakia report. Question 16", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, op. cit., p. 247.

¹⁴⁹ Art. 1316 Cc español.

¹⁵⁰ Art. 1:93 Cc holandés.

B. La composición del patrimonio en los regímenes comunitarios

Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro que contienen un régimen económico matrimonial legal de tipo comunitario coinciden en su tendencia a distinguir, usualmente, tres masas patrimoniales bien diferenciadas: la propia de cada uno de los cónyuges y la común de ambos. Este punto de partida común se acompaña de la presencia de ligeras variaciones en cuanto a la pertenencia de determinados bienes a uno de estos grupos.

La existencia de estas tres masas, las privativas de cada uno de los cónyuges y la común genera una primera cuestión a resolver sobre la que se articula todo el modelo: qué se entiende por masa común de los cónyuges como diferenciada de la de cada uno de ellos y, como base de lo anterior, qué factores son los que van a permitir calificar a un bien como común¹⁵¹. Estos factores son plurales y de naturaleza diversa.

1) En primer lugar, se tiende a referir al factor temporal como elemento determinante a la hora de calificar a un bien como común de los cónyuges. Así, únicamente los bienes adquiridos con posterioridad a la celebración del matrimonio y al posterior nacimiento del régimen económico matrimonial formarán parte de la comunidad de bienes de los cónyuges. Esta premisa se cumple en todos los Estados que se han mencionado en la introducción, con la excepción de Holanda¹⁵², que

¹⁵¹ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁵² BOELE-WOELKI, K., SCHONEWILLE, F. y SCHRAMA, W.: "The Netherlands report. Question 25", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 224.

incluye dentro de la comunidad todos los bienes que los cónyuges poseyeran antes de iniciarse el régimen económico matrimonial –esto es, antes de celebrarse el matrimonio- y Hungría¹⁵³, que considera como comunes de ambos cónyuges algunos bienes adquiridos durante el eventual periodo de cohabitación previo al matrimonio.

2) Un segundo factor a considerar para determinar qué conforma la masa patrimonial común de ambos cónyuges es la naturaleza u origen del bien. En este sentido, parece existir cierto consenso en todos los Estados analizados en cuanto a que la masa común de ambos cónyuges está compuesta, como mínimo, por las adquisiciones a título oneroso de bienes realizadas por los cónyuges conjunta o separadamente durante el matrimonio, por las ganancias obtenidas por los cónyuges durante el matrimonio, por las rentas procedentes de los bienes gananciales y propios y por las liberalidades concedidas conjuntamente a ambos cónyuges o las atribuciones a uno de ellos cuando el disponente establezca que deben pertenecer a la comunidad ganancial¹⁵⁴.

A partir de esta la premisa general, los regímenes económico matrimoniales de tipo comunitario oscilan entre aquellos donde se sigue un enfoque más restringido en relación con la noción de masa común –por ejemplo Bulgaria¹⁵⁵, donde dicha masa patrimonial se compone sólo de los bienes, derechos sobre los bienes y cuentas bancarias abiertas por los

¹⁵³ WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: “Hungary report. Question 25”, en *Ibíd.*, p. 334.

¹⁵⁴ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 225-228.

¹⁵⁵ TODOROVA, V.: “Bulgaria report. Question 25”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 360.

cónyuges durante el matrimonio como resultado de su “contribución común”, a otro más amplios –por ejemplo Holanda¹⁵⁶, donde no sólo se consideran comunes los bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio, sino también las donaciones, herencias o legados, a menos que el disponente indique lo contrario-.

De otra parte, el contenido del patrimonio propio de los cónyuges viene delimitado, igualmente, a partir de diversos principios y reglas, algunos de los cuales se han apuntado al delimitar negativamente la masa común.

1) Así, en primer lugar, se atiende al criterio temporal de adquisición de los bienes. En tal sentido, se considerarán como bienes privativos de cada cónyuge los adquiridos antes de la constitución del régimen económico matrimonial. Recuérdese que esta regla encuentra unas excepciones en los casos de Holanda y Hungría, donde se mantiene un enfoque más amplio.

2) También serán de cada cónyuge las donaciones, herencias y legados recibidos durante el régimen, pudiendo aquí distinguirse entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro en cuyos regímenes legales el disponente puede indicar que un bien pertenezca a la comunidad, como por ejemplo España¹⁵⁷, Francia¹⁵⁸ y Portugal¹⁵⁹, y otros donde el disponente no puede excepcionar la pertenencia de un bien al

¹⁵⁶ Art. 1:93 y 1:94. 1º párr. Cc holandés.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 27” en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 381.

¹⁵⁸ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 27”, en *Ibíd.*, p. 379.

¹⁵⁹ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 27”, en *Ibíd.*, p. 380.

patrimonio privativo, como es el caso de la República Checa¹⁶⁰ o Eslovaquia¹⁶¹.

3) Por último, y aunque los bienes de naturaleza personal – básicamente la ropa y los objetos personales de cada cónyuge y los bienes propios de la profesión- pertenecen con carácter general privativamente a cada uno de los cónyuges, existen discrepancias si se realiza un examen detallado de la regulación existente en relación con ellos en los diversos Estados miembro de la Unión. Así, por ejemplo, algunos Estados como Austria¹⁶², Bulgaria¹⁶³ o Portugal¹⁶⁴ consideran los derechos de propiedad intelectual e industrial como privativos, recibiendo también tal clasificación las indemnizaciones de daños morales en Bélgica¹⁶⁵, Francia¹⁶⁶, Italia¹⁶⁷, Lituania¹⁶⁸ y Portugal¹⁶⁹.

Junto a lo anterior, y como consecuencia lógica de ello, todos los Estados miembro donde rige un régimen legal de tipo comunitario trazan una distinción entre el tipo de deuda –privativa o ganancial- y el modo en que los terceros pueden satisfacer su deuda –básicamente si responde la masa común o el patrimonio privativo del cónyuge que contrajo la deuda-.

¹⁶⁰ MELZER, F. y HRUSAKOVÁ, M.: “Czech Republic report. Question 63”, en *Ibíd.*, p. 633.

¹⁶¹ HATAPKA, M.: “Slovakia report. Question 27”, en *Ibíd.*, p. 380.

¹⁶² ROTH, M.: “Austria report. Question 22”, en *Ibíd.*, p. 327.

¹⁶³ TODOROVA, V.: “Bulgaria report. Question 22”, en *Ibíd.*, pp. 328-330.

¹⁶⁴ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 22”, en *Ibíd.*, pp. 339-340.

¹⁶⁵ Art. 1401 Cc belga.

¹⁶⁶ Art. 1401 párr. 1º Cc francés.

¹⁶⁷ Art. 179 Cc italiano.

¹⁶⁸ Art. 3.89 Cc lituano.

¹⁶⁹ Art. 1733 párr. 1.d) Cc portugués.

1) En relación con la primera cuestión, la relativa al tipo de deuda, privativa o ganancial, los diversos regímenes de tipo comunitario de ordenamientos jurídicos de la Unión Europea presentan características comunes en cuanto a la consideración como deudas gananciales de aquellas contraídas conjuntamente, aquellas relacionadas con las necesidades familiares (vivienda, alimentación de los hijos, etc) o aquellas provenientes de la administración de los bienes gananciales¹⁷⁰. Existen, empero, dos ordenamientos jurídicos que adoptan un enfoque más amplio de deudas gananciales: Holanda¹⁷¹, que considera todas las deudas contraídas antes o durante el matrimonio como comunes de ambos cónyuges –con excepción de algunas deudas íntimamente relacionadas con el cónyuge que sí se consideran privativas- y Polonia¹⁷², que entiende que las deudas contratadas por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro también son gananciales.

Una situación peculiar se plantea en relación con las deudas emanadas del ejercicio de la actividad profesional. Es ésta una de las cuestiones que más divergencias despierta entre los Estados de la Unión, pues en algunos de ellos se califican como personales (Austria¹⁷³, Bulgaria¹⁷⁴, Italia¹⁷⁵, Lituania¹⁷⁶ y Polonia¹⁷⁷), mientras que en otros lo

¹⁷⁰ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 248.

¹⁷¹ BOELE-WOELKI, K., SCHONEWILLE, F. y SCHRAMA, W.: “The Netherlands report. Question 31”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 407.

¹⁷² MACZYNSKI, A.: “Poland report. Question 31”, en *Ibid.*, p. 407.

¹⁷³ ROTH, M.: “Austria report. Question 30 and 31”, en *Ibid.*, pp. 397 y 403.

¹⁷⁴ TODOROVA, V.: “Bulgaria report. Question 30”, en *Ibid.*, p. 398.

¹⁷⁵ PATTI, S., CARICATO, C., IRTI, C., IANNICELLI, M.A., SERRA, M.F., DI STEFANO, P. y BORTOLU, T.: “Italy report. Question 30”, en *Ibid.*, p. 399.

hacen bien como comunes (Bélgica¹⁷⁸, Francia¹⁷⁹, Holanda¹⁸⁰, Portugal¹⁸¹ y España¹⁸²).

Las deudas privativas, por su parte, están íntimamente relacionadas con el patrimonio personal de cada cónyuge recibiendo pues tal mención las provenientes de los bienes adquiridos antes del inicio de la comunidad, las derivadas de las donaciones, herencias y legados recibidos durante el régimen y las emanadas de los bienes personales. Del mismo modo, constituyen deudas privativas de los cónyuges aquellas que resultan ajenas a la comunidad por su naturaleza, tales como el pago de las sanciones impuestas a uno de los cónyuges por infracciones penales o las indemnizaciones de las condenas de delitos o cuasidelitos¹⁸³.

2) Por lo que respecta a la segunda cuestión, el modo en que los terceros pueden satisfacer sus deudas, es necesario distinguir entre aquellas que sean gananciales y aquellas que sean privativas. En relación con las deudas gananciales, en algunos de los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea (por ejemplo, Bulgaria¹⁸⁴ e Italia¹⁸⁵) dicho tipo de

¹⁷⁶ MIKELENAS, V.: "Lithuania report. Question 31", en *Ibid.*, pp. 405-406.

¹⁷⁷ MACZYNSKI, A.: "Poland report. Question 31", en *Ibid.*, p. 407.

¹⁷⁸ Art. 1407 Cc belga.

¹⁷⁹ FERRAND, F. y BRAAT, B.: "France report. Question 31", en *Ibid.*, p. 404.

¹⁸⁰ BOELE-WOELKI, K., SCHONEWILLE, F. y SCHRAMA, W.: "The Netherlands report. Question 30", en *Ibid.*, p. 399.

¹⁸¹ Art. 1791. párr. 1º Cc portugués.

¹⁸² Art. 1362.4 Cc español.

¹⁸³ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, op. cit., p. 258.

¹⁸⁴ TODOROVA, V.: "Bulgaria report. Question 33", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, op. cit., p. 420.

deudas deben ser saldadas tanto con la masa patrimonial común de ambos cónyuges como con los bienes privativos de cada cónyuge. En otros Estados, como Holanda¹⁸⁶, España¹⁸⁷ y Francia¹⁸⁸, deben distinguirse las situaciones en las que sólo un cónyuge es responsable, en cuyo caso el acreedor únicamente puede dirigirse contra los bienes gananciales y los bienes privativos del cónyuge deudor –a menos que se trate de deudas del hogar y la educación de los hijos-, y aquellas en las que ambos son responsables, donde sí se prevé el recobro no sólo de la masa patrimonial común, sino también respecto de la privativa de ambos.

Cuestión distinta es qué patrimonio podrá “atacar” primero el tercero, si el común o el propio de cada cónyuge, y en este punto los ordenamientos jurídicos también se dividen entre aquellos que no poseen reglas especiales (Bélgica¹⁸⁹, Bulgaria¹⁹⁰ y Francia¹⁹¹) y otros donde se determina que el acreedor deberá intentar cobrar su deuda primero de los bienes gananciales y si éstos no resultan suficientes, acudir a los privativos (Italia¹⁹², Lituania¹⁹³ y Portugal¹⁹⁴).

¹⁸⁵ PATTI, S., CARICATO, C., IRTI, C., IANNICELLI, M.A., SERRA, M.F., DI STEFANO, P. y BORTOLU, T.: “Italy report. Question 33”, en *Ibid.*, p. 422.

¹⁸⁶ BOELE-WOELKI, K., SCHONEWILLE, F. y SCHRAMA, W.: “The Netherlands report. Question 33”, en *Ibid.*, p. 423.

¹⁸⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 33” en *Ibid.*, p. 424.

¹⁸⁸ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 33”, en *Ibid.*, p. 420.

¹⁸⁹ PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: “Belgium report. Question 33”, en *Ibid.*, p. 418.

¹⁹⁰ TODOROVA, V.: “Bulgaria report. Question 33”, en *Ibid.*, pp. 419-420.

¹⁹¹ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 33”, en *Ibid.*, p. 420.

¹⁹² PATTI, S., CARICATO, C., IRTI, C., IANNICELLI, M.A., SERRA, M.F., DI STEFANO, P. y BORTOLU, T.: “Italy report. Question 33”, en *Ibid.*, p. 422.

¹⁹³ MIKELENAS, V.: “Lithuania report. Question 31”, en *Ibid.*, pp. 422.

¹⁹⁴ Art. 1695 párr. 1º Cc portugués.

Un aspecto relevante, directamente vinculado a todo lo anterior, es el referente al cobro de las deudas personales. Se entiende con carácter general, que tales deudas pueden ejecutarse respecto del patrimonio privativo de cada cónyuge y respecto de los bienes comunes, aunque existiendo importantes diferencias en relación con el modo en que puede afectarse al patrimonio y la masa patrimonial que puede afectarse primero. Sobre el modo de afección de la masa patrimonial común de los cónyuges, cada ordenamiento jurídico tiene sus peculiaridades, aunque podrían agruparse en aquellos que permiten el cobro de los bienes conyugales respecto de la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal (Italia¹⁹⁵, Lituania¹⁹⁶, Malta¹⁹⁷, Portugal¹⁹⁸ y España¹⁹⁹) y aquellos en que se excluyen algunos bienes gananciales del cobro de las deudas privativas (Francia²⁰⁰, Polonia²⁰¹ y Eslovaquia²⁰²). Junto a ello, y en relación con el orden en que deben responder ambos patrimonios, se distinguen aquellos Estados miembro donde no existe una jerarquía entre los bienes gananciales y los privativos (Austria²⁰³, Bulgaria²⁰⁴, Hungría²⁰⁵ y

¹⁹⁵ PATTI, S., CARICATO, C., IRTI, C., IANNICELLI, M.A., SERRA, M.F., DI STEFANO, P. y BORTOLU, T.: “Italy report. Question 32”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 415.

¹⁹⁶ MIKELENAS, V.: “Lithuania report. Question 32”, en *Ibíd.*, pp. 415.

¹⁹⁷ FARRUGIA, R.: “Malta report. Question 32”, en *Ibíd.*, p. 415.

¹⁹⁸ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 32”, en *Ibíd.*, p. 415.

¹⁹⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 32” en *Ibíd.*, p. 417.

²⁰⁰ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 32”, en *Ibíd.*, pp. 413-415.

²⁰¹ MACZYNSKI, A.: “Poland report. Question 32”, en *Ibíd.*, p. 416.

²⁰² HATAPKA, M.: “Slovakia report. Question 32”, en *Ibíd.*, pp. 416-417.

²⁰³ ROTH, M.: “Austria report. Question 32”, en *Ibíd.*, p. 411.

²⁰⁴ TODOROVA, V.: “Bulgaria report. Question 32”, en *Ibíd.*, pp. 413.

²⁰⁵ WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: “Hungary report. Question 32”, en *Ibíd.*, p. 415.

Holanda²⁰⁶) y aquellos donde responderán primero los privativos y, subsidiariamente, los gananciales (Malta²⁰⁷, Portugal²⁰⁸ y España²⁰⁹).

C. La administración del patrimonio en los regímenes comunitarios

Una cuestión relevante sobre la que se encuentran matizaciones importantes de Estado miembro a Estado miembro es la referente a la administración del patrimonio. En los ordenamientos jurídicos donde existe un régimen legal de tipo comunitario la administración de la propiedad está íntimamente relacionada con los diferentes tipos de propiedad existentes en cuya virtud se diferencian distintas reglas referentes a la administración de los bienes privativos de cada cónyuge y a los gananciales.

En primer lugar, por lo que respecta a la administración de los bienes privativos, resulta evidente que, como punto de partida cada cónyuge, podrá gestionar y administrar autónomamente sus bienes sin que quepa interferencia alguna por parte del otro cónyuge. A partir de esta regla general se encuentran, empero, en algunos de los ordenamientos jurídicos considerados (por ejemplo, Bélgica²¹⁰, Francia²¹¹, Portugal²¹² y

²⁰⁶ BOELE-WOELKI, K., SCHONEWILLE, F. y SCHRAMA, W.: “The Netherlands report. Question 32”, en *Ibíd.*, pp. 415-416.

²⁰⁷ FARRUGIA, R.: “Malta report. Question 32”, en *Ibíd.*, p. 415.

²⁰⁸ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 32”, en *Ibíd.*, p. 415.

²⁰⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report. Question 32” en *Ibíd.*, p. 417.

²¹⁰ PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: “Belgium report. Question 34”, en *Ibíd.*, pp. 425-426.

²¹¹ FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report. Question 34”, en *Ibíd.*, p. 422.

España²¹³) normas especiales relativas a la disposición de la vivienda familiar y su mobiliario o la cancelación del contrato de alquiler de la vivienda familiar en el sentido de requerir el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial²¹⁴.

Junto a ello, y en relación con los bienes gananciales, existen principalmente dos grandes tendencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro. La primera, minoritaria, es la existente en Estados como Hungría²¹⁵ o España²¹⁶, en los que se establece que la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, a menos que se trate de actos encaminados a satisfacer las necesidades de la familia, en cuyo caso se prevé que cualquiera de los cónyuges pueda realizar autónomamente dichos actos.

En un segundo grupo de ordenamientos jurídicos como Francia²¹⁷, Bélgica²¹⁸ o Portugal²¹⁹, la regla general es que los cónyuges pueden administrar por sí solos los bienes comunes, entendiéndose pues que la comunidad está dotada de dos administradores. Sin embargo, esto

²¹² DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: "Portugal report. Question 37", en *Ibíd.*, p. 453.

²¹³ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "Spain report. Question 34" en *Ibíd.*, p. 429.

²¹⁴ *Vid.* II.2.

²¹⁵ WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: "Hungary report. Question 35", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, pp. 433-436.

²¹⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "Spain report. Question 35" en *Ibíd.*, pp. 439-441.

²¹⁷ FERRAND, F. y BRAAT, B.: "France report. Question 35", en *Ibíd.*, pp. 433-434.

²¹⁸ PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: "Belgium report. Question 35", en *Ibíd.*, pp. 431-432.

²¹⁹ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: "Portugal report. Question 35", en *Ibíd.*, p. 438.

únicamente es así respecto de los simples actos de gestión y administración diarios y en referencia con de los actos importantes, tales como la enajenación de bienes y la constitución de derechos reales sobre dichos bienes, en los que sí se exige el consentimiento de ambos cónyuges.

D. La disolución y liquidación de los regímenes comunitarios

Un tercer ámbito en el que se manifiestan interesantes diferencias en relación con la organización, contenido y funcionamiento de los regímenes económico matrimoniales de tipo comunitario es el referente a las causas y el momento en que se produce la disolución del régimen económico matrimonial, así como en las peculiaridades relacionadas con su liquidación.

En primer lugar, por lo que respecta a las causas de disolución de los regímenes legales que pueden ser calificados de tipo comunitario, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro coinciden en que la muerte de uno de los cónyuges, el divorcio y el cambio de régimen económico matrimonial –a excepción de Portugal, donde la mutabilidad no está permitida como regla general²²⁰- ponen fin al régimen económico matrimonial.

Junto a ellas, sin embargo, se apuntan en algunos Estados de la Unión otras circunstancias que también producen la disolución del régimen económico matrimonial. Algunos de los ejemplos más destacables en este sentido serían la decisión de la autoridad competente

²²⁰ Art. 1375 Cc portugués.

ordenando la separación de bienes por causa grave –como podría ser en Bélgica²²¹, Bulgaria²²² o Francia²²³, el llevar a cabo una administración fraudulenta de los bienes perjudicando los intereses del otro- o los supuestos de insolvencia o quiebra de uno de los cónyuges, como ocurre en Italia²²⁴ o Portugal²²⁵.

Por otro lado, en relación con la fecha en la que efectivamente se produce la disolución del régimen económico matrimonial y teniendo en cuenta las tres causas comunes presentes en todos los ordenamientos jurídicos considerados, las mayores discrepancias se encuentran en aquellas ocasiones en que la disolución del régimen económico matrimonial se produce por divorcio, dependiendo además de si se trata de un divorcio por mutuo consentimiento o no. En el primero de los casos, se entenderá que la comunidad se disuelve en la fecha de homologación del convenio (por ejemplo, Francia²²⁶) y en el segundo, bien en la fecha en la que se presentó la demanda de divorcio (como de Bélgica²²⁷), bien cuando efectivamente se dispone de la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial (por ejemplo, Bulgaria²²⁸ y Eslovaquia²²⁹). Todo esto

²²¹ Art. 1470 Cc belga.

²²² Art. 27 párr. 3º Cc búlgaro.

²²³ Art. 1443 Cc francés.

²²⁴ PATTI, S., CARICATO, C., IRTI, C., IANNICELLI, M.A., SERRA, M.F., DI STEFANO, P. y BORTOLU, T.: “Italy report. Question 43”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, pp. 497-499.

²²⁵ DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 41”, en *Ibíd.*, p. 501.

²²⁶ Art. 262-1 Cc francés.

²²⁷ Art. 1278 párr. 2º Cc belga.

²²⁸ Art. 325 y art. 330 párr. 5º Código procesal civil búlgaro.

respecto de la fecha de disolución a efectos inter partes, porque respecto de los terceros, los efectos patrimoniales de la ruptura se producen siempre a partir del momento en que se inscriba el divorcio.

Disuelta la comunidad, es turno de proceder a su liquidación, para lo que resulta necesario, en primer lugar, llevar a cabo la fase de formación de la masa patrimonial en la que deben computarse el activo y el pasivo y los derechos económicos o de compensación que procedan entre los patrimonios privativos de los cónyuges y el patrimonio de la comunidad.

En relación con la determinación y valoración de los bienes gananciales, gran parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Francia, Holanda, Eslovaquia y España) diferencian entre el momento en que efectivamente se produce la disolución de la comunidad –cuando además se determinarán los bienes gananciales en contraposición a los bienes privativos- y el momento en que los bienes deben ser valorados que suele ser posteriormente, en concreto, la fecha de distribución de los bienes²³⁰.

Por otra parte, como se ha indicado, en la fase de liquidación debe determinarse también si se ha generado un derecho de recompensa a favor de la comunidad ganancial o un derecho de crédito de los cónyuges como consecuencia, por ejemplo, del pago de deudas personales utilizando bienes gananciales, o la disposición para fines privativos del patrimonio común. Así, mediante las recompensas se “devuelve” el bien al grupo en

²²⁹ HATAPKA, M.: “Slovakia report. Question 44”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 518.

²³⁰ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 323.

que debería haber estado –bien ganancial, bien privativo- si no se hubiera producido un movimiento de valor entre las distintas masas patrimoniales.

E. La distribución del patrimonio en los regímenes comunitarios

Disuelto y liquidado el régimen económico matrimonial llega el momento de distribuir entre los cónyuges el eventual patrimonio generado. Después de haber procedido a la compensación, la masa neta común de la comunidad se atribuye, como normal general, por mitades iguales a ambos cónyuges. No obstante, en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro analizados, con excepción de Polonia²³¹ y Portugal²³², cabe también la posibilidad de que los propios cónyuges puedan realizar pactos sobre la distribución de los bienes gananciales, incluso sin necesidad de aprobación judicial de dicho acuerdo. Sin embargo, bajo determinadas circunstancias, la autoridad competente puede intervenir respecto de la distribución igualitaria del patrimonio.

En primer lugar, en algunos ordenamientos jurídicos se prevé la posibilidad de que uno de los cónyuges tenga un derecho preferencial sobre determinados bienes gananciales, en particular la vivienda familiar, aunque existiendo, en algunos casos, peculiaridades en cuanto a la causa que motivó la disolución del régimen económico matrimonial²³³.

²³¹ MACZYNSKI, A.: “Poland report. Question 55”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 597.

²³² DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report. Question 55”, en *Ibíd.*, p. 597.

²³³ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 334.

Así, por ejemplo, en España²³⁴, cuando se produce la disolución del régimen económico matrimonial por fallecimiento de uno de los cónyuges, el cónyuge superviviente tendrá un derecho preferencial sobre la que era su residencia habitual. En estos casos, el cónyuge superviviente podrá elegir que se le atribuya dicho bien en propiedad o que se constituya sobre el mismo un derecho de uso o habitación. En otros Estados miembro -por ejemplo Polonia²³⁵-, en cambio, la atribución preferencial de la vivienda familiar a uno de los cónyuges sólo tiene lugar en caso de divorcio -si la disolución se produce por fallecimiento de uno de los cónyuges, la utilización de la vivienda familiar está limitada a un período de tres meses-, para lo cual el juez deberá tener en cuenta el interés superior del menor y el cónyuge que ostenta la patria potestad. Junto a ellos, en Estados miembro como Bélgica²³⁶, la asignación de la vivienda familiar puede tener lugar indistintamente en supuestos de divorcio o sucesiones. En cualquier caso, como característica común a estos tres ejemplos, cabe destacar que el quebranto del reparto igualitario requiere como contrapartida que el cónyuge beneficiario abone la diferencia en dinero.

La realidad normativa refleja la existencia reglas objetivas o al menos objetivables. En la mayor parte de los ordenamientos estudiados la autoridad competente no puede intervenir en la distribución de los bienes. Esta imposibilidad se justifica por el hecho de que si alguno de los cónyuges resultara perjudicado en el reparto, dicho efecto se mitigaría

²³⁴ Art. 1321 y 1407 Cc español.

²³⁵ MACZYNSKI, A.: "Poland report. Question 51", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, op. cit., p. 578.

²³⁶ Arts. 1446 y 1447 Cc belga.

mediante la pensión alimenticia o la pensión compensatoria entre ex cónyuges²³⁷.

Sin embargo, junto a los casos apuntados y dotado de un carácter sumamente excepcional esta regla se altera en algunos Estados al permitirse la intervención de la autoridad competente para producir un reparto que no sea igualitario, teniendo en cuenta la contribución de los cónyuges a la masa patrimonial común (Polonia²³⁸) o los intereses de los menores, así como el posible resultado injusto que la distribución equitativa pudiera causar a uno de los cónyuges (Bulgaria²³⁹ y Hungría²⁴⁰).

3.2.2. *Los regímenes de participación*

A. *Introducción*

Un segundo gran grupo de regímenes económico matrimoniales existente en los distintos Estados miembro son los regímenes de participación, en los que, a diferencia de los regímenes comunitarios, no se crea una masa patrimonial común, sino que la separación de patrimonios prevalece durante la vigencia del régimen económico matrimonial. En coherencia con ello, todas las deudas en que hubiera incurrido uno de los cónyuges son personales. Sin embargo, una vez se produce la disolución

²³⁷ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 338.

²³⁸ Art. 43 Código de familia y tutela polaco.

²³⁹ Art. 29 párr. 1 y 3 Cc familia búlgaro.

²⁴⁰ WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: "Hungary report. Question 55", en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 595.

del régimen económico matrimonial se genera para cada uno de los cónyuges un derecho a participar en el activo o las ganancias del otro.

Bajo el genérico nombre de regímenes de participación existen diversos tipos de régimen económico matrimonial presentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembro, como son la comunidad diferida y la comunidad de las ganancias acumuladas, rodeados de caracteres propios.

1) Dentro de la categoría global de régimen de participación el primer régimen económico matrimonial que puede ser considerado como tal es la comunidad diferida. Este es el régimen económico matrimonial legal en Dinamarca²⁴¹, Finlandia²⁴² y Suecia²⁴³. La comunidad diferida implica que, al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, todos los bienes de cada cónyuge que no son considerados como “reservados” forman una comunidad que será repartida igualitariamente entre ellos.

2) Otro colectivo de regímenes económico matrimoniales dentro de los regímenes de participación, es la comunidad de las ganancias acumuladas, que puede encontrarse en Alemania y Grecia.

El régimen económico matrimonial de la comunidad de las ganancias acumuladas de Alemania²⁴⁴ se articula sobre la distinción entre el patrimonio inicial y final de cada cónyuge. Las ganancias acumuladas

²⁴¹ LUND ANDERSEN, I. y MAGNUSSEN, I.: “Denmark report. Question 16”, en *Ibid.*, p. 246.

²⁴² KURKI SUONIO, K.: “Finland report. Question 16”, en *Ibid.*, p. 246.

²⁴³ JÄNTERA-JAREBORG, M.; BÄTTSTRÖM, M. y WALLENG, K.: “Sweden report. Question 16”, en *Ibid.*, p. 248.

²⁴⁴ Art. 1363 párr. 1 Cc alemán.

se calculan restando al patrimonio final de cada cónyuge su patrimonio inicial y, tras la comparación de ambas cifras, aquel cónyuge con unas ganancias mayores deberá compartir la mitad de las mismas con el otro.

En Grecia²⁴⁵, de modo similar, un cónyuge tiene derecho a los aumentos de valor del patrimonio del otro generados durante el matrimonio, en cuantía proporcional a lo que contribuyó a tal aumento.

B. La composición del patrimonio en los regímenes de participación

Como se ha apuntado, en los regímenes de participación se presenta una realidad normativa poliforma bajo cuya denominación se incluyen un grupo de regímenes económicos diversos que coinciden entre sí en sus líneas argumentales básicas. A partir de esta asunción, estos regímenes –la comunidad diferida y la comunidad de las ganancias acumuladas– mantienen similitudes en algunos puntos claves como es, por ejemplo, el de la composición del patrimonio.

Durante la vigencia del matrimonio, los regímenes incardinados dentro de la categoría global de regímenes de participación funcionan como un régimen de separación, existiendo un patrimonio privativo para cada cónyuge. Por esta razón, si los cónyuges desean adquirir un bien en común, esa copropiedad estará sujeta a las reglas generales de la adquisición conjunta de bienes. No obstante, en el momento en que se produzca la disolución del régimen económico matrimonial, se formará

²⁴⁵ Art. 1400 párr.1 y art. 1403 párr. 1 Cc griego.

bien una comunidad de bienes que será repartida entre los cónyuges - comunidad diferida-, o bien darán derecho a que uno de los cónyuges participe en las ganancias del otro –comunidad de las ganancias acumuladas-.

1) En el régimen económico matrimonial de la comunidad diferida de Dinamarca, Finlandia y Suecia no existe apenas, como regla general, distinción de masas patrimoniales, incluso ni siquiera en el momento de la disolución del régimen económico matrimonial. En virtud de ello, tanto los bienes que el cónyuge poseía al inicio del matrimonio como los adquiridos onerosa o gratuitamente durante la vigencia del régimen formarán una comunidad que, con carácter diferido, será dividida por partes iguales al tiempo de su disolución. Cuestión distinta es que los cónyuges pacten que determinados bienes no ingresarán en la comunidad diferida o que mediante herencia o donación se entregue un bien a un cónyuge con la condición de que adquiera el carácter de reservado y, por tanto, exento de reparto²⁴⁶.

2) En la comunidad de las ganancias acumuladas de *Alemania*, se distingue entre patrimonio inicial y patrimonio final. La primera de estas masas patrimoniales está compuesta por los bienes que pertenecían a cada esposo al comienzo del régimen económico matrimonial, sustrayendo las deudas que éste podía tener²⁴⁷. Además, también se engloban en esta categoría los bienes adquiridos gratuitamente por el cónyuge, como es el

²⁴⁶ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, op. cit., pp. 151-152.

²⁴⁷ Art.1374.1 Cc alemán.

caso de los bienes recibidos por herencia o donación²⁴⁸. Por su parte, el patrimonio final hace referencia a la masa patrimonial que cada uno de los cónyuges he ido acumulado durante la vigencia del régimen económico matrimonial, una vez deducidas las deudas²⁴⁹.

En *Grecia*, el otro ejemplo de este tipo de régimen, y tal como se ha indicado ya, no existe tal diferenciación, aunque las adquisiciones que uno de los cónyuges reciba a título gratuito, tales como regalos, herencias o legados, no formarán parte de los aumentos de valor del patrimonio generados durante la vigencia del régimen²⁵⁰.

En relación con las deudas y obligaciones que componen el patrimonio de los regímenes económico matrimoniales de participación, todos los regímenes legales incardinados en esta tipología tienen en común que cada cónyuge responde personalmente de las deudas que él mismo ha contraído. Por ello, y teniendo en cuenta que durante la vigencia del régimen matrimonial cada cónyuge posee su patrimonio privativo, será precisamente éste quien afronte dichas deudas personales. Esta regla general se excepciona en el caso de las deudas familiares o cuando los cónyuges hayan incurrido en una deuda conjuntamente²⁵¹.

²⁴⁸ Art. 1374.2 Cc alemán.

²⁴⁹ Art. 1375.1 Cc alemán.

²⁵⁰ Art.1400. 3º párr. Cc griego.

²⁵¹ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 167.

C. *La administración del patrimonio en los regímenes de participación*

Al igual que ocurre en relación con la composición del patrimonio, son observables ciertas diferencias respecto de la administración del patrimonio generado durante el matrimonio en los Estados que apuestan por algunos de los regímenes llamados de participación. Como normal general, cada cónyuge puede administrar y disponer libremente de su patrimonio en los regímenes de participación, no siendo necesario el consentimiento del otro cónyuge para realizar una transacción. No obstante, esta premisa se ve excepcionada en algunos casos²⁵².

1) En primer lugar, en la comunidad diferida de Dinamarca²⁵³, Finlandia²⁵⁴ y Suecia²⁵⁵, se protege la vivienda familiar y el ajuar doméstico, con independencia de su futura pertenencia a la comunidad diferida o si se trata de un bien excluido del reparto. Por ello, si se quiere disponer de dichos bienes, es necesario el consentimiento conjunto de ambos cónyuges. Además, la comunidad diferida diseñada en las normativas de Dinamarca²⁵⁶ y Suecia²⁵⁷ “protege” también a otros inmuebles distintos de la vivienda familiar de la libre disposición de uno de los cónyuges, exigiendo el consentimiento del otro, aunque en estos

²⁵² *Vid.* II.2.

²⁵³ LUND ANDERSEN, I. y MAGNUSSEN, I.: “Denmark report. Questions 91 and 106”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, pp. 757-758 y 813.

²⁵⁴ KURKI SUONIO, K.: “Finland report. Questions 91 and 106”, en *Ibid.*, pp. 759 y 811.

²⁵⁵ JÄNTERA-JAREBORG, M.; BATTSTRÖM, M. y WALLENG, K.: “Sweden report. Question 91”, en *Ibid.*, pp. 762-763.

²⁵⁶ LUND ANDERSEN, I. y MAGNUSSEN, I.: “Denmark report. Questions 91”, en *Ibid.*, p. 757-758.

²⁵⁷ JÄNTERA-JAREBORG, M.; BATTSTRÖM, M. y WALLENG, K.: “Sweden report. Question 108”, en *Ibid.*, p. 821.

casos únicamente respecto de bienes que vayan a formar parte de la comunidad diferida y no cuando estén excluidos del reparto.

2) Algunas diferencias son igualmente perceptibles en el modelo de comunidad de las ganancias acumuladas de Alemania, donde se limita la posibilidad de disposición del patrimonio privativo en su totalidad²⁵⁸. Esto supone que un cónyuge sólo puede disponer de todo su patrimonio si cuenta con el consentimiento del otro²⁵⁹ o, en su caso, con su posterior ratificación²⁶⁰.

Entre otros extremos, este momento resulta especialmente relevante para el tercero que contrata con el cónyuge, pues marca el límite temporal de hasta cuándo va a poder revocar el contrato en aquellos casos en que hubiera sido engañado por alguno de los cónyuges en cuanto a que el otro había prestado el consentimiento²⁶¹.

Por su parte, la comunidad de las ganancias de Grecia no contiene disposiciones específicas sobre la protección de la vivienda familiar²⁶².

²⁵⁸ Por lo que respecta a qué se entiende por “totalidad del patrimonio”, la jurisprudencia entiende que debe observarse caso por caso, ateniendo a las circunstancias económicas. En virtud de ello, las familias que cuentan únicamente con un bien (véase la vivienda familiar) no podrán, en virtud de esta norma, disponer de él. Pero si se trata de una familia con mayores recursos económicos, se entiende por la “totalidad” el 85%-90% de dicho patrimonio. En este sentido, *vid.*, DETHLOFF, N. y MARTINY, D.: “German report. Question 72”, en *Ibid.*, p. 664.

²⁵⁹ Art. 1365.1 Cc alemán.

²⁶⁰ Art. 1366.1 Cc alemán.

²⁶¹ Art. 1366.2 Cc alemán.

²⁶² KOUTSOURADIS, A., KOTRONIS, S. y HATZANTONIS, F.: “Greece report. Question 10”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 184.

D. La disolución y liquidación de los regímenes de participación

Los diversos regímenes que componen el modelo de participación en las ganancias no presentan particularidades respecto de las causas de disolución del régimen económico matrimonial en comparación con los regímenes comunitarios aproximados con anterioridad. Así, el fallecimiento de uno de los cónyuges, el divorcio o el cambio de régimen económico matrimonial siguen siendo las circunstancias más comunes que ponen fin a dicho régimen. Sin embargo, de entre todas estas causas, la fecha en la que efectivamente se produce la disolución del régimen económico matrimonial debido al divorcio de los cónyuges sí que difiere en los distintos regímenes de participación analizados, impactando de pleno en la determinación de los bienes que serán objeto de liquidación y en la valoración de los mismos.

1) En primer lugar, en el régimen de la comunidad diferida de Dinamarca, Finlandia y Suecia, existe unanimidad en cuanto a que la determinación de los bienes que compondrán la comunidad diferida se realiza en el momento de la disolución del régimen, aunque este último es el que precisamente se encuentra fijado en diferentes momentos del tiempo (en Finlandia²⁶³ y Suecia²⁶⁴ al tiempo de la presentación de la

²⁶³ KURKI SUONIO, K.: “Finland report. Question 115”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, pp. 837-838.

²⁶⁴ JÄNTERA-JAREBORG, M.; BATTSTRÖM, M. y WALLENG, K.: “Sweden report. Question 115”, en *Ibid.*, pp. 838-839.

demanda de divorcio y en Dinamarca²⁶⁵, cuando se dispone de la demanda de divorcio).

En relación con la valoración de los bienes, los cónyuges pueden elegir en virtud de este régimen cuál es la fecha relevante, mientras que en ausencia de acuerdo se estará a la fecha de liquidación en detrimento de la de disolución, motivo por el cual se recomienda que, para evitar modificaciones del valor de los bienes, el lapso de tiempo entre la disolución y liquidación del régimen sea el mínimo posible.

2) En la comunidad de las ganancias acumuladas de *Alemania*, la determinación y valoración de los bienes está íntimamente relacionada con la distinción entre patrimonio inicial y final de cada cónyuge. Así, el patrimonio inicial se determinará y valorará al inicio del régimen económico matrimonial, con excepción de los bienes adquiridos gratuitamente por el cónyuge durante la vigencia del régimen, que también forman parte de esta masa patrimonial, y que se valorarán al tiempo de su adquisición²⁶⁶. Por su parte, la fecha de determinación y valoración del patrimonio final no se realiza según la regla general al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial en la causal de divorcio - que se correspondería con el momento en que se dispone de la sentencia de divorcio²⁶⁷ -, sino en el momento de presentación de la demanda²⁶⁸.

²⁶⁵ LUND ANDERSEN, I. y MAGNUSSEN, I.: “Denmark report. Question 115”, en *Ibíd.*, p. 837.

²⁶⁶ Art. 1376.1 Cc alemán.

²⁶⁷ Art.1564 Cc alemán.

²⁶⁸ Art.1384 Cc alemán.

Algunas diferencias son perceptibles respecto de la comunidad de las ganancias acumuladas de Grecia, en el que se realiza una comparación entre el patrimonio inicial de cada cónyuge, determinado y valorado al inicio del régimen económico matrimonial, y el patrimonio final, sobre el que se defienden dos posturas: determinar y valorar al tiempo de presentación de la demanda de divorcio, o en el momento en que el juez haya dictado la sentencia²⁶⁹.

Dentro de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, es necesario tener en cuenta la posible realización de actos perjudiciales de un cónyuge respecto del otro y, en su caso, la necesaria compensación a la hora de calcular la participación de un cónyuge en el patrimonio del otro.

A) En primer lugar, por lo que respecta a la realización de actos perjudiciales, se encuentran en los distintos regímenes de participación medidas de protección del cónyuge que será beneficiario del reparto, en el sentido de mitigar los posibles efectos negativos que la desviación u ocultación del patrimonio podrían producir en el resultado final. En estos casos, se considera que dichos bienes forman parte, todavía, de la masa patrimonial de la que, intencionadamente, fueron extraídos²⁷⁰.

²⁶⁹ KOUTSOURADIS, A., KOTRONIS, S. y HATZANTONIS, F.: “Greece report. Question 82”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 714.

²⁷⁰ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 192-194.

Así, en el régimen de la comunidad de las ganancias acumuladas de Alemania se prevé que se aumente el valor del patrimonio final en la misma proporción en que se hubiera reducido intencionadamente por un cónyuge, por ejemplo, realizando donaciones gratuitas desproporcionadas o sin sentido, derrochando bienes, o realizando otros actos que intencionadamente perjudicaran al otro cónyuge, siempre que éstos hubieran tenido lugar dentro de los diez años anteriores a la disolución del régimen económico matrimonial²⁷¹.

De modo similar, en el régimen de la comunidad diferida, la administración autónoma del patrimonio de cada cónyuge se encuentra limitada al perjuicio de los intereses del otro cónyuge, siendo necesaria a la hora de dividir la comunidad diferida una compensación si se ha reducido intencionadamente el patrimonio²⁷².

B) En lo relativo a la compensación, ésta constituye es una parte del proceso de disolución y liquidación que únicamente tendrá lugar en los sistemas donde se distingue entre una masa propia de cada cónyuge y una masa sobre la que existirá un derecho de participación, a saber, la comunidad diferida de Dinamarca, Finlandia, y Suecia.

Se trata, por tanto, de un fenómeno extraño en el régimen económico matrimonial de las ganancias acumuladas de Alemania y Grecia. Pues bien, mediante la compensación lo que se pretende es

²⁷¹ Art. 1357.2 Cc alemán.

²⁷² BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 171.

equilibrar la masa patrimonial de cada cónyuge y aquella sobre la que se producirá la participación, en aquellos casos en que cualquiera de dichas masas haya aumentado con fondos de la otra, evitándose así enriquecimientos o empobrecimientos injustos²⁷³.

E. La distribución del patrimonio en los regímenes de participación

Disuelto y liquidado el régimen económico matrimonial, es turno de determinar el modo en que cada cónyuge podrá participar del patrimonio del otro, para lo cual el régimen económico matrimonial de la comunidad diferida y la comunidad de las ganancias acumuladas tienen una dinámica distinta.

Así, salvo que los cónyuges hayan dispuesto otra cosa, en el régimen la comunidad diferida de Dinamarca²⁷⁴, Finlandia²⁷⁵ y Suecia²⁷⁶, se crea una comunidad al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial formada por todos los bienes que no tenga la consideración de reservados, que será repartida por mitades iguales entre ambos cónyuges. Por su parte, en la comunidad de las ganancias acumuladas de Alemania, se produce una comparación entre el patrimonio final e inicial

²⁷³ *Ibíd.*, pp. 196-198.

²⁷⁴ LUND ANDERSEN, I. y MAGNUSSEN, I.: “Denmark report. Question 121”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, pp. 861-862.

²⁷⁵ KURKI SUONIO, K.: “Finland report. Question 121”, en *Ibíd.*, pp. 862-863.

²⁷⁶ JÄNTERA-JAREBORG, M.; BATTSTRÖM, M. y WALLENG, K.: “Sweden report. Question 121”, en *Ibíd.*, pp. 864-866.

de cada cónyuge, y el que tenga un mayor saldo positivo de ganancias, compartirá la mitad de las mismas con el otro²⁷⁷.

Siendo el principio básico una participación igualitaria en las ganancias del otro cónyuge vía división igualitaria de una comunidad – régimen económico matrimonial de la comunidad diferida-, vía compensación –régimen económico matrimonial de comunidad de las ganancias acumuladas-, si se dan determinadas circunstancias excepcionales, la autoridad competente en materia de régimen económico matrimonial puede, con ciertas limitaciones y dándose determinadas condiciones, adaptar dicha participación.

A) En primer lugar, esta posibilidad se encuentra perfectamente prevista en el régimen económico matrimonial de la comunidad diferida. En Dinamarca²⁷⁸, en aquellos casos en que la disolución del régimen económico matrimonial se produce por divorcio, si la división igualitaria de la comunidad diferida resulta francamente injusta, podrá el juez intervenir para paliar dicha situación. En Finlandia²⁷⁹ y Suecia²⁸⁰, la distribución de los bienes también se puede ajustar si la regla general conduce a un resultado injusto, en cuyo caso el tribunal deberá tener en cuenta factores como la duración del matrimonio, la contribución de los cónyuges a las

²⁷⁷ Arts. 1373 a 1390 Cc alemán.

²⁷⁸ LUND ANDERSEN, I. y MAGNUSSEN, I.: “Denmark report. Question 127”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, pp. 833-834.

²⁷⁹ KURKI SUONIO, K.: “Finland report. Question 121”, en *Ibid.*, pp. 884-885.

²⁸⁰ JÄNTERA-JAREBORG, M.; BATTSTRÖM, M. y WALLENG, K.: “Sweden report. Question 127”, en *Ibid.*, pp. 886-887.

necesidades del hogar y la acumulación y preservación de patrimonio de cada uno de los cónyuges.

B) Por lo que respecta al régimen económico matrimonial de la comunidad de las ganancias acumuladas de Alemania, el cónyuge deudor -esto es, el que debía compartir sus ganancias- puede solicitar al tribunal la no igualación de las ganancias en los casos de flagrante injusticia, como puede ser el desentendimiento prolongado de las deudas familiares²⁸¹. Como contrapartida, también es posible que bajo solicitud del cónyuge acreedor, se transfieran determinados bienes del deudor, desviándose del reparto igualitario de las ganancias para evitar también situaciones de injusticia²⁸².

3.2.3. Los regímenes de separación

A. Introducción

El último gran grupo de regímenes matrimoniales existente en la Unión Europea es el de los regímenes de separación. Un modelo que encuentra su reflejo esencial en España, fruto de la variedad normativa dentro del ámbito del derecho privado, especialmente en materia de régimen económico matrimonial y sucesiones. En particular, éste es el régimen económico matrimonial legal en los sistemas forales de Cataluña, Baleares²⁸³ y Valencia²⁸⁴, antiguos territorios de la Corona de Aragón.

²⁸¹ Art. 1381 Cc alemán.

²⁸² Art. 1383 Cc alemán.

²⁸³ Art. 3.1 Compilación de derecho civil de las Islas Baleares (Publicado en *BOIB* núm. 120 de 2 de Octubre de 1990).

El modelo implica que cada cónyuge es dueño de sus bienes, sea cual fuere el momento de adquisición y, en consecuencia, tiene el dominio, administración y libre disposición de los mismos. Del mismo modo, en principio, la no confusión de patrimonios supone que al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial no resulta pertinente ni dividir ninguna comunidad, ni calcular la participación de un cónyuge en el patrimonio del otro, si bien es cierto que existen algunos mecanismos de corrección de las consecuencias adversas que la separación de bienes hubiera podido crear.

Siguiendo el modelo que se ha utilizado en anteriores apartados se abordarán seguidamente algunos de los extremos esenciales que caracterizan a este régimen. Una tarea objetivamente relevante que encuentra una justificación adicional en los problemas de derecho interregional o de remisión a sistemas plurilegislativos que se puede derivar de la coexistencia de estos modelos en el seno de un único Estado miembro de la UE.

B. La composición del patrimonio en los regímenes de separación

Como ya se ha avanzado, en el régimen de separación se atribuyen a cada cónyuge los bienes que le pertenecían al tiempo de establecerse el régimen económico matrimonial y los adquiridos por cualquier título mientras el régimen esté vigente. Cuestión distinta es que la vida en comunidad de los cónyuges pueda dar lugar a situaciones en las que no

²⁸⁴ Art. 44 Ley de régimen económico matrimonial valenciano (Publicado en *DOCV* núm. 5475 de 22 de Marzo de 2007).

esté clara la titularidad de un bien, en cuyo caso se presumirá que éste pertenece por mitades iguales a ambos cónyuges²⁸⁵.

Existe, además, una responsabilidad patrimonial individual de cada cónyuge, por lo que de las obligaciones que contraigan y no tengan que ver con el levantamiento de las cargas del matrimonio, responderán exclusivamente los bienes del cónyuge que las contrajo²⁸⁶. Así pues, el cónyuge que no contrató, únicamente tendrá responsabilidad subsidiaria respecto de los acreedores en relación con las necesidades ordinarias de la familia²⁸⁷.

C. La administración del patrimonio en los regímenes de separación

Cada cónyuge puede realizar los actos jurídicos referentes al dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes, sin perjuicio de las limitaciones que algunos de los derechos forales que consagran el régimen legal de separación de bienes establecen, tales como las relativas al levantamiento de las cargas del matrimonio o las referentes a la vivienda familiar. Estas disposiciones, empero, no constituyen una particularidad de los regímenes de separación, sino que pueden clasificarse como derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico, aplicables a cualquier régimen económico matrimonial.

²⁸⁵ Art. 46 Ley de régimen económico matrimonial valenciano, art. 232.4 Cc Cataluña y art. 3.3 Compilación de derecho civil de las Islas Baleares.

²⁸⁶ Art. 45 Ley de régimen económico matrimonial valenciano y art. 3.4 Compilación de derecho civil de las Islas Baleares.

²⁸⁷ Art. 11.1 Ley de régimen económico matrimonial valenciano y art. 3.4 Compilación de derecho civil de las Islas Baleares.

D. La disolución y liquidación en los regímenes de separación

Disuelto el régimen económico matrimonial por las mismas causas que en los regímenes comunitarios o de participación, abordados con anterioridad, en principio no hay nada que partir: no existen bienes gananciales que deban ser repartidos, ni se ha generado un derecho de participación de cada uno de los cónyuges en las ganancias del otro. Sin embargo, sí que puede resultar necesario tras la disolución del régimen de separación de bienes efectuar ciertas operaciones liquidatorias referentes al pago de las contribuciones atrasadas o gastos comunes y a las compensaciones que procedan entre los patrimonios de los cónyuges²⁸⁸.

E. La distribución del patrimonio en los regímenes de separación

Como resulta evidente, en los regímenes de separación el patrimonio de los cónyuges no queda distribuido de ninguna manera cuando se produce la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Como ocurriera durante la vigencia del régimen, las propiedades permanecen separadas. Sin embargo, fruto de las posibles injusticias que desde el punto de vista de la solidaridad entre cónyuges puede producir el régimen de separación de bienes, especialmente en aquellos supuestos en que uno de los cónyuges –generalmente, la mujer– carezca de ingresos propios al dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos, los derechos

²⁸⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de derecho civil. Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 2º ed., 1989, p. 575.

forales de Cataluña y Valencia contienen una cláusula de compensación económica para mitigar este tipo de situaciones.

1) Así, en Valencia, existe un derecho de compensación por el levantamiento de las cargas del matrimonio que, a estos efectos, supone indemnizar por el trabajo para la casa, la atención especial a determinados parientes y la participación de un cónyuge en las actividades del otro²⁸⁹. Para valorar la cuantía de dicha compensación se estará, en primer lugar, al acuerdo de los cónyuges²⁹⁰ y en su defecto será el juez el que tendrá que calcularla, ateniendo, como mínimo a factores como el coste de tales servicios en el mercado laboral, el coste de oportunidad del cónyuge que ha realizado las tareas y los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le haya permitido obtenerlos²⁹¹.

A efectos prácticos, la compensación de los trabajos para la casa de Valencia, ha sido concebida en virtud de dos posturas. La primera de ellas, de carácter restringido, implica que dicha indemnización sólo operará cuando la contribución a las cargas del matrimonio haya resultado tan excesiva que haya dado lugar a un desequilibrio de patrimonios al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial.

Por otro lado, también ha llegado a defenderse que la colaboración del cónyuge para el sostenimiento de la familia debe compensarse siempre, pues resulta innegable, por el tiempo dedicado, que ello ha

²⁸⁹ Arts. 12.1 y 2 Ley de régimen económico matrimonial valenciano.

²⁹⁰ *Ibid.*, art. 15.1.

²⁹¹ *Ibid.*, art. 13.1.

supuesto una reducción de las posibilidades de inserción o mejora en el mundo laboral²⁹².

Es necesario puntualizar que, en Valencia, esta valoración y compensación por el trabajo realizado para la casa es, en principio, aplicable a todos los regímenes económico matrimoniales, por su estratégica ubicación en el capítulo II de la Ley Valenciana de régimen económico matrimonial, referente a las cargas del matrimonio. Sin embargo, en realidad, parece estar únicamente reservada para el régimen de separación de bienes, no cabiendo en aquellos supuestos en que se hayan obtenido otras ventajas patrimoniales derivadas del régimen económico matrimonial al tiempo de su disolución²⁹³, como podría ser el caso de los regímenes comunitarios y de participación²⁹⁴. Finalmente, como excepción a la excepción, se indica que el deber de compensación no resulta incompatible con la pensión compensatoria, pues mientras la primera busca reparar una situación pasada, la segunda persigue solucionar un desequilibrio con perspectivas de futuro²⁹⁵.

²⁹² MOLINER NAVARRO, R.: “La ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de régimen económico matrimonial valenciano (modificada por la Ley 8/2009). Cuestiones abiertas en torno a su aplicación”, *Revista electrónica de derecho civil valenciano*, núm. 4, 2013, pp. 23-24 y MONFORT FERRERO, M.J.: “El levantamiento de las cargas del matrimonio”, en MAS BADÍA, M.D. (coord.): *El régimen económico matrimonial de la comunidad valenciana*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 128-129.

²⁹³ Art. 14.1 Ley de régimen económico matrimonial valenciano.

²⁹⁴ CLEMENTE MEORO, M.: “El régimen económico matrimonial de la comunidad valenciana, ley 10/2007”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. y RAJOY BREY, E.(coords.): *Regímenes económico matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial. Tomo I*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 451.

²⁹⁵ Art. 14.2 Ley de régimen económico matrimonial valenciano.

2) Por su parte, la compensación por trabajo de Cataluña busca mitigar también los efectos perversos del régimen de separación de bienes, teniendo en cuenta para ello los desequilibrios patrimoniales que se producen como consecuencia directa de la mayor dedicación de uno de los cónyuges a la familia o a las actividades económicas del otro cónyuge²⁹⁶. Para ello, y siempre que los cónyuges no hubieran pactado otra cosa²⁹⁷, el juez deberá tener en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, y en caso del trabajo doméstico, si ha incluido la crianza de hijos o la atención personal de otros miembros de la familia que convivan con los hijos²⁹⁸. Además, de modo similar a la compensación de Valencia, se trata de un derecho perfectamente compatible con la pensión compensatoria²⁹⁹.

En este sentido, interesa destacar que la actual regulación de la compensación por trabajo de Cataluña, introduce importantes novedades en comparación con su regulación anterior³⁰⁰. Así, por ejemplo, se abandona la teoría del enriquecimiento injusto del demandado, pivotando esta figura en torno a la desigualdad patrimonio y al coste de oportunidades que esa actividad ha representado para el demandante. Para el cálculo de dicha cuantía, además, se establece un límite máximo, correspondiente a la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos

²⁹⁶ Art. 232.5-1 y 2 Cc Cataluña.

²⁹⁷ Art. 232.7 Cc Cataluña.

²⁹⁸ Art. 232.5-3 Cc Cataluña.

²⁹⁹ Art. 232.10 Cc Cataluña.

³⁰⁰ Sobre la regulación anterior *vid.*, ZARRALUSQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L.: *Derecho de la familia y de la persona. Regímenes económicos matrimoniales*, Bosch, Barcelona, 2007 y ISAC I AGUILAR, A.: “El régimen económico matrimonial de la Comunidad autónoma de Cataluña”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. y RAJOY BREY, E. (coords.), *op. cit.*, pp. 230-231. Y sobre la regulación actual MIRALLES GONZÁLEZ, I.: “La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales”, *Indret*, núm. 1, 2012, pp. 8-10.

patrimoniales de los cónyuges³⁰¹. Por último, interesa también destacar que esta indemnización podrá también obtenerse cuando la disolución del régimen económico matrimonial se produzca por el fallecimiento de uno de los cónyuges³⁰².

3) Finalmente, en Baleares, no existe derecho a indemnización por trabajo para la casa en la propia compilación de derecho civil de las Islas Baleares, aunque existe doctrina que entiende que son de aplicación subsidiaria los preceptos del Código civil español³⁰³.

4. A modo de valoración de las soluciones presentes en los sistemas de derecho civil

La totalidad de los sistemas jurídicos de derecho civil de los Estados miembro establecen que el matrimonio da lugar a una situación jurídica particular de la economía matrimonial: el régimen económico matrimonial, siendo éste el efecto jurídico más relevante de la unión conyugal.

Existen enormes peculiaridades y especificidades entre los distintos derechos estatales de los Estados Miembro con tradición civilista por lo que respecta al concepto de régimen económico matrimonial, si bien es cierto que todos ellos coinciden en diferenciar la existencia de un régimen primario y otro secundario.

³⁰¹ Art. 232.5-4 Cc Cataluña.

³⁰² Art. 232.5-1 Cc Cataluña.

³⁰³ ZARRALUSQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L.: *Derecho de la familia...*, op. cit., pp. 515-526.

Mientras que el régimen primario haría referencia a una serie de derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico que resultan indisponibles para ellos, tales como la independencia patrimonial de los esposos o la protección de la vivienda familiar, el verdadero “corazón” del régimen económico matrimonial reside en el régimen económico matrimonial secundario.

Dentro del mismo cabe referirse a dos realidades bien diferenciadas, según los cónyuges hayan elegido, diseñado o modificado su régimen económico matrimonial –el régimen económico matrimonial pactado– concluyendo pactos o capitulaciones matrimoniales o dependiendo de los casos en que, al no haber ejercido éstos la autonomía de la voluntad, se produzca la aplicación de los regímenes económico matrimoniales secundarios legales, que a grandes rasgos pueden ser agrupados en regímenes comunitarios, de participación o separación.

III. El *Common law* de Inglaterra y Gales

1. Introducción

Como se ha indicado al inicio del presente capítulo, junto con los sistemas de derecho civil, convive en la Unión Europea otra familia jurídica con un origen, razón de ser, filosofía y sistemática jurídica diferente, el *Common law* de Inglaterra y Gales.

En este sistema legal, el matrimonio no produce consecuencias patrimoniales durante su vigencia, aunque como se verá, esta regla general se difumina un tanto al existir una serie de disposiciones específicas sobre aspectos concretos de la vida familiar que presentan una indudable

trascendencia económica, como son las referentes a la vivienda familiar, las contribuciones de los cónyuges a los gastos del hogar o la obligación recíproca de proveerse todo lo necesario (III.2).

En el *Common law* de Inglaterra y Gales, el verdadero impacto en el patrimonio de los cónyuges se produce al tiempo de la disolución del matrimonio (III.3). Esta incidencia se ve modulada dependiendo de los casos en que los cónyuges o el cónyuge han ejercido la autonomía de la voluntad de cara a organizar su patrimonio cuando se produce la disolución del matrimonio o que, por el contrario, no lo hayan hecho, diferenciando respecto de ambos supuestos, los casos de divorcio (III.3.1) y de fallecimiento de uno de los cónyuges (III.3.2).

2. Consecuencias patrimoniales vigente el matrimonio

Como se ha avanzado, en Inglaterra y Gales, se desconoce el concepto de régimen económico matrimonial³⁰⁴. No existe tampoco, en consecuencia, diferenciación alguna entre los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico -el llamado régimen económico matrimonial primario- y los regímenes económico matrimoniales secundarios -ya sea el articulado sobre la voluntad de las partes o el régimen legal-, como en los sistemas de derecho civil.

³⁰⁴ LOWE, N. y DOUGLAS, G.: *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford, 10º ed., 2007, p. 129; HARRIS-SHORT, S. y MILES, J.: *Family Law. Text, Cases and materials*, Oxford University press, Oxford, 2º ed., 2011, pp. 117 y 163-167; PROBERT, R.: *Cretney and Probert's family law*, Sweet & Maxwell, Londres, 8º ed., 2012, pp. 99-100.

Desde la *Married Women's Property Act* 1882³⁰⁵ y más explícitamente desde la *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act* 1935³⁰⁶, el matrimonio no produce efecto alguno en las propiedades de los cónyuges. En términos prácticos, esto implica que los bienes de cada uno de los cónyuges permanecen separados. Se aplicarán, por tanto, las normas generales de derecho de la Propiedad en Inglaterra y Gales, con independencia de su condición de cónyuges o personas ajenas entre sí. A pesar de su rigidez, esta regla general se ve, sin embargo, matizada en ciertos casos³⁰⁷.

1) En primer lugar, aunque no existen obligaciones específicas sobre las contribuciones al mantenimiento del hogar, los cónyuges están obligados a proveerse de todo lo necesario entre ellos y respecto de sus hijos, de acuerdo con lo previsto en la *Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act* 1978³⁰⁸ (arts.1 y 2), cuyo incumplimiento puede derivar en una *order* del Tribunal que puede consistir en un *periodical payment* o *lump sum*. Del mismo modo, en relación con la obligación recíproca de alimentos entre los cónyuges, la *Matrimonial Causes Act* 1973 (en adelante, MCA)³⁰⁹, en su art. 27, permite al Tribunal emitir una *order* en forma de *periodical payment* o *capital sum*.

³⁰⁵ 1882 C.75 (Regnal. 45 and 46 Vict).

³⁰⁶ 1935 C.30 (Regnal. 25 and 26 Geo 5).

³⁰⁷ HAMILTON, C. Y PERRY, A.: "England and Wales", en HAMILTON, C. Y PERRY, A. (eds.): *Family law in Europe*, Butterworths, Londres, 2º ed., 2002, pp. 105-111.

³⁰⁸ 1978 C. 22.

³⁰⁹ 1973 C.18.

2) Por lo que respecta a la vivienda familiar, se reconoce un derecho de ocupación en virtud de la *Family Law Act 1996*³¹⁰ (arts. 30 a 32). Así, cuando uno de los cónyuges es el propietario de la vivienda, el otro goza de los llamados *home rights* que consisten, si el cónyuge está ocupando la casa, en el derecho a no ser expulsado de la misma a menos que exista una orden judicial, y si no está ocupando la casa, en el derecho a poder entrar y salir de la misma. Es esencial que el beneficiario de un derecho de ocupación registre tal derecho para poder hacerlo valer frente a terceros (acreedores hipotecarios, futuros compradores, etc.). El derecho de ocupación respecto de la vivienda familiar protege, además, al cónyuge del peligro de que ésta pueda ser vendida sin su conocimiento o consentimiento.

Por otro lado, el Tribunal tiene competencia para dictar una *order* que regule el derecho de ocupación, que en sus casos más extremos puede llegar a incluir la obligación de abandonar el hogar familiar y sus alrededores. Para el ejercicio de esta potestad, el Tribunal tendrá en cuenta factores como las necesidades del hogar y los recursos de las partes y de los hijos menores si los hubiera, el impacto que tal decisión tuviera sobre los hijos menores, la conducta de los cónyuges, etc. (arts. 33 a 41 *Family Law Act 1996*).

3) Finalmente, las contribuciones económicas a los gastos del hogar es una de las consecuencias patrimoniales del matrimonio que viene a matizar la regla general de la independencia matrimonial. Así, en virtud

³¹⁰ 1996 C.27.

del art. 1 de la *Married Women's Property Act* 1964³¹¹, el dinero y las propiedades derivadas de las contribuciones hechas por el marido para cubrir los gastos generales del hogar, pertenecen por partes iguales a los cónyuges, salvo acuerdo en contrario. El contenido discriminatorio de la disposición -únicamente se refiere a las contribuciones realizadas por el marido- hace que sea contraria al art. 5 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, motivo por el cual la *Equality Act* 2010³¹² modificó el contenido de la *Married Women's Property Act* 1964, extendiéndolo a las contribuciones realizadas por cualquiera de los cónyuges.

3. Consecuencias patrimoniales tras la disolución del matrimonio

Mientras que el *Common law* de Inglaterra y Gales no contiene normas sobre especiales sobre el derecho de propiedad vigente el matrimonio, la disolución del mismo -como ya se ha avanzado- sí produce un fuerte impacto en los bienes de los cónyuges.

1) Así, cuando la disolución del matrimonio se produce por el divorcio de los cónyuges (III.3.1), los jueces ingleses tienen a su disposición un conjunto de *orders* para alcanzar la *fairness* –un resultado justo- entre los cónyuges, haciendo uso de un enorme poder discrecional. En particular, los Tribunales pueden emitir *maintenance pending suit* (art. 22 MCA), *financial provision orders -periodical payments y lump sum orders-* (art. 23 MCA), *property adjustments orders* (art. 24 MCA),

³¹¹ 1964 C.19.

³¹² 2010 C.15.

orders for sale of property (art. 24A MCA) y *pension sharing orders in connection with divorce* (art. 24B MCA). Este elenco de 5 *financial orders* componen básicamente el concepto de *Ancillary* o *Financial Relief*, que desde Abril de 2011 (con la entrada en vigor de la *Family Procedure Rules 2010*³¹³), forma parte³¹⁴ de los llamados *Financial Remedies*³¹⁴.

Como se verá, para dictar una o varias de estas *orders* el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso (art. 25(1) MCA), entre las que puede encontrarse la conclusión por parte de los cónyuges de un acuerdo matrimonial en el que determinan anticipadamente las consecuencias financieras de su eventual divorcio. Esta circunstancia implicará la existencia de dos escenarios, según los cónyuges hayan ejercido (III.3.1.2) o no (III.3.1.3) la autonomía de la voluntad.

Resulta crucial en este punto indicar que las consecuencias financieras de un divorcio en Inglaterra y Gales no distinguen entre la división de la propiedad o la pensión de alimentos³¹⁵, como en los sistemas de derecho civil. Las *order* emitidas por el Tribunal ofrecen un resultado global, comúnmente llamado *tool box*³¹⁶ o *global package*

³¹³ 2010 No. 2955 (L.17).

³¹⁴ El resto de *orders* que componen el concepto de *Financial Remedies* se encuentran en el art. 2.3. de *Family Procedure Rules 2010*.

³¹⁵ La traducción del concepto de *maintenance* se ha realizado de acuerdo con lo establecido por la *Commission on European family law*. En este sentido, *vid.*, BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GÓNZALEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2004, p. 70.

³¹⁶ MILES, J.: "England and Wales", en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements...*, *op. cit.*, p. 93.

*solution*³¹⁷. Por tanto, el análisis que se efectuará versará sobre las consecuencias generales y globales de carácter patrimonial de la disolución por del matrimonio.

2) Por otro lado, disuelto el matrimonio por el fallecimiento de uno de los cónyuges (III.3.2), el resultado final también será distinto según los casos en que el cónyuge superviviente hubiera realizado testamento –habida cuenta de la libertad testamentaria de la que goza el derecho de Inglaterra y Gales- (III. 3.2.2) o dependiendo de los casos en que hubiera fallecido sin haber concluido disposición testamentaria, produciéndose en estos supuestos la entrada en escena de una serie de derechos o beneficios para el cónyuge superviviente previstos legalmente (III.3.2.3).

3.1. Supuestos de disolución del matrimonio por divorcio

3.1.1. Cuestiones preliminares

El punto de partida para realizar la distribución y asignación de los recursos de los cónyuges en caso de divorcio se encuentra en el art. 25(1) MCA que establece que, en las disputas referentes a la solicitud de *Ancillary Relief*, el juez tendrá en cuenta todas las circunstancias del caso cuando tenga que emitir una *order*, aunque en primer lugar priorizará el bienestar de los hijos menores del matrimonio.

Junto al carácter genérico de esta disposición, el art. 25(2) MCA contiene una listado de factores que el juez deberá valorar para justificar su decisión, a saber:

³¹⁷ DUTTA, A.: “Cross-border enforcement of English ancillary relief orders- Fog in the channel, Europe cut off?”, *Family law Journal*, Abril 2010, p. 385.

- a) Los ingresos, la capacidad para obtener ingresos y los bienes y otros recursos económicos que cada uno de los cónyuges posea o pueda poseer en un futuro previsible, incluyendo en el caso de la capacidad de generar ingresos, cualquier incremento razonable de tal capacidad que pudiera preverse;
- b) Las necesidades, obligaciones y responsabilidades económicas que cada uno de los cónyuges tenga o pueda tener en un futuro previsible;
- c) El nivel de vida de la familia antes de la ruptura del matrimonio;
- d) La edad de las partes y la duración del matrimonio;
- e) Las discapacidades físicas o mentales que sufran las partes;
- f) Las aportaciones que cada parte haya hecho o pueda hacer en el futuro al bienestar de la familia, incluyendo el cuidado del hogar y de los niños;
- g) La conducta de los cónyuges, en caso de que fuera injusto no tenerla en cuenta en el reparto de bienes;
- h) El valor para cada uno de los cónyuges de cualquier beneficio que pudiera dejar de percibir a raíz del divorcio o la nulidad matrimonial³¹⁸.

De este modo, el art. 25 de la MCA contiene un principio o factor que se aplica con carácter protagonista sobre el resto –el referente al bienestar de los hijos menores de edad de los cónyuges-, y luego un detallado elenco de circunstancias a considerar a la hora de efectuar el

³¹⁸ Traducción extraída de http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_eng_es.htm. (último acceso 29.12.2014).

reparto de los recursos disponibles. Como se deduce de la citada disposición, los jueces gozan de un amplio poder discrecional para distribuir los recursos de los cónyuges en los casos de divorcio³¹⁹, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

Dicha discrecionalidad no significa, sin embargo, que los propios cónyuges no puedan influir en el resultado final alcanzado por el juez, más bien al contrario, pueden realizar un acuerdo matrimonial que deberá ser tomado en cuenta por éste, en mayor o menor medida, a la hora de decidir sobre las consecuencias económicas del divorcio (III.3.1.2). En ausencia del mismo, el juez se basará igualmente en todas las circunstancias del caso, mas al no haber ejercido los cónyuges la autonomía de la voluntad, puede resultar que el fallo de la sentencia no cumpla las expectativas de ambos (III.3.1.3).

3.1.2. La incidencia de la autonomía de la voluntad: los acuerdos matrimoniales

A. Cuestiones preliminares

Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tienen como objetivo determinar las consecuencias financieras de una ruptura conyugal y su eficacia jurídica ha dependido, tradicionalmente, del momento de su celebración. De este modo, pueden distinguirse los acuerdos de separación -concluidos generalmente por los cónyuges ante un divorcio inminente, aunque pendiente todavía la relación matrimonial- (III.3.1.2.B) y los

³¹⁹ HERRING, J., PROBERT, R. y GILMORE, S.: *Great debates in family law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, pp. 226-246.

acuerdos matrimoniales, en sentido estricto, que pueden ser postmatrimoniales -celebrados antes de la crisis conyugal por los casados- (II.3.1.2.C) o prematrimoniales -otorgados por quienes todavía no están casados- (II.3.1.2.D).

1) Con carácter general, los acuerdos de separación han tenido una buena acogida en Inglaterra y Gales, al evitar cualquier futura litigación más que promoverla, y presentar una ventaja respecto de los otros tipos de acuerdos matrimoniales: quienes realizan un acuerdo de separación, lo hacen con plena conciencia de sus circunstancias, mientras que en los acuerdos matrimoniales, se está regulando un futuro incierto. Este factor, obviamente, justifica que la intervención del juez en cuanto al respeto del contenido del acuerdo sea menor³²⁰.

2) Los acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales, por su parte, han sido percibidos tradicionalmente como contrarios al orden público. La obligación de convivencia mutua de los cónyuges y la no liberalización del divorcio hasta mediados del Siglo XX –con la entrada en vigor de la *Divorce Reform Act 1969*–, actuaban como factores de peso para no admitir su eficacia jurídica. Esta situación se ha desbloqueado en los últimos 50 años aunque, en cualquier caso, el tratamiento jurídico de los acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales ha sido desigual hasta fechas recientes.

³²⁰ PROBERT, R.: *Cretney and Probert's...*, op. cit., pp. 184-185.

B. Los acuerdos de separación

Los acuerdos de separación y su potencial vinculación se remontan al año 1929, con razón de la sentencia del caso *Hyman v Hyman*³²¹, donde el Tribunal declaró nulos los acuerdos de separación cuyo contenido versara sobre la renuncia de las partes a interponer demanda de medidas económicas, a la par que indicó que ningún acuerdo privado de las partes podía privar al juez de ejercer su discrecionalidad en cuanto al *Ancillary relief*. Posteriormente, el *Maintenance Act agreement* de 1957³²² introdujo expresamente la posibilidad de que los cónyuges, con ocasión de su crisis matrimonial, regularan los efectos económicos de su separación o divorcio, consolidando así el contenido de la sentencia del caso *Hyman v Hyman*.

Actualmente, los acuerdos de separación se encuentran regulados en la MCA (arts. 34 y 35), donde se indica la posibilidad de los cónyuges de regular anticipadamente las consecuencias de su eventual separación o divorcio, estableciéndose que un acuerdo celebrado con tal contenido tendrá carácter vinculante siempre que no sea perjudicial para los hijos o para alguno de los cónyuges por haberse producido un cambio en las circunstancias iniciales. En virtud de dicha norma, el único requisito formal de tales acuerdos es que se realicen en forma escrita; nada se indica sobre el asesoramiento que las partes debieran recibir o sobre la revelación

³²¹ *Hyman v Hyman* [1929] AC 601. El supuesto de hecho de esta sentencia versaba sobre dos cónyuges que habían concluido un acuerdo de separación tras haber cometido adulterio el marido. En dicho acuerdo, los cónyuges pactaban que el marido pagaría a la mujer una determinada cantidad si ésta no reclamaba judicialmente medidas económicas distintas a las acordadas.

³²² 1957 C.35.

del patrimonio, aunque serán factores que el juez tendrá en cuenta de cara a otorgar un mayor o menor peso al acuerdo.

Para que el acuerdo realizado sea obligatorio a todos los efectos tendrá que ser previamente homologado por el Tribunal. Para ello, las partes presentarán el acuerdo al juez, que podrá emitir una *consent order*, donde se incluirá el contenido de lo pactado (art.33A MCA). A este fin, las partes deberán informar al juez sus circunstancias. Si tal información se considera suficiente por el juez, emitirá la *consent order*, pero de lo contrario requerirá más información adicional. En este sentido, se ha considerado que el juez debería disponer de todos los datos relevantes a la luz del art. 25 MCA. La función del juez, pues, queda a medio camino entre “poner un sello al acuerdo” y ejercer de “investigador forense”³²³.

C. Los acuerdos postmatrimoniales

Junto a los acuerdos de separación, concluidos mientras el matrimonio perdura pero ya se avizora un próximo divorcio, se encuentran los acuerdos postmatrimoniales. Este tipo de acuerdos comenzaron a tener cierta relevancia jurídica con la *Divorce Reform Act* 1969 y la *Matrimonial Proceedings and Property Act* 1970³²⁴ -y las posteriores reformas legislativas-, que apoyaban la autonomía de la voluntad de los cónyuges para regular las consecuencias financieras de su ruptura, otorgándose así a este tipo de acuerdos la misma eficacia legal que los

³²³ *L v L* [2006] EWHC 956 (fam).

³²⁴ 1970 C. 45.

acuerdos de separación. Esta postura quedó reafirmada en la sentencia del caso *MacLeod v MacLeod*³²⁵, resuelto por el *Privy Council*, que estableció que los acuerdos prematrimoniales no eran vinculantes, pero sí los postmatrimoniales, siempre que no dejaran pocas provisiones a los hijos y fueran manifiestamente injustos.

De la citada sentencia podía inferirse que los acuerdos postmatrimoniales y los acuerdos de separación se encontraban homologados, y eran los acuerdos prematrimoniales los que merecían un evaluación jurídica distinta. Con todo, una cosa es no otorgar fuerza vinculante *per se* a los acuerdos prematrimoniales y otra bien distinta, no dotarles relevancia alguna como parte de todas las circunstancias del caso y así encontramos algunos *case law* que concedían cierto peso a este tipo de acuerdos³²⁶.

D. Los acuerdos prematrimoniales

Una tercera categoría de acuerdos es el relativo a los prematrimoniales, cuyo *status* comenzó a perfilarse, de modo protagonista, con la sentencia del caso *Radmacher v Granatino*³²⁷, cuyo

³²⁵ *MacLeod v MacLeod* [2008] UKPC 64. El supuesto de hecho de la sentencia versa sobre un acuerdo prematrimonial concluido en Florida al que se acompañó, años más tarde y con ocasión de las diferencias de los cónyuges, escritura pública modificando su contenido y alterando los efectos de una eventual ruptura.

³²⁶ *Crossley v Crossley* [2007] EWCA Civ. 1491 en gran medida, y en menor, *K v K* [2003] EWHC 3178 (fam).

³²⁷ *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42. En el supuesto de hecho de la sentencia se discutía la eficacia jurídica en Inglaterra de un acuerdo prematrimonial celebrado en Alemania, cuyo contenido establecía el régimen económico matrimonial de separación de las ganancias del Código Civil alemán y limitaba a los futuros cónyuges respecto de la posibilidad de interponer demanda de alimentos o de cualquier otra compensación en

fallo es considerado el más importante de la década en materia de autonomía de la voluntad y *Ancillary Relief*, por lo que se analizará en detalle la evolución del caso en todas las instancias procesales superiores inglesas –*High Court, Court of Appeal* y *Supreme Court*–.

1) En primer lugar, por lo que respecta al fallo de la sentencia dictada por *High Court*³²⁸ en relación con el peso del acuerdo para influir en la determinación de los efectos económicos del matrimonio, el tribunal, ante la ausencia de regulación legal sobre esta cuestión, basó su decisión en un Documento de consulta del Gobierno de 1998 -elaborado en el marco de un estudio dirigido al Parlamento por si se decidía a legislar sobre esta materia³²⁹- en el que se enumeraban los factores que el juez debía tener en cuenta a la hora de determinar el carácter vinculante de estos acuerdos -conurrencia de hijos menores, cumplimiento de las reglas generales de los contratos, falta de asesoramiento legal, resultado injusto para uno de los cónyuges o hijos menores, información del patrimonio inter cónyuges y celebración con un mínimo de 21 días de antelación de la celebración del matrimonio-. La conclusión alcanzada, una vez contrastado el supuesto de hecho con tales factores –el marido, demandante, adoleció de información precisa acerca del patrimonio de su

caso de ruptura. En particular, se trataba de un matrimonio franco-alemán, con residencia habitual en Londres y con dos hijas. Al tiempo de celebración del matrimonio ambos cónyuges contaban con una buena posición económica y profesional, si bien, además, la mujer provenía de una familia adinerada. En un momento determinado el marido decide abandonar su trabajo para realizar una tesis doctoral en su especialidad y a partir de ahí, se desencadena una crisis en la pareja.

³²⁸ *NG v KR* [2008] EWHC 1532 (fam).

³²⁹ Green paper supporting families, *Family Law*, 150 [1999], 162.

esposa y careció de asesoramiento legal-, fue que el peso que debía otorgarse al acuerdo debía ser bastante limitado.

2) Disconforme con tal pronunciamiento, la esposa decide interponer recurso ante la *Court of Appeal*³³⁰, que falló a su favor otorgando mayor peso al acuerdo matrimonial al no considerar que la falta de asesoramiento o de información detallada de sus propiedades fueran factores que debieran limitar la vinculación del acuerdo. El asesoramiento legal no es un factor determinante si el contratante sí tiene la capacidad suficiente - el señor Radmacher estaba haciendo un doctorado- para saber a lo que se está obligando y por lo que respecta a la información detallada de las propiedades, no puede exigirse un minucioso inventario donde consten todas los bienes de los cónyuges.

3) Por su parte, la *Supreme Court*³³¹, por gran mayoría ³³², estableció que la eficacia jurídica de los acuerdos matrimoniales –superándose la diferenciación entre acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales que la sentencia *MacLeod v MacLeod* realizaba- dependía de un doble juego: el examen de determinados requisitos al tiempo de realización del pacto (A) y el análisis de las circunstancias en el momento en que el acuerdo debe cumplirse (B).

A) Por lo que respecta al primer factor, resulta necesario a su vez distinguir tres circunstancias que influyen en la firma del acuerdo: los límites temporales, el asesoramiento legal independiente y la

³³⁰ *Radmacher v Granatino* [2009] EWCA Civ. 649.

³³¹ *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42.

³³² Una de las juezes del caso, *Lady Hale*, diside de la conclusión generalizada de la validez, eficacia y peso de los acuerdos prematrimoniales al entender que tal tarea correspondería, en su caso, al Parlamento.

transmisión completa de información patrimonial. Basta con adelantar que el incumplimiento específico de cualquiera de estas circunstancias no implica necesariamente la invalidez del acuerdo prematrimonial, sino que será necesario realizar una valoración de conjunto.

El límite temporal haría referencia, en relación con los acuerdos prematrimoniales, a con cuanta antelación desde la fecha de celebración del matrimonio puede concluirse el acuerdo patrimonial para asegurar que no ha existido inferencia en la voluntad de los firmantes. Sobre este punto, la sentencia del asunto *Radmacher v Granatino*, estableció que no resulta posible especificar un número de días porque no está garantizado que un acuerdo celebrado poco antes de la celebración haya sido objeto de prolongadas negociaciones o de una conversación efímera y porque además la determinación de un día máximo para concluir el acuerdo no haría sino extender hasta tal día la presión para los futuros cónyuges.

El asesoramiento legal independiente versa sobre hasta qué punto la voluntad de vincularse mediante un acuerdo matrimonial recibiendo asesoramiento legal actuaría como garantía para comprender las consecuencias de tal acuerdo. Pues bien, en Inglaterra y Gales tal requisito no es determinante³³³, aunque resulta evidente que sí podría potenciar la validez del acuerdo.

³³³ HARPER, M. y FRANKLE, B.: “An English practitioner’s view on Pre-Nuptial, Post-Nuptial and Separation agreements”, en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements...*, *op. cit.*, pp. 128-129.

El último elemento relevante al momento de celebración del acuerdo es la transmisión completa de la información patrimonial de cada uno de los cónyuges. Se podría discutir aquí si, a la hora de realizar este tipo de pactos cada una de las partes necesita detallar el patrimonio que se halla en su haber. En este punto, la clave será considerar si el ocultamiento de la información es mínimo o máximo o si podría marcar la diferencia de cara a suscribir el acuerdo. De esta manera, resulta evidente que en algunos supuestos sí puede tener incidencia suficiente como para poner en tela de juicio el que la decisión de celebrar el contrato matrimonial haya sido libre e informada.

B) Por otro lado, en relación con las circunstancias vigentes al tiempo de ejecución del acuerdo, resulta necesario observar si se considera justo mantener su contenido intacto en tal momento. Para ello, primeramente, debe tomarse en consideración el bienestar de los hijos de la familia³³⁴. Después, como norma general, debe respetarse la autonomía de las partes³³⁵, siempre que no se vulnere la *fairness* en el momento en que el acuerdo deba cumplirse³³⁶.

E. El devenir jurídico de los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales

La verdadera relevancia jurídica de la sentencia del caso *Radmacher v Granatino* viene determinada por igualar, en cierto modo, el carácter

³³⁴ *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, párr. 77.

³³⁵ *Ibid.*, párr. 78.

³³⁶ *Ibid.*, párr. 81-82.

vinculante de los acuerdos matrimoniales y de separación –de hecho, en el propio pronunciamiento se hace referencia a la sentencia del caso *Edgar v Edgar*³³⁷, referido a acuerdos de separación-, y por indicar que la regla de la contrariedad del orden público de estos acuerdos resulta obsoleta.

Lo anterior significa bajo ninguna circunstancia que los acuerdos matrimoniales despojen absolutamente a los Tribunales de sus poderes discrecionales, quedando pues intacta la doctrina *Hyman v Hyman* que impide que cualquier acuerdo sobrepase tales límites. Su importancia, empero, radica en reducir en cierto modo la potestad de los jueces, al otorgar un importante peso al acuerdo privativo de los cónyuges, dentro del análisis de las circunstancias del caso (art. 25(1) MCA), siempre que hayan sido celebrados válidamente y no resulten injustos para los hijos del matrimonios o los propios cónyuges por haberse producido un cambio en la circunstancias³³⁸.

A partir de la línea argumental recogida en la sentencia *Radmacher v Granatino*, la *Law Commission* aun propone ir más allá, promoviendo una reforma legislativa que introduzca los llamados *qualifying nuptial agreements*. Dichos acuerdos deberían permitir a las partes acordar las consecuencias financieras del divorcio, sin intervención alguna de los Tribunales, siempre que su contenido no versara sobre las futuras

³³⁷ *Edgar v Edgar* [1980] EWCA Civ. 2.

³³⁸ SCHERPE, J.: “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v Granatino*. Equidad, libertad y “elementos extranjeros”, *Indret*, núm. 2, 2012, p. 21; LOWE, N.: “Prenuptial Agreements. The developing English position”, en VERBEKE, A-L., SCHERPE, J., DECLERK, C., HELMS, T. Y SENAVERE, P. (eds.): *Confronting the frontiers of family law and succession law*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 872 y GASPAR LERA, S.: “Los acuerdos prematrimoniales en derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial”, *Indret*, núm.3, 2012, pp. 20-23.

necesidades de vivienda, cuidado de los niños u otro tipo de ingresos o beneficios relacionados con las necesidades financieras básicas. Para ello, se exigiría que el acuerdo fuera contractualmente válido, realizado en escritura pública y firmado por ambas partes, celebrado con una antelación mayor a 28 días de la celebración del matrimonio, realizado con la debida información patrimonial de cada uno de los cónyuges y con el venido asesoramiento legal³³⁹.

En definitiva, puede concluirse que la relevancia que se otorga a los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales es cada vez mayor, con independencia del momento de su celebración, ocupando éstos un papel destacado en el análisis de todas las circunstancias del caso (art. 25(1) MCA) que realiza el juez para alcanzar un resultado justo *-fairness-* en la distribución y asignación de los recursos de los cónyuges con ocasión de su divorcio.

3.1.3. *La distribución del patrimonio en ausencia de manifestación de voluntad*

A. *Antecedentes y evolución de la materia*

Junto al primer escenario que se acaba de analizar, en el que los cónyuges al realizar un contrato matrimonial “obligan” al juez a tener en cuenta, como una de las circunstancias del caso (art. 25(1) MCA), el modo en que desean se distribuyan sus recursos con ocasión del divorcio, existe

³³⁹ Final report Law Commission: Matrimonial property, needs and compensation, puntos 1:26 a 1:39 (publicado el 26 de febrero de 2014).

la posibilidad de que éstos no se hayan exteriorizado su voluntad en modo alguno.

La cuestión en este caso será determinar de qué forma se reparten las propiedades de los cónyuges con carácter legal, es decir, interesa analizar el modo en que los Tribunales han venido aplicando el art. 25 MCA cuando los cónyuges no han ejercido las facultades dispositivas para organizar el destino de su patrimonio.

Pese a la abundante práctica inglesa y galesa en la materia, que viene a modular la realidad normativa en la materia –el art. 25 MCA que, recuérdese, obliga a atender todas las circunstancias del caso, y en particular, un detallado elenco de factores-, pueden distinguirse cuatro etapas temporales para escenificar el modo en que los tribunales resuelven las consecuencias financieras del divorcio en ausencia de manifestación de voluntad por parte de los cónyuges, resultando especialmente relevantes las tres últimas, directamente articuladas sobre las sentencias de los casos *White v White*³⁴⁰, *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane*³⁴¹ y *Charman v Charman*³⁴².

1) En el año 1970³⁴³, la aplicación por parte de los Tribunales de la MCA giraba en torno al principio de *minimal loss*, que buscaba mantener

³⁴⁰ *White v White* [2000] 1 UKHL 54.

³⁴¹ *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24.

³⁴² *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ. 503.

³⁴³ Téngase presente que hasta el año 1970, en Inglaterra y Gales la separación de patrimonios de los cónyuges iba acompañada de una ausencia de redistribución de los bienes en caso de divorcio, nulidad o separación e incluso las reclamaciones de alimentos eran de cuantía muy reducida (COOKE, E.: “A late Instalment in a Long Story”, en GILMORE, S., HERRING, J. y PROBERT, R. (eds.): *Landmark Cases in Family Law*, Oxford, Hart, 2011, p. 271).

el nivel de vida que ambos cónyuges habían llevado durante el matrimonio, como si la ruptura no hubiera tenido lugar. El principal escollo en la aplicación de dicho principio era que en la mayoría de los casos, difícilmente se disponía de recursos suficientes para mantener tales niveles de vida por separado³⁴⁴. En virtud de ello, la *Matrimonial and family proceedings Act 1984* decidió eliminar el principio *minimal loss*. Paralelamente, la jurisprudencia se centró igualmente en garantizar al demandante *reasonable requirements*, que en los casos económicamente más voluminosos conducían a un fuerte desnivel entre la fortuna que conseguía mantener el marido -que era quien generalmente trabajaba fuera del hogar- y la cuantía que se le otorgaba a la mujer³⁴⁵. Este concepto, como se verá, también fue superado.

2) Posteriormente, en la sentencia del asunto *White v White*³⁴⁶, donde el patrimonio acumulado excedía con creces de la cantidad mínima a repartir para cubrir las necesidades básicas del demandante, la *House of the Lords*, especialmente a través de la intervención de *Lord Nicholls*, emitió uno de los fallos más importantes hasta la fecha por lo que a la interpretación del art.25 de la MCA respecta³⁴⁷. Como punto de partida, la citada sentencia estableció que el Tribunal tiene que alcanzar la *fairness* y

³⁴⁴ PROBERT, R.: *Cretney and Probert's...*, *op. cit.*, p. 192.

³⁴⁵ *Dart v Dart* [1996] EWCA Civ. 1343; *Conran v Conran* [1997] 2 FLR. 615 y *A v A* [1998] 3 FLR 421.

³⁴⁶ *White v White* [2000] 1 UKHL 54. El supuesto de hecho de la sentencia versa sobre dos cónyuges que se divorcian tras 33 años de matrimonio. Ambos se ocupaban de gestionar conjuntamente una propiedad agrícola que había sido adquirida con ayuda económica de la familia del marido. En el momento del divorcio el patrimonio ascendía a 4,5 millones de libras, que debían "repartirse" entre ambos cónyuges.

³⁴⁷ COOKE, E.: "A late Instalment in...", *op. cit.*, p. 271.

para ello no puede existir discriminación alguna entre el hombre y la mujer en relación con sus respectivos papeles.

En esta sentencia, la *House of the Lords* estableció que para la división del patrimonio entre los antiguos cónyuges debía tenerse presente no sólo quien efectivamente había generado los ingresos, sino también quien había realizado las tareas del hogar, cuidado de los niños, etc., pues sin tal ayuda no se habría podido conseguir tal patrimonio. En segundo lugar, se añadía que el Tribunal debía evitar caer en la tentación de mostrarse reacio a aplicar *the yardstick of equality*. La igualdad únicamente deberá quebrantarse en aquellos casos en que exista una buena razón para ello. No obstante, esto no significa que la igualdad deba ser el punto de partida para los jueces, ni que exista una presunción de igualdad. Por último, la citada sentencia indicó que el concepto de *reasonable requirements* debía abandonarse, especialmente cuando los recursos disponibles eran mayores que la cuantía necesaria para cubrir las necesidades básicas, por solaparse con el propio término de necesidades económicas (art.25(2)(b) MCA) e inducir a confusión³⁴⁸.

3) Años más tarde se pronunciaría la sentencia sobre los casos *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane*³⁴⁹, que abordaban realidades bastante parejas y se referencian de forma conjunta en los repertorios ingleses. En

³⁴⁸ BIRD, R. y KING, A.: *Ancillary Relief and Financial Orders Handbook*, Bristol, Family law, 8º ed., 2011, p. 4.

³⁴⁹ *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24. En ambos casos, recogidos en una única sentencia, se disponía de un fuerte caudal económico, si bien en *Miller* se trataba de un matrimonio de 3 años de duración en el que los ingresos eran mayormente generados por el marido, mientras que en *McFarlane* el supuesto versaba sobre un matrimonio de larga duración, con tres hijos y en el que la mujer, había abandonado su carrera profesional para ocuparse de ellos.

ella, la *House of the Lords* siguió haciendo referencia a los conceptos de *fairness*, trato no discriminatorio y *equal sharing*, recogidos en el asunto *White*. En este sentido, se delimitaron claramente que los tres factores a tener en cuenta para alcanzar un *fairness* eran: *needs*, *compensation* y *equal sharing*. Especialmente relevantes resultan las aportaciones que hicieron *Lord Nicholls* y *Baroness Hale of Richmond* para precisar el contenido de tales conceptos.

A) En primer lugar, en relación con el principio de *needs*, *Lord Nicholls* indicó que este elemento refleja el hecho de que cada relación, en mayor o menor medida, genera cierto nivel de interdependencia entre los cónyuges. Cuando el matrimonio termina no se puede hacer caso omiso de la obligación mutua de apoyo generada entre ambas partes y así, un reparto justo, supone que los bienes de las partes deben cubrir las necesidades financieras y de hogar de ambos, teniendo en cuenta un gran número de factores como la edad de los cónyuges, su potencial nivel adquisitivo, el nivel de vida que la familia había llevado vigente el matrimonio o alguna minusvalía o enfermedad que pudiera padecido alguno de los cónyuges³⁵⁰. Por su parte, la *Baroness Hale of Richmond* señaló que muchas de estas necesidades financieras son consecuencia del matrimonio y que, por tanto, debían ser cubiertas para con ambas partes. Así, citó como ejemplo el caso del cónyuge que ha cuidado del hogar y de los niños, habiéndose salido del mercado laboral y, en

³⁵⁰ *Ibid.*, párr. 11.

definitiva, no habiendo generado ingresos propios para cubrir sus necesidades en caso de ruptura³⁵¹.

B) Por lo que respecta al concepto de *compensation*, *Lord Nicholls* argumentó que este principio buscaba paliar los efectos negativos que para alguna de las partes había generado la distribución de las tareas conyugales³⁵². Como indica la *Baroness Hale of Richmond*, se está haciendo referencia indirectamente al caso de una mujer que renuncia a su carrera profesional para realizar las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, debiendo ser, en ese caso, compensada³⁵³.

C) Por último, el *equal sharing* vendría derivado, según *Lord Nicholls*, del propio principio de igualdad, impregnado en la vida del matrimonio, tal y como se percibe en la actualidad. Así, el matrimonio no es sino una relación entre iguales. Cuando el matrimonio termina, resulta pues evidente proceder a un reparto equitativo de los bienes, a menos que haya una razón que justifique lo contrario. Aunque *Lord Nicholls* puntualizó que la regla de la igualdad debe ser entendida como una ayuda y no como premisa obligatoria³⁵⁴. Con todo, como indica la *Baroness Hale of Richmond*, la relación entre iguales no es siempre equivalente a reparto igualitario³⁵⁵.

³⁵¹ *Ibíd.*, párr. 138.

³⁵² *Ibíd.*, párr. 13.

³⁵³ *Ibíd.*, párr. 140.

³⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 16.

³⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 140-142.

Por desgracia, la interacción de dichos conceptos no fue tratada con profundidad en *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane*. Ambos *Lords* únicamente indicaron que no podía existir una regla invariable por la cual se debiera comenzar bien con un reparto igualitario y después ajustarlo en virtud de las necesidades/compensación o bien aplicando los principios de necesidad y compensación con carácter prioritario y proceder a un reparto igualitario por la cuantía restante.

Quizás uno de los mayores avances de *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* fue el trazar una línea divisoria entre bienes cuya razón de ser proviene del matrimonio en sí y bienes con origen distinto, estando de acuerdo en este punto *Lord Nicholls* y *Baroness Hale of Richmond*, si bien adoptando esta última un enfoque más restringido. Así, *Lord Nicholls* diferencia entre bienes matrimoniales y bienes no matrimoniales, haciendo referencia el primero de ellos al hogar familiar y todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, y abarcando el segundo los bienes que los cónyuges tuvieran con anterioridad al matrimonio y los regalos y herencias que recibieran vigente el matrimonio³⁵⁶. Por su parte, la *Baroness Hale of Richmond*, distinguió entre bienes familiares (bienes adquiridos para el uso y beneficio de la familia, incluyendo el hogar familiar y los negocios en que ambos cónyuges hubieren participado) y otros bienes (negocios e inversiones obtenidos con el esfuerzo de uno sólo de los cónyuges)³⁵⁷. Pues bien, ambos coincidieron en que, tratándose de matrimonios de corta duración, era posible quebrantar el principio de

³⁵⁶ *Ibid.*, párr. 21-25.

³⁵⁷ *Ibid.*, párr. 147-153.

reparto igualitario por lo que respecta a los bienes no matrimoniales u otros bienes.

4) El primer gran asunto que llegó a la Court of Appeal tras la sentencia del caso *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* fue el caso *Charman v Charman* de 2006³⁵⁸, que siguió perfilando todavía más los principios mencionados³⁵⁹.

A) Primeramente, el Tribunal reabrió la polémica en cuanto a si el reparto igualitario era más bien una regla o un punto de partida para los jueces. En este sentido, siguiendo la opinión de *Lord Cooke* en *White* –aparentemente en desacuerdo con *Lord Nicholls* en cuanto a la consideración de la igualdad como regla- y los argumentos esgrimidos en *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane*, la Court of Appeal, al decir que ya no era necesario que el Tribunal aplicara el principio de igualdad en último lugar, parecía estar infiriéndole un carácter prioritario³⁶⁰. Su consideración como punto de partida parecía además inducir a la sencillez, pues resulta menos complicado para un tribunal proceder a un reparto de 50:50 y después ajustar en función de los principios de *need y compensation* que, partir de estos últimos principios y después repartir

³⁵⁸ *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ. 503. El supuesto de hecho de la sentencia versaba sobre la división de una patrimonio de 171 millones de libras, generado por el marido, en el contexto de un matrimonio de 27 años de duración y con dos hijos.

³⁵⁹ Sobre el por qué hemos elegido un asunto de la *Court of Appeal*, poniéndolo al mismo nivel que los otros dos de la *House of the Lords* *vid.*, BIRD, R. y KING, A. : *Ancillary Relief...*, *op. cit.*, p. 9: “It is worth noting that this was a particularly strong court, consisting of the President, and Thorpe and Wilson LJJ. It would be difficult to conceive a greater concentration of expertise in this field. Moreover, the judgment was the judgment of the court, so there are no differences of opinion to be analysed”.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 9.

igualmente el patrimonio restante³⁶¹. Como veremos a continuación, esto no significa que el principio de *equal sharing* vaya a aplicarse siempre con carácter prioritario, pues su interacción con los otros dos principios no es cuestión baladí.

Al abordar la espinosa cuestión de la determinación de los bienes que deben ser objeto de un reparto igualitario, la *Court of Appeal*, adoptó una perspectiva general estableciendo que todos los bienes tienen cabida dentro del principio de *equal sharing*, pareciendo así estar dejando de lado la diferenciación entre bienes matrimoniales/no matrimoniales. Sin embargo, el propio fallo se encargó de indicar que una de las razones para quebrantar el principio de *equal sharing* podía ser el origen de los bienes³⁶².

Así, tratándose de bienes no matrimoniales, podía estar perfectamente justificado no aplicar tal principio. En virtud de ello, se ha llegado a decir que el resultado al que conduce *Charman* no es diferente en términos prácticos: es lo mismo considerar que todos los bienes son susceptibles de ser divididos a menos que su origen sea no matrimonial, que dividir desde el principio todos los bienes en matrimoniales y no matrimoniales y que sobre estos últimos exista una presunción de no aplicación del principio de *equal sharing*³⁶³.

³⁶¹ MILES, J.: “Charman v Charman (Nº4) - making sense of need, compensation and equal sharing after *Miller/McFarlane*”, *Child and family law quarterly*, vol. 20, núm. 3, 2008, p. 382.

³⁶² *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ 503, párr. 65-66.

³⁶³ MILES, J.: “Charman v Charman...”, *op. cit.*, p. 383.

B) Una de las aportaciones más destacadas de esta sentencia hace referencia a la interacción de los ya mencionados principios de *needs*, *compensation* y *equal sharing*, sobre la que únicamente se habían dado pinceladas en la sentencia del caso *Miller*³⁶⁴.

En primer lugar, por lo que respecta a la relación *equal sharing-needs*, en aquellos casos en que los bienes cubren con creces las necesidades de ambas partes, el principio de *equal sharing* debe prevalecer. Por el contrario, el principio de *needs* prevalecerá cuando la aplicación primaria de *equal sharing* conduzca a una distribución de los recursos que no alcanza a cubrir las necesidades³⁶⁵.

Menos información se aportó en la sentencia sobre la interacción de los principios *needs* y *equal sharing* con *compensation*. En estos casos, los recursos disponibles jugarán un papel crucial: de tratarse de un caso económicamente voluminoso, tal *compensation* podría entenderse incluida en el reparto de los bienes en virtud del principio de *equal sharing*, pero tratándose de un caso de recursos limitados, podría llegar a incluirse como parte de las necesidades del demandante. En virtud de ello, el principio de *compensation* sólo será considerado con carácter autónomo en aquellos casos en que hayan más que suficientes bienes para satisfacer las necesidades del

³⁶⁴ COOKE, E.: “Miller/McFarlane: law in search of discrimination”, *Child and family law quarterly*, vol. 19, núm. 1, 2007, pp. 105-106.

³⁶⁵ *Charman v Charman* [2007] EWCA Civ. 503, párr. 73.

demandante, pero cuando con el principio de *equal sharing* no se compense suficientemente³⁶⁶.

B. *Perspectivas de futuro*

Del análisis jurisprudencial que se acaba de realizar, y en especial por la influencia de *White v White*, *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* y *Charman v Charman*, viene ocurriendo que los Tribunales ingleses y galeses se muestran favorables a resolver los asuntos tomando particularmente en consideración las citadas sentencias y descuidando, en parte, los factores del art. 25(2) MCA, que son los que realmente debe tener en cuenta el juez a la hora de proceder al reparto³⁶⁷.

A raíz de ello, y ante el temor de estar generando una jurisprudencia excesivamente casuística, y por ende rígida, se produce una cierta evolución jurisprudencial que busca de alguna manera volver a los orígenes del sistema. Ciertamente el Tribunal tiene que resolver caso por caso atendidas las circunstancias del supuesto que le es planteado, pero debe hacerlo teniendo en cuenta el contenido de la MCA y evitando concebir autónomamente y con carácter independiente los principios de *needs*, *compensation* y *equal sharing*³⁶⁸, que precisamente consagró la jurisprudencia mencionada.

Con todo, los principios de *needs*, *compensation* y *equal sharing* tampoco deben ser considerados como ajenos a los factores de la MCA,

³⁶⁶ MILES, J.: “Charman v. Charman...”, *op. cit.*, p. 392.

³⁶⁷ BIRD, R. y KING, A. : *Ancillary Relief...*, *op. cit.*, p. 10.

³⁶⁸ *CR v CR* [2007] EWHC 3334 (fam), *B v B* [2008] EWCA Civ. 543, *P v P* [2007] EWHC 2877 (fam) *Robson v Robson* [2010] EWCA Civ. 1171.

más bien al contrario: en la aplicación de tales principios se tienen en consideración todos estos factores³⁶⁹, pudiendo quedar su interrelación definida de la siguiente manera:

A) Para determinar las *needs* de los cónyuges, el Tribunal tendrá en cuenta las necesidades, obligaciones y responsabilidades económicas de cada uno de los cónyuges (art.25(2)(b) MCA), el nivel de vida de la familia antes de la ruptura del matrimonio (art.25(2)(c) MCA), la edad de las partes (art.25(2)(d) MCA) y las discapacidades físicas o mentales que sufran las partes (art.25(2)(d) MCA).

B) Por otro lado, para determinar la aplicación del principio de *equal sharing* vendrá motivada por factores tales como la duración del matrimonio (art. 25(2)(d) MCA), las aportaciones realizadas para el bienestar de la familia (art. 25(2)(f) MCA) y conducta de los cónyuges (art. 25(2)(g) MCA).

C) La interacción con el principio de *compensation*, no obstante, es más complicada de encajar, pues se trata de un principio que gira en torno a paliar las desventajas que la vida matrimonial hubiera podido causar, más que compensar por los posibles beneficios que el cónyuge pudiera dejar de percibir a raíz del divorcio o la nulidad matrimonial (art. 25(2)(h) MCA).

En definitiva, la línea argumental seguida en las sentencias *White v White*, *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* y *Charman v Charman* no resulta ajena a los propios factores contenidos en el MCA, pues los

³⁶⁹ BIRD, R. y KING, A. : *Ancillary Relief...*, *op. cit.*, p. 11.

principios *needs, compensation* y *equal sharing*, en mayor o menor medida, se corresponden con varios de dichos factores. Por tanto, puede concluirse que si bien resulta acertado evitar la “rigidez” que puede ocasionar el basar los fallos de la sentencias en dicha jurisprudencia en vez de resolver caso por caso y aplicando los factores del art. 25 MCA, no es menos cierto que las sentencias referenciadas no descuidan dichos factores, más bien al contrario, los perfilan, perfeccionan e interaccionan entre sí.

3.2. *Supuestos de disolución del matrimonio por fallecimiento del cónyuge*

3.2.1. *Cuestiones preliminares*

Tras haber analizado el modo en que los tribunales reparten los bienes de los cónyuges cuando la disolución del matrimonio se produce con ocasión del divorcio, resulta igualmente lógico plantearse cuál será la distribución patrimonial en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, para lo cual se examinará, en particular, la suerte que corre el cónyuge supérstite³⁷⁰.

Como punto de partida conviene indicar que el *Common law* de Inglaterra y Gales, en virtud de la *Inheritance Act 1975*³⁷¹, permite a cierto tipo de personas reclamar al Tribunal una parte de la herencia del causante con independencia de lo que le haya correspondido por herencia. Esta

³⁷⁰ Se analizarán aquí en los derechos del cónyuge supérstite sin ofrecer una regulación detallada del derecho sucesorio de Inglaterra y Gales por exceder del objeto de estudio.

³⁷¹ 1975, C.63.

disposición se aplica tanto en los casos en que el cónyuge ha fallecido dejando testamento, como cuando no. Entre las personas que pueden realizar este tipo de reclamación, por lo que aquí interesa, se encuentran en el cónyuge supérstite y el ex cónyuge supérstite, siempre que no haya formalizado otra relación.

El solicitante, tiene que demostrar que la disposición testamentaria realizada por el causante o el resultado que se produciría en los supuestos la sucesión intestada, no conducen a una provisión económica razonable para él/ella que, en el caso del cónyuge supérstite, implica un análisis de todas las circunstancias del caso, más allá de la propia cuantía de la que pudiera ser beneficiario en concepto de alimentos (art. 1.2.a) *Inheritance Act 1975*). Por su parte, si es un ex cónyuge quien reclama, la provisión económica razonable se define en sentido más estricto, refiriéndose únicamente a lo que le correspondería en derecho de alimentos (art. 1.2.b) *Inheritance Act 1975*).

Los factores que el Tribunal debe tener en cuenta para conceder al solicitante lo que pide al amparo del art. 3.1 *Inheritance Act 1975* son los siguientes:

- a) Los recursos financieros y las necesidades del solicitante en el momento actual o que pudiera tener en un futuro;
- b) Las obligaciones o responsabilidades que el causante tuviera respecto del solicitante;
- c) El tamaño y la naturaleza de los bienes de la herencia;
- d) Cualquier discapacidad física o psíquica del solicitante;
- e) Las discapacidades físicas o mentales que sufran las partes;

- f) Cualquier otro factor, en especial la conducta del solicitante, siempre que no pueda hacerse caso omiso de la misma.

Pero además, se recogen una serie de requisitos específicos dependiendo de la cualidad del solicitante que, tratándose un cónyuge o ex cónyuge implican el Tribunal no podrá dejar pasar por alto factores como la edad del solicitante y la duración del matrimonio con el causante o las contribuciones hechas por el solicitante para el bienestar de la familia, teniendo en cuenta las tareas del hogar y el cuidado de los niños (art. 3.2 *Inheritance Act 1975*).

Junto al régimen general que contiene la *Inheritance Act 1975*, y como ocurriera con las consecuencias patrimoniales del matrimonio por divorcio, existen dos escenarios bien diferenciados para analizar, en particular, la cuantía del patrimonio que se atribuirá al cónyuge superviviente, dependiendo de los casos en que el causante hubiera fallecido habiendo otorgado previamente testamento (III.3.2.2) o bien careciendo del mismo, y en consecuencia, debiendo determinarse los derechos que por ministerio de la ley le corresponden (III.3.2.3).

3.2.2. *La incidencia de la autonomía de la voluntad: el otorgamiento de testamento*

En aquellos supuestos en que el causante hubiera fallecido habiendo realizado testamento -cuya regulación se encuentra en la *Wills Act 1837*³⁷²-, debe partirse de la absoluta libertad de disposición testamentaria que existe en Inglaterra y Gales y que puede conducir, en el peor de los

³⁷² 1837 C.26 (Regnal. 7 Will 4 and 1 Vict).

supuestos para el cónyuge superviviente, a la ausencia de toda consecuencia patrimonial cuando la disolución del matrimonio se produce como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges.

3.2.3. La distribución del patrimonio del causante en ausencia de manifestación de voluntad

Por otro lado, el segundo escenario cubre aquellos supuestos en que el causante no ha ejercido la *optio iuris*, en cuyo caso resulta de aplicación la *Inheritance and Trustee's Act 2014*³⁷³ y que, en relación con el cónyuge superviviente permite diferenciar dos supuestos. En primer lugar, si el causante tenía hijos, nietos o biznietos, corresponderá al cónyuge superviviente la totalidad de los bienes personales, la cantidad de 250.000 libras³⁷⁴ (en concepto de legado estatutario) y la mitad de los bienes restantes. De otro lado, si el causante falleció sin descendencia, corresponderán todos los bienes al cónyuge superviviente.

En definitiva, puede concluirse que en aquellos supuestos en que la disolución del matrimonio se produce como consecuencia del

³⁷³ La *Inheritance and Trustee's Act 2014* (2014 C.16) viene a mejorar la posición del cónyuge superviviente, antes regulada en el art. 46 de la *Administration Estates Act 1925* (1925 C.23 (Regnal 15 and 16 Geo 5)), que distinguía tres supuestos. Si el causante tenía hijos, nietos o biznietos correspondían al cónyuge superviviente la totalidad de bienes personales, la cantidad de 250.000 libras y la mitad del usufructo vitalicio de la cantidad restante. Si el causante había fallecido sin hijos, pero dejando padres, hermanos y sobrinos, le correspondía la totalidad de los bienes personales, la cantidad de 450.000 libras y un derecho absoluto sobre la cantidad de bienes restantes. Por último, fallecido el causante sin hijos, padres, hermanos y sobrinos, correspondían todos los bienes al cónyuge superviviente.

³⁷⁴ Cantidad actualizada por la Secretaría de Estado del Ministerio de justicia en el año 2009.

fallecimiento de uno de los cónyuges, las consecuencias patrimoniales para el cónyuge superviviente resultan bien diferentes según la sucesión sea testada o intestada y sólo en esta última queda perfectamente asegurada una asignación patrimonial a favor de éste.

4. A modo de valoración de las soluciones presentes en el *Common law* de Inglaterra y Gales

El derecho inglés y gales se ha caracterizado, tradicionalmente, por la ausencia en su ordenamiento jurídico del concepto de régimen económico matrimonial. En el *Common law* de Inglaterra y Gales el matrimonio no produce, *per se*, consecuencias patrimoniales entre los cónyuges, sin perjuicio de la existencia de unos derechos y deberes generales de contenido económico “mínimos”, tales como las contribuciones al mantenimiento del hogar o la protección de la vivienda familiar. En este sistema legal el verdadero impacto patrimonial del matrimonio se produce en el momento de su disolución, bien sea por la causal del divorcio o por el fallecimiento de uno de los cónyuges, del que cabe inferir distintos escenarios según el cónyuge o los cónyuges hayan ejercido la autonomía de la voluntad.

Cuando la disolución del matrimonio se produce por divorcio, los jueces distribuyen las propiedades de los cónyuges y deciden sobre otras consecuencias económicas –en especial, las obligaciones alimenticias– bajo criterios de amplia discrecionalidad, si bien es cierto que la creciente relevancia que los tribunales vienen otorgando a los acuerdos matrimoniales –cuyo objetivo básico es determinar las previsiones económicas en caso de ruptura de la unión conyugal– permite concluir que

los cónyuges pueden diseñar y concluir, cada vez más, soluciones a medida.

En aquellos supuestos en que se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges, el derecho inglés y galés distingue claramente los supuestos de sucesión intestada y testada. Mientras que en el primero de ellos queda legalmente asignada una partida económica y/o patrimonial para el cónyuge, en el segundo debe partirse de la libertad testamentaria que existe en el *Common law* de Inglaterra y Gales. Por otro lado, se protege, excepcionalmente, al cónyuge supérstite permitiéndole que solicite al tribunal la asignación de una porción de los bienes del causante siempre que quede demostrado que la disposición testamentaria realizada por el causante o el resultado que se produciría en los supuestos de sucesión intestada no conducen a una provisión razonable para ella.

IV. Síntesis comparativa

La coexistencia de ordenamientos jurídicos de tradición civilista con otros de *Common law* en el seno de la Unión Europea plantea un escenario bien interesante caracterizado por la complejidad. Las páginas anteriores reflejan como muchas y variadas son las diferencias existentes entre ellos. Es más, incluso dentro de los ordenamientos jurídicos pertenecientes al *Civil law* las diferencias son apreciables. Esta diversidad, y la dificultad que apareja, plantea una serie de cuestiones de índole diversa que resultan enormemente atractivas desde un punto de vista doctrinal y relevantes en el plano práctico. De este modo, podría plantearse si, a pesar de las

diferencias, existe un área común en ambos sistemas legales desde tres puntos de vista.

En primer lugar, conviene valorar si existen en ambos sistemas jurídicos ciertos derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico y que se aplican por el mero hecho del matrimonio (IV.1). También cabe examinar si existe algún tipo de paralelismo en torno al funcionamiento de los pactos o capitulaciones matrimoniales de derecho civil con los acuerdos matrimoniales del *Common law* inglés (IV.2). Para finalizar, se comparará el funcionamiento del régimen económico matrimonial legal de derecho civil con el modo en que los jueces ingleses ejercen la potestad discrecional para resolver los asuntos referentes a las consecuencias patrimoniales en caso de crisis matrimoniales (IV.3).

1. Consecuencias patrimoniales del matrimonio indisponibles para las partes

Como se ha señalado, en los sistemas de derecho civil se reconocen una serie de derechos y obligaciones de contenido económico que resultan aplicables a todos los regímenes económico matrimoniales y que reciben el nombre de régimen económico matrimonial primario. Dentro de este concepto se incluyen disposiciones referentes a la igualdad del hombre y la mujer, la independencia patrimonial de los esposos, el deber de información entre los cónyuges, la protección de la vivienda familiar o la

prestación de ayuda económica recíproca y contribución a las necesidades de la familia³⁷⁵.

Por el contra, y tal como se ha visto al analizar las consecuencias patrimoniales del matrimonio en el *Common law* inglés, el matrimonio no altera las propiedades de los cónyuges, pero sí que existen una serie de consecuencias económicas desde que se produce su celebración. Así, en particular, ambos cónyuges están obligados a proveerse de todo lo necesario entre ellos y respecto de sus hijos, existe una obligación conjunta de contribución económica a los gastos del hogar y, además, se reconoce un derecho de ocupación para el cónyuge no propietario de la vivienda familiar cuando se disuelve el matrimonio³⁷⁶.

¿Cabría hablar de la existencia de un contenido común entre los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico y las implicaciones financieras que el matrimonio produce en Inglaterra y Gales? Desde nuestro punto de vista, sí. Así, ambos sistemas jurídicos coinciden en consagrar la independencia de los cónyuges, el principio de solidaridad y la protección de la vivienda familiar. El primero de ellos se consigue, empero, de una manera diferente: así, mientras que la capacidad legal y autonomía patrimonial resultan evidentes en Inglaterra y Gales al no existir afección de patrimonios por razón del matrimonio, en los sistemas de derecho civil, especialmente en aquellos de tipo comunitario, sí resulta pertinente consagrarlo como un principio inderogable. A la inversa, parece incuestionable que la solidaridad patrimonial es

³⁷⁵ *Vid.* II.2.

³⁷⁶ *Vid.* III.2.

consustancial a cualquier régimen económico matrimonial y no tanto en el *Common law* inglés, aunque lo cierto es que existen disposiciones en este último que protegen tal principio. Finalmente la protección de la vivienda familiar, bien en propiedad, bien en régimen de arrendamiento, es bastante similar.

2. Los pactos o capitulaciones matrimoniales en los sistemas de derecho civil y los acuerdos matrimoniales en el *Common law* de Inglaterra y Gales

Al abordar esta segunda reflexión se asume, como punto de partida, que no resulta posible comparar los pactos o capitulaciones matrimoniales de los sistemas de derecho civil con los acuerdos matrimoniales de Inglaterra y Gales, pues su contenido y grado de vinculación son distintos.

1) Así, los pactos o capitulaciones matrimoniales de los sistemas de derecho civil, mediante los cuales se elige un concreto régimen económico matrimonial o se modula el legal supletorio por lo que respecta a la composición, administración o distribución del patrimonio, se centran en la función del régimen durante el matrimonio, sin perjuicio de que su contenido resulte especialmente relevante al tiempo de la disolución del matrimonio para determinar qué bienes corresponden a cada cónyuge³⁷⁷.

En cambio, los acuerdos matrimoniales de Inglaterra y Gales están centrados en las consecuencias financieras de la disolución del vínculo matrimonial, siendo esta circunstancia la que producirá su activación³⁷⁸.

³⁷⁷ Vid. II.3.1.2.A.a.

³⁷⁸ Vid. III.3.1.2.

Esto no significa que en Inglaterra y Gales no sea posible realizar un acuerdo sobre la organización del patrimonio durante la vigencia del matrimonio, aunque tales acuerdos son harto infrecuentes en la práctica y no se corresponden con el concepto de acuerdos matrimoniales al que se está haciendo mención.

En definitiva, en los sistemas de derecho civil, donde el matrimonio produce un efecto inmediato en las propiedades de los cónyuges la función esencial de los pactos o capitulaciones matrimoniales es muy diferente a la de los acuerdos matrimoniales de derecho inglés y galés: el pacto o capitulación matrimonial celebrado antes del matrimonio mediante el cual se escoge o modula un régimen económico matrimonial surtirá efectos desde el nacimiento de la unión conyugal y el celebrado durante la vigencia del matrimonio, desde el momento en que esté estipulado.

Por tanto, los pactos o capitulaciones matrimoniales cuyo contenido versa exclusivamente sobre el régimen económico matrimonial no giran en torno al momento de divorcio, sino que regulan las consecuencias patrimoniales desde el mismo momento del matrimonio. Los cónyuges están eligiendo un régimen económico matrimonial para que se aplique inmediatamente y, por tanto, su entrada en juego no necesita de un divorcio, como sí lo requiere los acuerdos matrimoniales del *Common law* inglés.

Con todo, y como ha quedado demostrado al analizar el posible contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales, éste puede trascender de la simple elección de un régimen económico matrimonial y versar sobre las consecuencias patrimoniales derivadas de una posible

ruptura matrimonial³⁷⁹. Es en este punto donde efectivamente sí cabría concluir que existen grandes paralelismos con los acuerdos matrimoniales del *Common law* inglés, pues ambos acuerdos tienen en común el objetivo de regular anticipadamente las consecuencias económicas de la crisis matrimonial, con la salvedad de que si en el momento de su incumplimiento atentan contra los hijos del matrimonio o resultan especialmente perjudiciales para uno de los cónyuges al no permitirle satisfacer sus necesidades básicas, su contenido podrá ser revisado por el juez.

2) En último lugar, en los sistemas de derecho civil el contenido los pactos o capitulaciones matrimoniales resulta vinculante e inmodificable por la autoridades judiciales, pues los resultados injustos a los que pudiera conducir se presume que ya se corregirán mediante otros mecanismos (pensión compensatoria, alimentos entre ex cónyuges, etc.). Todo ello sin perjuicio de que en algunos Estados miembro se contienen normas especiales de derecho de familia que permiten al juez que conoce del asunto revisar el contenido del acuerdo, modulando su potencial vinculación³⁸⁰.

En el *Common law* inglés, tras la sentencia *Radmacher v Granatino*, ya no sólo no existe diferenciación alguna entre los acuerdos matrimoniales o de separación, sino que además parece que el peso que dichos acuerdos van a tener para distribuir los bienes al tiempo del divorcio es cada vez mayor. Tanto es así que, con carácter general, únicamente cuando el cumplimiento del contenido del acuerdo produzca

³⁷⁹ Vid. II.3.1.2.A.b.

³⁸⁰ Vid. II.3.1.2.B.

un resultado injusto para los hijos del matrimonio o para los propios cónyuges por haberse producido un cambio en las circunstancias podrá modificarse por la autoridad competente³⁸¹.

3. Consecuencias patrimoniales de la disolución del matrimonio por divorcio en ausencia de acuerdo entre los cónyuges

Finalmente, a lo largo de las páginas anteriores se ha evidenciado que la diferencia fundamental entre los sistemas de derecho civil y el *Common law* de Inglaterra y Gales es la existencia en el primero de ellos de concretas reglas para la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, mientras que en el segundo, la ausencia de un régimen económico matrimonial se acompaña de un importante poder discrecional para dividir las propiedades de los cónyuges en casos de divorcio.

La razón fundamental de esta distinción estriba en que en los sistemas de derecho civil interesa saber desde el momento de la celebración del matrimonio quién es el propietario de los bienes y los concretos poderes de administración y disposición que ostentan sobre ellos. Pero además, al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, y sin perjuicio de los limitados y excepcionales poderes de actuación que los tribunales pueden ejercer, existen rígidas normas para llevar a cabo la distribución del patrimonio. Como se ha examinado, en los

³⁸¹ *Vid.* III.3.1.2.E.

sistemas comunitarios, los bienes se dividirán a partes iguales³⁸²; en los sistemas de participación, el cónyuge más desfavorecido se verá beneficiado del incremento patrimonial del otro³⁸³; y finalmente en los sistemas de separación, no existirá participación alguna, amén del derecho de compensación económico por razón de trabajo en el hogar³⁸⁴.

Por el contrario, en los sistemas de *Common law*, el objetivo es alcanzar un resultado *fair* en el momento de la disolución del matrimonio por divorcio, no existiendo, *a priori*, antes de las crisis matrimoniales, implicaciones sobre las propiedades de los cónyuges, pues cada uno de ellos retendrá los bienes adquiridos antes de celebrar el matrimonio y los que vaya adquiriendo durante la vigencia del mismo.

Teniendo presente lo anterior, podría parecer que mientras el objetivo de los sistemas pertenecientes al modelo de derecho civil es garantizar la certeza legal, el *Common law* inglés y galés busca alcanzar la *fairness*, existiendo una solución individualizada para cada uno de los casos³⁸⁵. Sin embargo, dicha distinción es aparente, y es precisamente ahí donde se produce la verdadera simetría de ambos sistemas, principalmente a través de dos mecanismos³⁸⁶.

³⁸² Vid. II.3.2.1.E.

³⁸³ Vid. II.3.2.2.E.

³⁸⁴ Vid. II.3.2.3.E.

³⁸⁵ Vid. III.3.1.

³⁸⁶ FLORENCE BOCK, A.: "Dividing assets upon the dissolution of a marriage. A Comparison between legal systems which apply a "hard and fast rule" and systems with a discretionary approach to the division of assets", en BOELE WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European challenges in contemporary family law*, Intersentia. Antwerpen-Oxford-Portland, 2008, pp. 289-303 y SCHERPE, J.: "Marital agreements and private autonomy in comparative perspective", en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements...*, *op. cit.*, pp. 446-483.

1) En los sistemas de derecho civil, la principal consecuencia económica de la extinción del vínculo matrimonial es la disolución del régimen económico matrimonial de acuerdo con unas normas concretas, si bien no la única. Así, cuando la disolución se produce por el divorcio entre los cónyuges, los ordenamientos jurídicos de tradición civilista recogen distintas medidas destinadas a paliar los posibles efectos adversos que la rígida distribución patrimonial puede llevar aparejada. Se está haciendo referencia a conceptos como la pensión compensatoria, los alimentos entre ex cónyuges o la posibilidad de participación en los derechos de pensión entre cónyuges divorciados.

En virtud de ello, se ha llegado a decir que las consecuencias patrimoniales del matrimonio en los sistemas de derecho civil están fraccionadas (disolución del régimen económico matrimonial, alimentos, etc.), mientras que en el *Common law* inglés se engloban todos estos conceptos cuando el tribunal pretende alcanzar la *fairness* mediante las *orders* que dicta.

Resulta pues evidente que no se trata de que los sistemas de derecho civil descuiden el concepto de *fairness* que los sistemas de *Common law* pretenden alcanzar, sino que lo consiguen mediante una dinámica distinta, en la que la disolución del régimen económico matrimonial no es más que una de las piezas que componen el puzle de las consecuencias patrimoniales del divorcio³⁸⁷.

³⁸⁷ DUTTA, A.: “Cross-border enforcement...”, *op. cit.*, p. 385 y SCHERPE, J.: “Marital agreements and private autonomy in comparative perspective”, en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements...*, *op. cit.*, pp. 476-478.

Por tanto, *a priori*, los resultados alcanzados no deberían diferir sustancialmente en términos de política legislativa.

2) Por su parte, tampoco resulta descabellado afirmar que el *Common law* de Inglaterra y Gales, se va asemejando gradualmente a los sistemas de derecho civil, pues detrás de la discrecionalidad de la que gozan los jueces existen ciertas reglas o pautas que vienen repitiéndose en la mayoría de los casos.

En primer lugar, en las sentencias *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* se produjo una distinción entre bienes matrimoniales y no matrimoniales que, si bien no fue secundada en su totalidad la sentencia *Charman v Charman*, sí que sirvió para poner de relieve que el origen de los bienes resulta relevante para decidir si proceder a un reparto igualitario o no. Teniendo esto presente, podrían encontrarse ciertas similitudes entre los bienes no matrimoniales del *Common law* inglés y los bienes que en los sistemas comunitarios de derecho civil no forma parte de la comunidad de bienes o que en los sistemas de participación se encuentran excluidos de su participación al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial³⁸⁸.

Por otro lado, de los tres principios que la jurisprudencia inglesa ha venido aplicando en relación con las consecuencias patrimoniales del matrimonio (*needs, compensation* y *equal sharing*), parece que a partir del asunto *Charman v Charman* se está optando por una aplicación protagonista del principio de *equal sharing*, modulando caso por caso en virtud de los principios de *needs* y *compensation*. Teniendo esto presente,

³⁸⁸ SCHERPE, J.: “Estudio comparativo del tratamiento de los bienes no matrimoniales, de su indexación y de sus aumentos de valor”, *Indret*, núm. 2, 2014, pp. 1-26.

parte de la doctrina defiende que Inglaterra y Gales está tendiendo hacia la creación de un régimen de comunidad diferida similar al de los países nórdicos, en los que no existe una confusión durante la vigencia del matrimonio pero que, cuando éste se disuelve, se forma una comunidad de bienes que, en principio, será repartida a partes iguales entre los cónyuges.

Por lo demás, esta opción estaría parcialmente secundada por la Baronesa Hale quien en su pronunciamiento sobre *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* indicó que, Inglaterra y Gales todavía no tiene un sistema comunitario de bienes³⁸⁹. Pues bien, es precisamente en ese “todavía” en donde parece abrirse una puerta sobre la consideración de un régimen económico matrimonial para Inglaterra y Gales³⁹⁰.

En conclusión, podría quizás afirmarse frente a las notables diferencias que se han ido desgranando a lo largo de las páginas anteriores que ambos sistemas convergen en la práctica. En primer lugar, porque los sistemas de derecho civil, aunque de un modo fragmentado intentan alcanzar la *fairness* del sistema de *Common law* inglés por lo que respecta a las consecuencias financieras del divorcio, sin sacrificar para ello la certeza que supone la institución del régimen económico matrimonial. Correlativamente, el sistema jurídico de Inglaterra y Gales se va en cierto

³⁸⁹ *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24, párr. 151.

³⁹⁰ CRETNEY, S.: “Community of property imposed by judicial decision”, *Law Quarterly Review*, vol. 119, 2003, p. 349; COOKE, E., AKOTO, T., BALLOW, A. y CALLUS, T.: “A community of property-A regime for England and Wales: Interim report”, *International family law*, 2005, pp. 133-137; BRAAT, B.: “Matrimonial property law: Diversity of forms, equivalence in substance?”, en ANTOKOLSKAIA, M. (ed.): *Convergence and divergence of family law in Europe*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2008, p. 243; SCHERPE, J.: “Towards a matrimonial property regime for England and Wales?”, en PROBERT, R. y BARTON, C., *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, Cambridge, pp. 133-146.

modo asemejando cada día más a los sistemas de derecho civil, pues en la práctica los tribunales ingleses, al hacer uso de sus poderes discrecionales, vienen aplicando una especie de comunidad diferida de bienes.

CAPÍTULO 2. SOBRE LA DIVERSIDAD DE NORMAS DE CONFLICTO APLICABLES AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LOS ESTADOS MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. Introducción

La Unión Europea ha consolidado con el paso de los años un espacio multicultural y pluricultural³⁹¹ caracterizado por la libre circulación de los individuos entre los diferentes Estados miembro y por la entrada de nacionales de terceros Estados³⁹². Circunstancias laborales, familiares, económicas o sociales son las principales causas que explican la movilidad de los individuos dentro del territorio de la Unión Europea, en un contexto universal de globalización. Fruto de ello, las relaciones personales entre los ciudadanos de los distintos Estados miembro ha aumentado, lo que se ha traducido en un crecimiento significativo del número de matrimonios internacionales, formados por personas con distintas nacionalidades, diferentes residencias habituales o posesión de bienes en diversos Estados miembro³⁹³.

³⁹¹ CARLIER, J. Y.: “Estatuto personal y sociedad multicultural...”, *op. cit.*, p. 27 y JAYME, E.: “Identité culturelle et integration: le droit international privé...”, *op. cit.*, pp. 9–267.

³⁹² GÓMEZ CAMPELO, E.: *Los regímenes matrimoniales en Europa...*, *op. cit.*, pp. 17–18.

³⁹³ La Comisión Europea estima que de los 122 millones de matrimonios existentes en la UE, aproximadamente 16 millones (13%) son de carácter transfronterizo (Cifras extraídas de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales (COM (2011) 125 final).

Este fenómeno social, en el ámbito de la economía familiar de los matrimonios internacionales, implica el necesario concurso de un doble ejercicio jurídico, el material y el conflictual. Así, el primero haría referencia, tal y como se analizó en el Capítulo 1, a los distintos regímenes económico matrimoniales existentes en cada ordenamiento jurídico, la oportunidad o no de elegir cualquiera de ellos, así como la posibilidad de diseñar uno. El segundo delimitaría, cuál de todos los regímenes económico matrimoniales con los que se encuentra conectado un matrimonio de tales características es el aplicable a su situación jurídica y ello obliga, necesariamente a la previa determinación de la ley aplicable.

Consecuencia directa de lo anterior es el diseño de dos escenarios bien diferenciados. El primero de ellos versaría sobre los matrimonios que estén interesados en realizar pactos o capitulaciones matrimoniales, dado que podrán hacerlo de acuerdo con los límites y posibilidades que les permita el derecho del Estado designado por las normas de conflicto que, en ocasiones, podrá además ser elegido por ellos mismos. Por otro lado, cuando los cónyuges no han elegido un concreto régimen económico matrimonial, será de aplicación el régimen económico matrimonial legal existente en el ordenamiento jurídico determinado por la norma de conflicto aplicable. En uno y otro caso, el papel del ordenamiento jurídico del foro y de los principios sobre los que se articula un sector socialmente estratégico como éste seguirá resultando relevante.

La pluralidad de sistemas que ordenan la economía familiar, y en particular el tratamiento que recibe el régimen económico matrimonial en los distintos Estados miembro de la Unión Europea, encuentra diferentes enfoques no sólo en la ordenación del mismo desde una vertiente interna

sino también, en buena medida, en la regulación conflictual que proyecta la esfera del tráfico internacional, lo que viene motivado por la ausencia, al menos hasta la actualidad, de un instrumento común de la Unión Europea aplicable en materia de régimen económico matrimonial y la consecuente falta de unificación global de los criterios de ley aplicable.

En otras palabras, circunstancias como la diferente nacionalidad de los cónyuges o la fijación de distintos domicilios o residencias por razones profesionales o personales, vienen provocando una consecuencia jurídica diferente en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro, si bien es cierto que cabe proponer dos grandes modelos dependiendo del tratamiento que desde el punto de vista de la norma de conflicto han recibido los efectos económicos del matrimonio y, en particular, el régimen económico matrimonial³⁹⁴.

1) En los ordenamientos jurídicos de tradición civilista, se parte del presupuesto de que el matrimonio genera un estatuto especial que se rige por una ley específica y, en consecuencia, también los efectos del mismo, tanto personales como patrimoniales, deben contar con un ordenamiento regulador. En los supuestos internacionales ello implica la necesaria presencia de normas de conflicto para conectar el supuesto de hecho con un derecho nacional específico, resultando éstas divergentes entre sí, no sólo porque reflejan distintas concepciones materiales dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, sino por su innegable vinculación con la evolución socio-cultural, económica o religiosa de la

³⁹⁴ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 17-21.

realidad a la que pertenecen y que justifican la adopción de un enfoque concreto.

Al examinar con detalle los criterios de la ley aplicable se constata un gran heterogeneidad, aunque la mayoría de Estados miembro suelen distinguir las situaciones en las que los cónyuges han elegido la ley aplicable de aquellas en las que no, y que producen, por ende, la aplicación de conexiones objetivamente determinables.

Por lo que respecta al primero de los casos, y con la excepción de algunos Estados miembro donde la autonomía de la voluntad conflictual no está consagrada, puede afirmarse que las normas de conflicto recogen, en mayor o menor medida, la posibilidad de elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, aunque a distintos niveles. Del mismo modo, el grado de autonomía de la voluntad resulta también divergente en relación con el fraccionamiento o *depeçage* de la ley aplicable y la mutabilidad voluntaria de la ley aplicable en el contexto de la autonomía de la voluntad.

En relación con el ordenamiento regulador del régimen matrimonial en ausencia de autonomía de la voluntad, existen dos principales tendencias en los diversos Estados miembro pertenecientes a la familia de derecho civil. Algunos recogen como primera conexión la nacionalidad común de los cónyuges y otros la residencia habitual. Además, en aquellas normas de conflicto en que la conexión nacionalidad está situada en primer lugar, la residencia habitual suele ser subsidiaria, y viceversa. Residualmente, la ley del lugar de celebración del matrimonio o la ley que presente los vínculos más estrechos con la pareja actúan como conexiones de cierre.

El recurso a las conexiones objetivas en ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes, o en caso de que no esté prevista por la legislación nacional, plantea en algunos Estados miembro la problemática del conflicto móvil, ocasionado bien porque la norma de conflicto reguladora del régimen económico matrimonial no fija el punto de conexión, bien porque se contienen disposiciones relativas al cambio automático de ley aplicable. En este punto, el debate gira en torno a la preferencia por una ley conectada con las circunstancias actuales de los cónyuges –propia del principio de mutabilidad involuntaria de la ley aplicable- o la seguridad jurídica –que se produce con la congelación del punto de conexión-.

Los problemas generados por la existencia de una diversidad de normas de conflicto en esta materia dentro de un espacio integrado en el que las relaciones transfronterizas crecen de forma constante y en el que, además, se cuenta con la presencia de colectividades procedentes de muy distintos Estados del globo tienden, en muchas ocasiones, a ocultar una cuestión de enorme relevancia y a la que, quizás, se le atribuye un valor secundario. Se trata de la protección de terceros y los sistemas de publicidad existentes. El contraste en la normativa de los Estados miembro es también aquí bastante grande, contándose con ordenamientos jurídicos que contienen una regulación detallada al respecto y otros que se encuentran desprovistos de regla alguna.

2) Por su parte, en el *Common law* de Inglaterra y Gales, no existe una regulación positiva de normas de conflicto aplicables al régimen económico matrimonial. En este sistema legal, como se analizó en el

capítulo 1, el matrimonio no produce efecto alguno en las propiedades de los cónyuges y es únicamente al tiempo de su disolución cuando se va a generar una afección sobre las mismas. En este orden de ideas, debe tenerse presente que los jueces ingleses aplican siempre la *lex fori* para resolver las disputas referentes al *Ancillary Relief*.

Cuestión distinta, por las propias características del modelo inglés y galés, es que deba discernirse el sistema de propiedad de un bien, mueble o inmueble, y aquí sí resulta de interés el estudio de su ley reguladora. Para el caso de los bienes muebles, la práctica jurisprudencial propone estar a la ley domiciliar común, y en ausencia del mismo, a la ley del país que presente los vínculos más estrechos con los cónyuges. Dichas reglas, en mayor o menor medida, son también extensibles a los bienes inmuebles. Por su parte, en aquellos casos en que los cónyuges han realizado un acuerdo matrimonial, se consagra la autonomía de la voluntad conflictual, y en su defecto, de nuevo, la ley con la que estén más conectados.

Habida cuenta de esta diferenciación, la primera parte del capítulo realizará un estudio comparado entre las normas de conflicto de los Estados miembro con tradición civilista y el *Common law* de Inglaterra y Gales (II). Por su parte, la segunda, teniendo presentes los problemas detectados al analizar las normas de conflicto en el plano comparado, examinará con detalle la norma de conflicto española y las peculiaridades que la rodean (III).

II. La ley aplicable al régimen económico matrimonial en los Estados miembro de la Unión Europea

Como se avanzó en la introducción, el aumento del número de matrimonios mixtos –en los que los cónyuges tienen distintas nacionalidades- y matrimonios deslocalizados –matrimonios en los que los sujetos tienen la misma nacionalidad, pero residen en otro Estado miembro-³⁹⁵, añade un elemento de complejidad a los efectos económicos del matrimonio que trasciende de la diversidad de soluciones existentes en el plano sustantivo para situarse en una dimensión superior, como es la referente a la ley aplicable al régimen económico matrimonial, y en el seno de la Unión Europea ello significa referirse a una enorme heterogeneidad de soluciones³⁹⁶.

En otras palabras, si distintos son los regímenes económico matrimoniales previstos en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro, también lo son las normas de conflicto encargadas de determinar los derechos patrimoniales de los matrimonios internacionales. Amén de lo anterior, la realidad refleja la existencia de dos modelos normativos que presentan características comunes, como son los sistemas de derecho civil (II.1) y el *Common law* de Inglaterra y Gales (II.2).

³⁹⁵ Conceptos utilizados, entre otros, en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del art. 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, p. 53.

³⁹⁶ Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo (COM (2006) 400 final).

1. Los sistemas de derecho civil

1.1. *Introducción*

El panorama actual de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en los Estados miembro de la Unión Europea viene caracterizado, como punto de partida, por la ausencia de unificación conflictual en la materia. Los operadores judiciales y extrajudiciales aplican las normas de conflicto nacionales cuando tienen que resolver una disputa referente al régimen económico matrimonial, y ello significa referirse, al menos por lo que respecta a los Estados miembro de tradición civilista, a distintos tipos de leyes aplicables, y dentro de éstas, divergentes niveles de autonomía de la voluntad ofrecidos y diferentes conexiones objetivas. De nuevo, como ocurriera en el plano sustantivo, problemas jurídicos similares, reciben soluciones legales distintas.

Esta afirmación tan taxativa encuentra dos excepciones en algunos Estados miembro, que sí disponen de normas de conflicto comunes al haber ratificado o formar parte de Convenios internacionales que unifican la ley aplicable al régimen económico matrimonial. De este modo en Francia, Luxemburgo y Holanda, la norma de conflicto aplicada por sus tribunales no es la contenida en sus legislaciones internas, sino el Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable en los regímenes económico matrimoniales³⁹⁷. De otro lado, las autoridades judiciales y extrajudiciales de Dinamarca, Suecia y Finlandia, aplican el Convenio

³⁹⁷ Para un análisis específico del Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, *vid.*, Capítulo 3 (punto III.2).

nórdico de 1931, que es la norma de conflicto aplicable en esta materia en los países nórdicos.

La respuesta que los legisladores nacionales o convencionales aportan desde el punto de vista del Derecho internacional privado en relación con el fenómeno del régimen económico matrimonial es tan diversa que incluso, en algunas ocasiones, alcanza al propio supuesto de hecho de la norma de conflicto, pues algunas normas de conflicto regulan unitariamente los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y, en otros casos, la ley aplicable a estos últimos viene determinada por una norma de conflicto diferente³⁹⁸.

1) Así, un primer grupo de Estados miembro sería el constituido por Alemania, Austria, Grecia, Polonia, República Checa, Italia, Estonia, Rumania, Croacia, Eslovaquia y Hungría que contienen una regulación unitaria de las consecuencias del matrimonio, bien porque regulan ambos efectos –los patrimoniales y los personales– en la misma norma de conflicto, bien porque la norma de conflicto reguladora del régimen económico matrimonial remite a la de los efectos generales del matrimonio. La idea que subyace en estas normas de conflicto es que, si los cónyuges no han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial –lógicamente, tan sólo en aquellos Estados miembro donde se permite– es porque desean, implícitamente, que el mismo ordenamiento

³⁹⁸ TMC Asser Institute/Département de droit international UCL, *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des états membres de l'Union Européen* effectuée à la demande de la Commission Européenne Direction générale Justice et Affaires intérieures Unité A3 Coopération judiciaire en matière civile, JAI/A3/2002/03, pp. 115-117.

jurídico regule los efectos personales y patrimoniales del matrimonio. Sin embargo, en algunas ocasiones, dichas leyes no coincidirán, pues mientras el punto de conexión de los efectos patrimoniales del matrimonio es el momento de la celebración del matrimonio, el de los efectos personales no se encuentra congelado en el tiempo³⁹⁹.

2) Por otro lado, en Bélgica, Portugal, República Checa, Lituania y los Estados que han ratificado el Convenio de la Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales –Francia, Holanda y Luxemburgo-, se contienen normas de conflicto bien diferenciadas para regular los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, no existiendo remisión alguna de estas últimas a las primeras en ausencia de autonomía de la voluntad. En virtud de ello, en estos ordenamientos jurídicos son harto frecuentes los problemas de calificación para determinar qué norma de conflicto se aplica a los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico⁴⁰⁰, especialmente aquellos que presentan una vertiente personal y patrimonial simultáneamente⁴⁰¹.

Dentro de esta diversidad, que como se acaba de analizar alcanza incluso al propio ámbito de aplicación de la norma de conflicto –por

³⁹⁹ Esta situación se produce por el juego de las normas de conflicto en Alemania, Austria y Estonia. En el resto de Estados miembro la aplicación del mismo ordenamiento jurídico está garantizada bien porque no se permite la autonomía de la voluntad en materia de régimen económico matrimonial (Grecia, Hungría y Eslovaquia), porque no se concreta el punto de conexión ni de las relaciones personales ni de las patrimoniales (Bulgaria, Italia, Eslovaquia, Eslovenia o Rumania) o porque se concretan ambos puntos de conexión al momento relevante (Polonia).

⁴⁰⁰ Que reciben el nombre de régimen económico matrimonial primario en algunos Estados miembro, de acuerdo con la clasificación que se ha utilizado en el capítulo 1.

⁴⁰¹ TMC Asser Institute/Département de droit international UCL, *Etude sur les régimes matrimoniaux...op. cit.*, p. 116.

cuanto en algunos supuestos es idéntica para todos los efectos del matrimonio y en otros no-, existen, empero, caracteres comunes en las normas de conflicto de los Estados miembro de tradición civilista por lo que respecta al grado de autonomía de la voluntad ofrecido (II.1.2), las conexiones objetivas previstas (II.1.3) y las reglas de protección a terceros (II.1.4)

1.2. Contenido y límites de la autonomía de la voluntad

Las relaciones de familia, dentro las cuales se enmarca el régimen económico matrimonial, han sido y son una materia perteneciente al estatuto personal, un sector directamente vinculado a la persona y a sus derechos más íntimos en el que, a la vez existe, una dimensión pública indudable. En un área tan estratégica como ésta, en la que el Estado y determinados intereses públicos han de ser proyectados y salvaguardados, resulta imprescindible balancear dos realidades que pueden resultar en ocasiones antagónicas: combinar lo público con lo privado, teniendo en cuenta, como se ha apuntado, que se está haciendo referencia al ámbito más íntimo de la persona. Todo ello, lógica y necesariamente, ha de tener un reflejo en el ámbito del Derecho internacional privado a la hora de regular la determinación de la ley reguladora de las relaciones económicas matrimoniales.

Las normas de conflicto de los Estados miembro reguladoras del régimen económico matrimonial son deudoras de este debate y responden, con más o menos intensidad, a la evolución histórica que en dicha materia ha tenido la autonomía de la voluntad como eje vertebrador del sistema

que permite a las partes regular sus relaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico que más satisfaga sus intereses⁴⁰².

La autonomía de la voluntad no es una desconocida. De hecho, pese a su juego presente en muchos sectores del derecho, no debe perderse de vista que las primeras muestras de su aceptación tuvieron lugar en el ámbito del derecho de familia, precisamente, en relación con el sector de los efectos del matrimonio. Así, su origen se remonta al año 1525 cuando DUMOULIN realizó un dictamen sobre el asunto de los esposos *De Ganey*, en el que defendía la aplicación de la ley del lugar donde los esposos se habían casado y tenían su domicilio –ley que los cónyuges esperaban que se aplicara- y no la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles, en lo que se ha llegado a considerar la doctrina del pacto tácito⁴⁰³. Sin embargo, quien se refirió explícitamente a la posibilidad de elección de la ley aplicable a los regímenes matrimoniales fue el holandés JEAN VOËT. Dicho autor reconoció la autonomía de la voluntad en los pactos o capitulaciones matrimoniales, señalando la potestad de los cónyuges de excluir el derecho común y referirse a leyes distintas⁴⁰⁴.

Posteriormente, en el S. XIX, y con independencia de su uso creciente en el ámbito estrictamente contractual, se produce la extensión

⁴⁰² Un detallado estudio del rol de la autonomía de la voluntad en esa materia así como su evolución histórica puede encontrarse en DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales en derecho internacional privado*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 103-178.

⁴⁰³ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, en AA.VV.: *Lecciones de derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 155, ORTIZ DE LA TORRE, T.: *Derecho internacional privado. Parte general. vol. I. Historia doctrinal y codificación*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 329-330, WIEDERKEHR, G.: *Les conflits de lois en matière matrimoniale*, Dalloz, Paris, 1967, p. 85.

⁴⁰⁴ WIEDERKEHR, G.: *Les conflits de lois en...*, *op. cit.*, pp. 85-86.

de tal criterio en la doctrina alemana y francesa⁴⁰⁵, aunque la primera vez que se utiliza como tal la expresión autonomía de la voluntad es en el sumario del comentario de una sentencia de 15 de enero de 1892 publicado en el *Journal Clunet*⁴⁰⁶. A partir de ahí, tanto SAVIGNY como MANCINI profundizarán, entre otros aspectos, en el estudio de la autonomía de la voluntad y en su incidencia en el estatuto personal y las relaciones de familia⁴⁰⁷. Del mismo modo, la jurisprudencia francesa también comienza a consagrar el principio de autonomía de la voluntad en materia de regímenes matrimoniales⁴⁰⁸.

Esta lineal evolución encuentra en el S. XX dos momentos que contrastan entre sí. En la primera mitad de dicho siglo, la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado sufrirá importantes críticas por parte de autores como CALEB y NIBOYET, quedando en entredicho su papel⁴⁰⁹. Más adelante, en la segunda mitad, y en claro contraste con la fase anterior, ésta recuperaría su relevancia, siendo una muestra evidente de ello el importante peso que tendría en el proceso de codificación de las legislaciones de Derecho internacional privado de los Estados miembro,

⁴⁰⁵ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 107-108.

⁴⁰⁶ RANOUIL, V.: *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Presses universitaires de France, Paris, 1980, p. 46.

⁴⁰⁷ Puede encontrarse información sobre ambos autores en ORTIZ DE LA TORRE, T.: *Derecho internacional privado...* *op. cit.*, pp. 397-492 y 413-423, respectivamente.

⁴⁰⁸ CARLIER, J.Y.: *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, Bruselas, 1992, pp. 62-67.

⁴⁰⁹ RANOUIL, V.: *L'autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, p. 126.

así como el papel protagonista que le seguiría otorgando la jurisprudencia⁴¹⁰.

Superado este debate, el principio ha contando con una evolución específica en las últimas décadas del S. XX y principios del S. XXI. Frente a un primer momento –décadas de los 70 y 80- de cierto declive de la autonomía de la voluntad y favorecimiento de la ley personal se produce una extensión cada vez mayor del juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho de familia y de las relaciones personales, ensalzándose sus aspectos positivos, tales como la certeza y seguridad jurídica –derivadas de la claridad de la elección- y los importantes beneficios para las partes, que pueden dirigir su elección de acuerdo con sus intereses particulares. Esta extensión se combina desde la década de los 90 con una creciente discusión en torno a la relación del principio de autonomía de la voluntad y el principio de proximidad, como criterio alternativo al debate referente a los puntos de conexión objetivos nacionalidad y residencia habitual⁴¹¹.

Desde una perspectiva dogmática, el principio de proximidad implica la aplicación del ordenamiento jurídico con el que la situación guarda los vínculos más estrechos. Pues bien, a partir de ahí, y desde una perspectiva puramente ideal, se entendería que la autonomía de la voluntad es, *a priori*, el método que más eficaz para conseguir la aplicación del ordenamiento más próximo, al poder ser éste elegido por los

⁴¹⁰ CARLIER, J.Y.: *Autonomie de la volonté...*, op. cit., pp. 78-82.

⁴¹¹ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, op. cit., p. 173.

propios cónyuges⁴¹². Sin embargo, esta afirmación aparece excesivamente idealizada y es susceptible de desvirtuarse, al menos, por dos motivos.

En primer lugar, porque presupone que las partes están siempre interesadas en elegir el ordenamiento más próximo, cuando en realidad lo que pueden preferir es la elección del ordenamiento regulador que más posibilidades les ofrezca materialmente. Y pudiéramos añadir, si es que realmente son conscientes de que pueden elegir un ordenamiento jurídico, algo que lamentablemente, y como la práctica demuestra, no siempre se da.

Pero además, es posible que los cónyuges cambien de circunstancias a lo largo de su vida sin “actualizar” su elección de ley aplicable y aquí se produciría una evidente contradicción de ambos principios: la utilización de la autonomía de la voluntad no estaría garantizando la aplicación del derecho más próximo⁴¹³. Más bien al contrario, estaría cosificando la elección realizada en su día, aunque ciertamente podría decirse que ello se realiza por la propia voluntad de las partes. Voluntad activa, porque deciden no cambiar la selección realizada, y voluntad negativa, porque insisten en mantener por las razones que sean la voluntad realizada. Todo lo cual refleja que el discurso que subyace en la opción favorable a la autonomía de la voluntad como principio regulador –y criterio de conexión- de la ley que gobierna las relaciones económicas de las partes cuenta con una filosofía propia que le hace no necesariamente coincidir

⁴¹² LAGARDE, P.: “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours general de droit international privé”, en AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, núm. 196, 1986, p. 61.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 48.

con el discurso de la proximidad, como criterio sobre el que ha de asentarse la elección del derecho regulador de esta realidad jurídica.

Puede concluirse, por tanto que, la autonomía de la voluntad, lejos de estar vinculada única y exclusivamente con el principio de proximidad, adquiere una dimensión y relevancia propia consistente en permitir elegir a los cónyuges el ordenamiento jurídico que mejor satisfaga sus intereses, a la par que ofrece un enorme grado de certeza y seguridad jurídica para el tráfico externo. Esta es la visión que, en mayor o menor medida, recogen los Estados miembro en sus normas de conflicto reguladoras del régimen económico matrimonial, en especial por lo que respecta a las posibles leyes a designar (II.1.2.1), el posible fraccionamiento o *depeçage* de las leyes reguladoras (II.1.2.2) y el carácter mutable del ordenamiento regulador (II.1.2.3).

1.2.1. Las posibles leyes a designar

El reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad, como base de la determinación del derecho regulador, permite a las partes elegir la ley del Estado que deseen para regular su régimen económico matrimonial. Esta elección, lógicamente puede admitir gradaciones si se comparan las normas de conflicto de los Estados miembro reguladoras de esta materia.

A. Autonomía total de la voluntad

La aceptación plena del principio de autonomía de la voluntad como criterio de selección del derecho aplicable a las relaciones económicas

entre los cónyuges se produce únicamente en un Estado miembro, Austria, cuya norma de conflicto establece que el régimen matrimonial se regirá por el derecho del Estado que las partes designen expresamente⁴¹⁴. La propia norma de conflicto no limita dicha elección, ni en cuanto al elenco de leyes que pueden elegirse, ni por lo que respecta al momento en que dicha designación pueda realizarse, si bien debe tratarse de un derecho estatal vigente.

Sin embargo, y a pesar de este taxativo enunciado, esta absoluta libertad de elección conflictual se ve moderada en la propia legislación de Derecho internacional privado austríaca, al indicarse que en la determinación del ordenamiento jurídico que se aplica a la situaciones que presenten un elemento de extranjería, deberá ser tenido en cuenta el derecho del Estado con el que el supuesto de hecho presente una mayor vinculación⁴¹⁵. De nuevo, sin embargo, dicho principio parece tener un carácter residual, únicamente ceñido a colmar las lagunas legales y a interpretar los supuestos conflictivos⁴¹⁶ y, por tanto, su impacto en materia de régimen económico matrimonial es parecería más bien secundario.

Esta aceptación y posterior matización del principio de autonomía de la voluntad abre un escenario de reconocimiento de libertad de elección de la ley aplicable de las partes como base del modelo, aunque limitado o matizado. Esta aproximación, como seguidamente se verá, parece ser el

⁴¹⁴ Art. 19 LDIPr austríaco. Un análisis de la misma puede encontrarse en SCHWIND, F.: “La codification du droit international privé en Autriche”, *Revue de droit international et de droit comparé.*, núm. 54, 1977, p. 367 y PALMER, E.: “The Austrian codification of conflict of laws”, *American Journal comparative law*, núm. 28, 1980, pp. 214-217.

⁴¹⁵ Art. 1 LDIPr austríaco.

⁴¹⁶ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 185.

modelo más extendido entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro pertenecientes al *Civil law*.

B. Autonomía limitada de la voluntad

El reconocimiento de una autonomía limitada de la voluntad tiene por objeto obtener los beneficios objetivos que se derivan de hacer descansar la regulación de los efectos patrimoniales del matrimonio en la voluntad de los cónyuges, logrando a su vez un equilibrio razonable entre el principio de proximidad y la propia autonomía de la voluntad.

Este principio se traduce en aceptar que los cónyuges podrán elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial siempre que se trate de una de las leyes acotadas en la norma de conflicto nacional. De esta manera el legislador dirige la potencial selección de las partes atendidos unos concretos principios de política legislativa nacional y unos específicos objetivos normativos, evitando a la postre que la designación de los cónyuges sea la de una ley poco conectada con sus circunstancias reales, amén de potenciales abusos y perjuicios relacionados con las expectativas del cónyuge menos informado o más débil.⁴¹⁷.

Significativamente se encuadran en este grupo la mayoría de Estados Miembros con tradición civilista. Y ello, una vez más, a pesar de que la realidad refleja la presencia de una pluralidad diversa de concretas conexiones ofrecidas, tanto en los escasos Convenios internacionales

⁴¹⁷ BONOMI, A.: “Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé”, en AA.VV: *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et droit international privé*, Droz, Genève, 2006, p. 63.

como en las propias normas de conflicto estatales reguladoras de la materia.

1) En primer lugar, dentro de este colectivo resulta preciso mencionar el Convenio de la Haya de 1978, que es la norma de conflicto aplicable al régimen económico matrimonial en Francia, Holanda y Luxemburgo. En virtud de dicho Convenio, los cónyuges podrán designar, en general, la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de uno de ellos y la ley del Estado de la primera residencia habitual después del matrimonio y, en particular, para los bienes inmuebles, la ley del país de su situación⁴¹⁸. Su influencia, como se verá, no ha resultado baladí en el proceso de codificación de las normas de Derecho internacional privado de los Estados Miembros referentes al régimen económico matrimonial.

Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico alemán⁴¹⁹, se ofrecen idénticas leyes al Convenio de la Haya, a excepción de la ley del Estado de la primera residencia habitual después del matrimonio, constituyendo pues ambos un primer grupo de normas de conflicto que, dentro de la limitada autonomía de la voluntad, mayor margen ofrecen, en especial, por la posibilidad de designar la *lex rei sitae*. Por su parte, en Bélgica⁴²⁰ y en Rumania⁴²¹, el impacto del Convenio de la Haya es también notable, pues

⁴¹⁸ Art. 3 CHLARM.

⁴¹⁹ Art. 15.2 Ley introductoria del Cc alemán.

⁴²⁰ Art. 49.2 LDIPr Bélgica.

⁴²¹ Art. 2590.2 Cc rumano. Una traducción francesa del Código, incluyendo las normas de DIPr puede encontrarse en BORCAN D. y CIURUC, M.: *Nouveau code civil roumain. Traduction commentée*, Dallow, París, 2013. Por otro lado, para un estudio detallado de la norma de conflicto relativa al régimen económico matrimonial, Vid. CERASELA ANITEI, N.: *The law applicable to matrimonial agreement. Romanian private international law*, Lap Lambert Academic publishing, Saarbrücken, 2013.

a pesar de no ofrecer a los cónyuges la posibilidad de escoger la ley del Estado de situación de los bienes inmuebles, el resto de leyes que pueden escoger son las mismas.

El Convenio de la Haya de 1978 fue también tenido en cuenta en la reforma del Convenio nórdico de 1931, al introducir la autonomía de la voluntad, pues ambos ofrecen la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges, si bien se diferencian, primero, en que el último de ellos no ofrece la *lex rei sitae* y, segundo, en que la ley de la residencia habitual común de los cónyuges no se encuentra congelada en el momento posterior a la celebración del matrimonio, sino que es la última que hubieran tenido⁴²². Idéntica solución se ofrece la norma de conflicto de Finlandia⁴²³ para las relaciones extra-nórdicas.

2) Con un carácter más limitado, la autonomía de la voluntad se ofrece igualmente en las normas de conflicto de Suecia⁴²⁴, Italia⁴²⁵, Estonia⁴²⁶ y Polonia⁴²⁷, aunque en estos casos únicamente pueden

⁴²² Art. 3ª) de la Modificación del Convenio nórdico de 1931. Debe tenerse presente que el Convenio se refiere a la conexión domicilio y no a la conexión residencia habitual, y aunque ambos conceptos son distintos, se han asimilado a efectos didácticos en la presente comparativa. En este sentido, MEURLING, E.: “Less surprise for spouses moving within the nordic countries: amendments to the 1931 nordic convention on marriage”, *Yearbook of private international law*, vol. 11, 2009, pp. 385-394.

⁴²³ Art.130.2 Ley matrimonial de Finlandia.

⁴²⁴ Art. 3 Ley reguladora de los aspectos relativos a las relaciones patrimoniales del matrimonio de 1990. Sobre dicha norma de conflicto Vid. JÄNTERA-JAREBORG, M.: “Swedish report”, en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements...*, *op. cit.*, pp. 395-399 y JÄNTERA-JAREBORG, M.: “Rights of property upon divorce in Swedish conflict of laws”, en LOWE, N. y DOUGLAS, G. (eds.): *Families across frontiers*, Kluwer Law international, Holanda, 1996, pp. 793-805.

⁴²⁵ Art. 30 LDIPr Italia.

⁴²⁶ Art. 58.1 LDIPr Estonia. Sobre la legislación de Derecho internacional de dicho Estado, Vid. SEIN, K.: “The development of private international law in Estonia”, *Yearbook of private international law*, vol. 10, 2008, p. 469.

escogerse la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquier de los cónyuges en el momento de la elección.

3) Una tercera categoría de Estados Miembros que ofrecen una limitada autonomía de la voluntad serían aquellas legislaciones de Derecho internacional privado que ofrecen la posibilidad de elegir la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio siempre que la ley que resulte aplicable a los efectos personales del matrimonio lo permita (Bulgaria⁴²⁸, Eslovenia⁴²⁹ y Croacia⁴³⁰).

En estos casos, la remisión que las normas de conflicto nacionales reguladoras de los efectos del matrimonio realizan al derecho extranjero se referirá no sólo al derecho material, sino también al conflictual, pues si las normas de Derecho internacional privado del Estado que resulta de aplicación permiten la autonomía conflictual, también podrá ser ésta ejercida por las partes en el Estado del foro.

⁴²⁷ Art. 52 LDIPr Polonia. Un detallado estudio sobre las novedades introducidas por dicha ley fue realizado por PAJOR, T., quien publicó su trabajo en diferentes revistas internacionales: “Introducción a la nueva ley polaca de Derecho internacional privado de 4 de febrero de 2011”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 64, núm.1, 2012, pp. 263-285; “La nouvelle loi polonaise de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 101, núm.1, 2012, pp. 5-14, “Introduction to the New Polish Act on Private International Law of 4 February 2011”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, pp. 381-388.

⁴²⁸ Art. 79.4 LDIPr Bulgaria. Una justificación sobre el contenido de dicha disposición puede encontrarse en, JESSEL HOLSJ, C.: “The bulgarian private international law code”, *Yearbook of private international law*, vol. 9, 2007, 380, que indica que la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial debe ser permitida por la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio porque la Ley de Derecho internacional privado fue elaborada con anterioridad a la reforma del Código de familia búlgaro, cuya regulación anterior no permitía los pactos o capitulaciones matrimoniales.

⁴²⁹ Art. 39.2 LDIPr Eslovenia. Un análisis de la ley de DIPr de Eslovenia puede encontrarse en PUHARIC, K.: “Private international law in Slovenia”, *Yearbook of private international law*, vol. 5, 2003, pp. 155-162.

⁴³⁰ Art. 37.2 LDIPr Croacia.

4) Finalmente, con un criterio bastante heterogéneo y que no parece responder a ninguno de los grupos anteriores, la norma de conflicto Lituana establece que los cónyuges podrán elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial siempre que se trate de una de las siguientes leyes: ley del Estado en que ambos cónyuges están domiciliados o lo estarán en el futuro; ley del Estado en que se solemnizó el matrimonio y ley del Estado en que uno de ellos sea nacional⁴³¹.

En definitiva, puede concluirse que la mayoría de normas de conflicto de los Estados miembro de la Unión Europea de tradición civilista ofrecen una autonomía de la voluntad conflictual consistente, básicamente, en la elección de la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual. Esta opción se presenta altamente beneficiosa para los matrimonios internacionales que residen en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad pero cuya norma de conflicto en ausencia de autonomía consagra la aplicación de la ley de la residencia habitual, pues podrán optar entre regular su régimen económico matrimonial por la ley del Estado de “acogida” o de “origen”. A la inversa, los matrimonios internacionales que residen en un Estado miembro cuya ley aplicable a falta de elección es la ley de la nacionalidad, podrán optar por la ley de la residencia habitual si se encuentran perfectamente integrados o tal ordenamiento jurídico satisface sus expectativas.

⁴³¹ Art. 1.28 Cc lituano. Un estudio de las disposiciones de Derecho internacional privado de dicho Código civil puede encontrarse en MIKELENAS, V.: “Reform of private international law in Lithuania”, *Yearbook of private international law*, vol. 7, 2005, pp. 161-181.

C. Exclusión de la autonomía de la voluntad

Junto a la opción global favorable al juego de la autonomía de la voluntad, ya sea más o menos plena o directamente limitada, un número reducido de Estados miembro no admite la elección por las partes de la ley aplicable al régimen económico matrimonial a través de diferentes técnicas.

1) Un primer colectivo sería el compuesto por las normas de Derecho internacional privado de Grecia⁴³², Hungría⁴³³ y Eslovaquia⁴³⁴, que bajo la regulación unitaria de los efectos del matrimonio –bien incluidos en la misma norma de conflicto, bien vía remisión de la ley que regula los efectos patrimoniales del matrimonio a la ley que regula los efectos personales- establecen varias conexiones jerarquizadas- en concreto la ley de la nacionalidad y, en su defecto, la ley de la residencia habitual-, no dejando lugar a la autonomía de la voluntad.

2) Junto a este grupo de Estados, especial mención merece el caso de Portugal, donde la norma de conflicto prevé la aplicación de la ley de la nacionalidad, existiendo discusión en la doctrina en cuanto a si la norma

⁴³² Art. 15 Cc griego. Un breve comentario en inglés de dicha norma de conflicto puede encontrarse en KOZYRIS, P.J.: “Conflict of laws”, en KERAMEUS, K.D. y KOZYRIS, P.J. (eds.): *Introduction to greek law*, Kluwer Law international, Aphen aan den Rijn, 3º ed., 2007, pp. 386-387.

⁴³³ Art. 39 LDIPr Hungría de 1979. Señalando la conveniencia de la regulación unitaria de ambos efectos y contraponiendo la utilización de puntos de conexión objetivos con la autonomía de la voluntad conflictual que se permite en la mayoría de Estados miembro, *vid.*, MÁDL, F. y VÉKÁS, L.: *The law of conflicts and of international economic relations*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1998, pp. 441-442. También puede encontrarse información sobre dicha norma de conflicto en: KECSKÉS, L.: “Private international law”, en HARMATHY, A. (ed.): *Introduction to Hungarian law*, Kluwer law international, The Hague, 1998.

⁴³⁴ Art. 21 LDIPr Eslovaquia de 1993.

de conflicto reguladora del régimen económico matrimonial⁴³⁵ ofrece a los cónyuges la posibilidad de elegir la ley portuguesa bajo determinados supuestos. La discusión tiene lugar porque dicha norma establece que cuando de las conexiones objetivas referentes al régimen económico matrimonial resulte de aplicación una ley extranjera y siempre que uno de los cónyuges resida en Portugal, podrá designarse uno de los concretos regímenes económico matrimoniales del derecho portugués, no quedando pues claro si se está consagrando la autonomía de la voluntad conflictual o no⁴³⁶.

⁴³⁵ Art. 53 Cc portugués.

⁴³⁶ Defendiendo tal posibilidad PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de direito de familia*, vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 3º ed., 2003 p. 779 y en sentido negativo, DE LIMA PINHEIRO, L.: *Direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 3º ed., 2009, p. 530. Junto a la problemática de si se permite la autonomía de la voluntad conflictual, existen además tres problemas que han centrado la atención de la doctrina. El primero, relacionado con el ámbito de aplicación material de los arts. 52 y 53, existiendo unanimidad en la doctrina en cuanto a la consideración de que el primero de ellos regula los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico (régimen económico matrimonial primario), y el segundo los concretos regímenes secundarios (MOTA, H.: *Os efeitos patrimoniais do casamento em direito internacional privado*, Coimbra editora, Coimbra, 2012, p. 102; BAPTISTA MACHADO, J.: *Lições de direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 3º ed., 2009, pp. 403-413; DE LIMA PINHEIRO, L.: *Direito internacional...*, op. cit., pp. 526-531 y MOURA RAMOS, R.M.: *Estudos de direito internacional privado e de direito procesual civil internacional*, vol. II, Coimbra editora, Coimbra, 2007, pp. 216-217). En segundo lugar, los problemas derivados del conflicto móvil por no encontrarse las conexiones del art. 52 fijadas en el tiempo, aunque se propone estar al momento de verificación de los hechos (MOTA, H.: “El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la Propuesta de Reglamento Roma IV: algunos problemas y omisiones”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 5, núm. 2, p. 433). Finalmente la doctrina se plantea la lógica del art. 54 que exige, para la modificación del régimen económico matrimonial, que ésta sea permitida por la ley que regula los efectos generales del matrimonio (art. 52) y no por la referente al régimen económico matrimonial secundario (art. 53) (MOTA, H.: *Os efeitos patrimoniais...*, op. cit., p. 112; DE LIMA PINHEIRO, L.: *Direito internacional...*, op. cit., p. 531 y PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de direito...*, op. cit., p. 778).

1.2.2. La elección de una o varias leyes

La problemática de la selección del derecho regulador del régimen económico matrimonial, lógicamente, no muere en la concreción de las vías para su determinación. Son otros muchos los problemas planteados, por ejemplo, la cuestión de la posibilidad o no de que varias leyes regulen el régimen económico matrimonial⁴³⁷.

La opción a favor de una única ley o de una pluralidad de leyes, vinculada a la aceptación del principio de autonomía de la voluntad, se asienta sobre un debate relevante en torno a los objetivos que acompañan, o deben acompañar, a la determinación de la ley reguladora de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Y en este debate son muchos los argumentos que parecen existir a favor de la unidad en la selección del derecho aplicable.

1) En primer lugar, el hecho de que una única ley se aplique a todas las relaciones jurídicas emanadas del régimen económico matrimonial parece evitar los problemas derivados de que la titularidad de los bienes estuviera sometida a un ordenamiento jurídico, los poderes de gestión a otros, y la responsabilidad de las masas patrimoniales, por ejemplo, a un tercero.

⁴³⁷ En ausencia de autonomía de la voluntad, las normas de conflicto de origen estatal o convencional los Estados miembro de tradición civilista no contemplan el fraccionamiento o *depeçage* de la ley aplicable

Además, el fraccionamiento de la ley aplicable compromete la previsión de la ley aplicable, exigiendo en ocasiones una posterior adaptación de los ordenamientos implicados⁴³⁸.

Pero sin duda, las principales ventajas de la concentración del ordenamiento regulador son la facilitación de la liquidación del régimen económico matrimonial y el aumento de la previsibilidad y seguridad jurídica, no sólo entre los cónyuges entre sí, sino también respecto de terceros⁴³⁹. Así, puede resultar especialmente complicado delimitar qué concretos bienes se encontraban sometidos a una determinada ley y cuáles a otra, especialmente en aquellos casos relacionados con bienes muebles, pues respecto de los bienes inmuebles debe entenderse que en la escritura pública en la que conste su titularidad, se debería haber hecho mención al ordenamiento regulador de la misma.

Por otro lado, por lo que respecta a la certeza legal, no cabe duda de que es más sencillo conocer qué ordenamiento jurídico resulta de aplicación al régimen económico matrimonial si éste se encuentra regulado por una única ley que ir indagando qué concretas relaciones jurídicas o bienes se encuentran sometidos a una determinada ley, sobretodo en aquellos casos en que el desmembramiento es múltiple.

Frente a las aparentes ventajas que la unidad de la ley aplicable reguladora del régimen económico matrimonial presenta, también debe considerarse que la propia autonomía de la voluntad actúa como un

⁴³⁸ VAQUERO LÓPEZ, C.: “Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. 6, 2006, p. 203.

⁴³⁹ VIARENGO, I.: *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996, pp. 206-207.

mecanismo que podría garantizar también la certeza legal si, por ejemplo, se realizaran unos pactos o capitulaciones matrimoniales en los que resultara perfectamente detallado qué ley se ocupa de qué bienes y sobre qué aspectos del régimen económico matrimonial.

2) Por otro lado, la posibilidad de elegir varias leyes para regular el régimen económico matrimonial, y en particular, la ley del Estado de situación de los bienes inmuebles, también presenta enormes ventajas, entre la que destaca, especialmente, la de permitir la coherencia del sistema conflictual, acercándose el estatuto real al patrimonio y por facilitar la armonía internacional mediante el reconocimiento de decisiones en los países donde se localizan los bienes⁴⁴⁰. De este modo, puede concluirse que el objetivo del *depeçage* es doble: por un lado, prevenir posibles problemas en relación con las normas imperativas establecidas en la *lex rei sitae*, y por otro, facilitar las operaciones relacionadas con los derechos de propiedad, en especial, por la exigencia de una determinada forma y publicidad de los derechos reales en el lugar de su situación⁴⁴¹. Además, también se ha apuntado como ventaja que el fraccionamiento del régimen puede incentivar a las parejas a estudiar las consecuencias de su decisión, evitándose así posibles desigualdades

⁴⁴⁰ VAQUERO LÓPEZ, C.: “Los regímenes matrimoniales...”, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁴¹ KROLL, K.: “Unification of conflicts of law in Europe-Matrimonial property regimes”, en BOELE-WOELKI, K., y SVERDRUP, T. (eds.): *European challenges...*, *op. cit.*, p. 382; MARTINY, D.: “Lex rei sitae as a connecting factor in EU private international law”, *IPRax*, vol. 32, núm.2, 2012, p. 119 y MARTINY, D.: “Objectives and values of (private) international law in family law”, en AA.VV: *International family law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen, 2007, p. 91.

derivadas de la aplicación de distintos regímenes a cada uno de los bienes de los cónyuges⁴⁴².

Las normas de conflicto de los Estados miembro, de origen estatal o convencional, son herederas de este debate de cuya existencia cabe inferir tres grandes tendencias normativas.

A) En aquellos Estados miembro –únicamente en Austria⁴⁴³- en que la autonomía de la voluntad permite la elección de la ley de cualquier ordenamiento jurídico estatal, paralelamente, se permite la elección de varias leyes.

B) En el otro extremo se encuentran la mayoría de Estados Miembros, en los que solamente es posible escoger una única ley para regular el régimen económico matrimonial⁴⁴⁴.

C) Frente a las dos opciones anteriores, existiría un tercer grupo de Estados miembro que ofrecerían una solución intermedia entre ambas posturas. Se trata de aquellos ordenamientos jurídicos que permiten la elección de la *lex rei sitae*, siendo éste el caso particular del Convenio de la Haya de 1978⁴⁴⁵, el ordenamiento jurídico alemán⁴⁴⁶ y la norma de conflicto de la República Checa⁴⁴⁷. Así, se permitiría el fraccionamiento del derecho aplicable pero con carácter

⁴⁴² BATTIFOL, H.: “La treizième session de la Conference de la Haye de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 64, núm.3, 1975, p. 456.

⁴⁴³ Art.19 LDIPr austríaca.

⁴⁴⁴ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁴⁵ Art. 6 CHLARM.

⁴⁴⁶ Art. 15 (2) 3 Ley introductoria del Cc alemán.

⁴⁴⁷ Art. 49.4 LDIPr República Checa.

limitado, únicamente previéndose la elección de la ley de situación de los bienes inmuebles.

En definitiva, las normas de conflicto de los Estados miembro, bien de origen convencional, bien de origen estatal, oscilan entre estas tres posibilidades por lo que respecta al concurso de varias leyes –ilimitado, limitado y prohibido- en los supuestos en que los cónyuges pueden elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, si bien es cierto que su absoluta prohibición refleja la tendencia mayoritaria.

1.2.3. La versión dinámica de la autonomía de la voluntad: el cambio voluntario de ley aplicable

La autonomía de la voluntad, lejos de permitir una única elección en un determinado momento, y respecto de una o varias leyes, se extiende, en muchos casos, a la posibilidad de elegir una nueva ley aplicable para regular el régimen económico matrimonial. Esta opción, lógicamente, queda centrada en aquellos Estados cuyas normas de Derecho internacional privado admiten el juego de la autonomía de la voluntad, no siendo posible, por lógica, en aquellos modelos que excluyen la autonomía de la voluntad y en los que, por principio, no cabe plantearse la mutabilidad voluntaria⁴⁴⁸. En este escenario, el posible cambio de ley aplicable se aborda de diferente manera en los diversos Estados miembro de la Unión Europea mediante dos vías.

⁴⁴⁸ La mutabilidad automática de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, que únicamente se predicará de aquellos casos en que los cónyuges no han ejercido la autonomía de la voluntad, se estudiará en el epígrafe III.1.3.3.

1) Las normas de conflicto de algunos Estados Miembros guardan silencio absoluto sobre el cambio de ley aplicable, al no ofrecer una regla específica sobre esta cuestión e igualmente no incluir en la propia regulación conflictual del régimen económico matrimonial una expresión de la que pudiera deducirse que los cónyuges pueden “actualizar” dicha ley siempre que lo deseen. Son los casos de, por ejemplo, Alemania e Italia, en los que ante la ausencia de una prohibición expresa, puede concluirse que no tendría por qué rechazarse el que la autonomía de la voluntad inicialmente ofrecida pudiera hacerse extensiva a un momento posterior⁴⁴⁹.

2) En contraste con ello, la mutabilidad voluntaria se recoge expresamente en otras normas de conflicto de origen estatal o convencional, principalmente mediante la utilización de dos técnicas.

Así, por ejemplo, en el Convenio de la Haya de 1978, que es la norma de conflicto aplicable en Francia, Holanda y Luxemburgo, se contiene una disposición expresa sobre el cambio de ley aplicable en el que se recogen las distintas leyes que los cónyuges podrán elegir a lo largo de la vida matrimonial.

Por otro lado, las normas de conflicto de algunos Estados miembro como Bélgica⁴⁵⁰, Rumania⁴⁵¹ o Bulgaria⁴⁵², indican expresamente que la elección de la ley aplicable podrá realizarse en cualquier momento, antes o durante el matrimonio y que ésta podrá ser cambiada. No establecen, en

⁴⁴⁹ BONOMI, A.: “Les régimes matrimoniaux...”, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁵⁰ Art. 50.3 LDIPr Bélgica.

⁴⁵¹ Art. 2591.3 Cc Rumania.

⁴⁵² Art. 80.3 LDIPr Bulgaria.

cambio, las leyes que podrán ser elegidas, aunque todo hace pensar que el abanico de leyes ofrecidas es el mismo que cuando se hizo la “primera” elección.

Esta clasificación puede además acompañarse de otra más específica como es la determinación del intervalo temporal en que la nueva ley desplegará sus efectos. En este sentido, caben dos posibilidades: la eficacia *ex nunc* –que la nueva ley únicamente regule las relaciones jurídicas a partir del momento de la elección- y la eficacia *ex tunc* –que la ley designada pase a considerarse como el ordenamiento regulador del régimen económico matrimonial desde el mismo momento de la celebración del matrimonio-.

1) Como es evidente, en aquellos ordenamientos jurídicos cuyas normas de conflicto no se manifiestan expresamente sobre la posibilidad de mutabilidad de la ley aplicable, tampoco se recogen disposiciones relativas a la eficacia *ex tunc* o *ex nunc*, por lo que habría que estar, de nuevo, bien a lo que digan las partes, bien a la posible interpretación de la doctrinal o la jurisprudencia al respecto⁴⁵³.

2) Por contra, en aquellos Estados miembro en que sí se regula el cambio de ley aplicable, se suele determinar si la nueva ley designada se aplicará al conjunto de bienes y obligaciones de los cónyuges o, por el contrario, únicamente a las relaciones jurídicas posteriores a tal elección, no existiendo un resultado homogéneo sobre esta cuestión.

⁴⁵³ BONOMI, A.: “Les régimes matrimoniaux...”, *op. cit.*, p. 66, donde se indica que en derecho alemán se presume la eficacia *ex nunc*.

Así, en primer lugar, en el Convenio de la Haya de 1978, aunque no se determina expresamente la eficacia *ex tunc* o *ex nunc*, parece deducirse inequívocamente que la nueva ley regulará la totalidad del régimen económico matrimonial. En este sentido, se ha llegado a decir que si los cónyuges han decidido cambiar la ley aplicable al régimen económico matrimonial es porque desean que dicha ley rijá sus relaciones desde el principio. Una de las principales ventajas de esta postura es además el favorecer la lógica conflictual en esta materia, pues una única ley seguirá rigiendo todo el régimen económico matrimonial, y no varias. Como principales inconvenientes se apuntan que este sistema no tiene en cuenta la responsabilidad patrimonial de los cónyuges por deudas contraídas en virtud de la anterior ley aplicable, así como el posible quebranto de las expectativas de las partes, que verían como determinadas situaciones se verían modificadas sin su conocimiento⁴⁵⁴.

Por otro lado, en Estados Miembros como Rumania⁴⁵⁵, Bélgica⁴⁵⁶ o Bulgaria⁴⁵⁷, la nueva ley aplicable sólo regulará las relaciones jurídicas que surjan a partir del momento de la elección, más no aquellas que hubieran tenido lugar con anterioridad que seguirán rigiéndose por la “antigua” ley. Esta circunstancia queda al albur de las propias partes, quien a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden alterarla, pues si los cónyuges lo desean, la nueva ley elegida tendrá

⁴⁵⁴ VON OVERBECK, A.E.: “Explanatory Report”, en CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *Actes et documents de la Treizième sesión. Tome II. Matrimonial property regimes*, Bureau Permanent de la Conférence, La Haya, 1978, pp. 329-377.

⁴⁵⁵ Art. 2591.3 Cc Rumania.

⁴⁵⁶ Art. 50.3 LDIPr Bélgica.

⁴⁵⁷ Art. 80.3 LDIPr Bulgaria.

eficacia *ex tunc*. Como principal ventaja puede apuntarse el respeto de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en cada momento, pues es posible que éstos deseen que determinados bienes que fueron adquiridos en virtud de una ley –y en consecuencia de un determinado régimen económico matrimonial- se mantenga, mientras que los futuros, por una distinta, por haberse producido un cambio en sus circunstancias personales –grave quiebra de uno de ellos, mejora de la posición profesional, etc.-. Algunos inconvenientes más relevantes se vincularían a la difícil determinación de la ley reguladora para determinados bienes y obligaciones a lo largo del tiempo, especialmente cuando se han producido cambios sucesivos de ley aplicable, así como las potenciales dificultades que pudieran darse en el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial.

1.3. La ley aplicable a falta de elección

1.3.1. Consideraciones generales: perspectiva histórica y perspectiva funcional

Como se ha observado hasta el momento, la mayoría de normas de conflicto de origen convencional o estatal de los Estados miembro de la Unión Europea admiten el juego de la autonomía de la voluntad, no sólo por lo que respecta al elenco de leyes susceptibles de ser elegidas, sino también en relación con su naturaleza o extensión temporal y material, así como su ordenación. En todo caso, se admita o no el principio de autonomía de la voluntad, es claro que los diversos ordenamientos jurídicos diseñan criterios de conexión utilizables en ausencia de elección

por las partes o, precisamente, porque no se admite dicha elección. Una vez más, las distinciones existentes de Estado a Estado son importantes y de naturaleza dispersa, si bien es cierto que han sido tres las conexiones que a lo largo de la historia han ocupado un papel más relevante: nacionalidad, domicilio y residencia habitual⁴⁵⁸.

El período primigenio de la “Estatutaria”,⁴⁵⁹ que alcanzará hasta bien entrado el la mitad del S. XVIII, se corresponde con el auge de la conexión del domicilio. En ella, sin embargo, el debate girará originariamente no tanto en torno a los conflictos internacionales de leyes, sino en relación con los internos, al venir caracterizada la realidad de aquel momento por la existencia en el seno de cada Estado de distintas normativas legales y deberse determinar cuál de todas ellas se aplica⁴⁶⁰.

En el S. XIX, sin embargo, muchos países europeos procederán a abandonar el domicilio en favor de la conexión nacionalidad, mucho más acorde con la aparición de los modernos Estados nación, y de la que se decía era expresión del principio de soberanía del Estado sobre sus nacionales. Dos son principalmente los motivos que explican esta nueva tendencia. El primero de ellos, la enorme influencia del Código civil

⁴⁵⁸ RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.2, núm.1, 2010, pp. 187-188, así como la bibliografía que este último cita para un estudio más detallado: VON OVERBECK, A.E.: “La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, en AA.VV.: *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II, Fac. der Rechtsgeleerdheid, Gent, 1965, pp. 1085-1112 y DE WINTER, L.J.: “Nationality or Domicile?. The present state of affairs”, AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1969, núm. 128, pp. 347 y ss.

⁴⁵⁹ ORTIZ DE LA TORRE, T.: *Derecho internacional privado... op. cit.*, pp. 289-375.

⁴⁶⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Comares, Granada, p. 26.

francés de 1804, que atribuía un carácter protagonista a la nacionalidad. De otra parte, el predominio doctrinal de MANCINI, fuerte defensor de que cada Estado soberano legislara para sus nacionales, se encuentren donde se encuentren. Dicho cambio de rumbo Esta apuesta por la nacionalidad resultó patente en las normas de conflicto alemana, portuguesa o española, así como en los primeros Convenios de la Conferencia de la Haya⁴⁶¹.

La conexión domicilio, sin embargo, recuperará protagonismo en el ámbito de las relaciones personales y familiares en la correspondiente a la primera mitad del S. XX, en gran medida motivado por el enorme peso que a escala mundial fueron teniendo los países anglosajones, inmunes a la previa expansión del criterio de la nacionalidad por Europa, y defensores de la *lex domicile*. Junto a ello, al otro lado del Atlántico, el criterio domicilio se verá consolidado entre los países iberoamericanos a partir de los Tratados de Montevideo de 1889.

Junto a estos dos criterios, la segunda mitad del S. XX y comienzos del S. XXI, verán la consolidación de una postura intermedia, como es la conexión residencia habitual, en gran parte gracias a la labor codificadora de la Conferencia de la Haya, que ha atribuido a dicho criterio el papel de determinar el ordenamiento jurídico regulador de las distintas materias de derecho de familia sobre las que se legisló. Su influencia ha sido palpable en el proceso de codificación nacional del Derecho internacional privado, pues se observa como aquellos Estados Miembros que recientemente han modificado sus legislaciones conflictuales han tendido a consagrar la

⁴⁶¹ *Ibíd.*, p. 26.

residencia habitual como ley aplicable en ausencia de elección de las partes.

A partir de estas ideas expuestas, la discusión parece ceñirse en la actualidad, al menos entre los Estados Miembros de la Unión Europea con tradición civilista, a la preferencia entre dos conexiones, bien la nacionalidad o la residencia habitual, conexiones que presentan diversas razones de ser, fortalezas y debilidades.

El criterio nacionalidad responde al principio de soberanía del Estado y a través del mismo se pretende poner de relieve la vinculación del sujeto con el Estado del que es nacional. Las legislaciones de Derecho internacional privado de los Estados Miembros que recogen como criterio objetivo la conexión nacionalidad, se codificaron en un momento en el que en los países de Europa se producían importantes movimientos migratorios a América. Se buscaba pues que a través de la conexión nacionalidad, ésta “siguiera” al individuo allá donde fuera. La dinámica actual, empero, es radicalmente opuesta: los Estados Miembros de la Unión Europea son ahora receptores de inmigrantes, de suerte que la aplicación de la ley nacional de dichos sujetos supone una muestra evidente del respeto a la multiculturalidad⁴⁶².

En efecto, el hecho de que la conexión nacionalidad permita al emigrante mantener sus vínculos con su país de origen es una gran ventaja⁴⁶³ para el país de origen y, eventualmente para los familiares que

⁴⁶² CARLIER, J. Y.: “Estatuto personal y sociedad multicultural...”, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁶³ GAUDEMET TALLON, H.: “La désunion du couple en Droit international privé”, AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1991, núm. 226, p. 220 y ABARCA JUNCO, P.: “La regulación de la sociedad multicultural”, en CALVO CARAVACA,

puedan quedar en éste, tanto como lo son su carácter estable y fácil determinación en la mayoría de los casos. En cualquier caso, esta conexión no está tampoco exenta de críticas, pues junto con su rigidez y la ausencia de conexión real con el entorno social en el que la persona realiza su vida, se hace referencia al cambio de tendencia de los movimientos migratorios, y se arguye que la conexión nacionalidad no es una solución integradora, pues “obliga” a los inmigrantes que se sienten perfectamente integrados en el país de acogida a la aplicación de un ordenamiento jurídico alejado de sus circunstancias actuales⁴⁶⁴.

Por su parte, como se ha dicho, la conexión residencia habitual es el punto de conexión preferido en el Convenio de la Haya de 1978 y en las legislaciones más recientes de Derecho internacional privado de algunos Estados miembro. Su principal ventaja deriva de su flexibilidad, adaptabilidad y realismo, amén de su carácter social, en el sentido de que supone la aplicación de la ley del país donde el sujeto vive y está integrado. Por otro lado, también se remarca como aspecto positivo el que la residencia habitual, a diferencia de la nacionalidad, es un concepto fáctico, más flexible y menos rígido que este último. Como contrapartida, en aquellas ocasiones en que los extranjeros no están integrados en el Estado receptor, puede implicar la aplicación de un derecho con el que no se sienten “representados”. Igualmente, tampoco debe perderse de vista la

A.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.L. (eds): *Estatuto personal y multiculturalidad...*, op. cit., p. 167.

⁴⁶⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: *Matrimonio y elección de ley...*, op. cit., pp. 24-25.

difícil determinación, en algunos supuestos, del lugar donde se sitúa la residencia habitual de algunos sujetos⁴⁶⁵.

El debate permanece abierto en el momento presente, constituyendo la autonomía de la voluntad el mecanismo más adecuado para reducir las fricciones entre la nacionalidad y la residencia habitual⁴⁶⁶. Sin embargo, dado que se están analizando ahora los puntos de conexión en ausencia de autonomía de la voluntad, puede concluirse que la elección de uno u otro criterio constituye una opción de política legislativa que, consustancialmente, llevará aparejadas ventajas e inconvenientes sea cual sea la elección.

El análisis de los distintos modelos de la Unión Europea y de las normas que éstos recogen para aquellas ocasiones en que la autonomía de la voluntad no haya sido ejercitada o no sea admitida, reflejan la presencia, colaborativa en muchas ocasiones, de estos dos criterios de conexión.

1.3.2. Los puntos de conexión aplicables en ausencia de autonomía de la voluntad

Los ordenamientos jurídicos de derecho civil de la Unión Europea emplean distintos puntos de conexión en sus normas de conflicto para determinar la ley aplicable cuando ésta no ha sido elegida por las partes o no es admitida por la legislación nacional. Las conexiones subsidiarias habitualmente utilizadas, teniendo presente lo analizado en el punto

⁴⁶⁵ *Ibíd.*, p. 27.

⁴⁶⁶ CARLIER, J. Y.: “Estatuto personal y sociedad multicultural...”, *op. cit.*, p. 35; CALVO CARAVACA, A.L.: “El «Derecho internacional privado multicultural» y el revival de la ley personal”, *Diario La Ley*, núm. 7846, 2012, p. 8.

anterior, son la de nacionalidad y residencia habitual de los cónyuges. La opción por una u otra responde a una opción de política legislativa, pues subyacen aquí razones de proximidad de la conexión a la situación jurídica, de integración de los cónyuges en su entorno social o de respeto a la ley de origen. Amén de ello, su presencia única o combinada, su articulación e incluso su eventual jerarquización, se produce de modo distinto en cada Estado miembro.

1) La primacía de la nacionalidad se hace patente en sistemas jurídicos como el alemán⁴⁶⁷, el búlgaro⁴⁶⁸, el italiano⁴⁶⁹, el croata⁴⁷⁰, el húngaro⁴⁷¹, el esloveno⁴⁷², el eslovaco⁴⁷³, el austríaco⁴⁷⁴, el griego⁴⁷⁵, el polaco⁴⁷⁶ o el portugués⁴⁷⁷, que otorgan a la nacionalidad común de los cónyuges la tarea de determinar la ley aplicable al régimen matrimonial, generalmente vía remisión de los efectos patrimoniales del matrimonio a los efectos personales⁴⁷⁸.

En las normas de conflicto de estos ordenamientos jurídicos la conexión nacionalidad suele ir seguida de la residencia habitual y, como

⁴⁶⁷ Art.14 Ley introductoria del Cc alemán.

⁴⁶⁸ Art.79.1 LDIPr Bulgaria.

⁴⁶⁹ Art.29 LDIPr Italia.

⁴⁷⁰ Art.36.1 LDIPr Croacia.

⁴⁷¹ Art.39 LDIPr Hungría.

⁴⁷² Art.38 LDIPr Eslovenia.

⁴⁷³ Art.21.1 LDIPr Eslovaquia.

⁴⁷⁴ Art.18.1 LDIPr Austria.

⁴⁷⁵ Art.14 Cc Grecia.

⁴⁷⁶ Art.51 LDIPr Polonia.

⁴⁷⁷ Art.52 Cc Portugal.

⁴⁷⁸ Téngase en cuenta la clasificación realizada en la introducción a los sistemas de derecho civil (II.1.1).

conexiones de cierre, por la ley más conectada con los cónyuges⁴⁷⁹ o la ley del foro⁴⁸⁰.

No todas las normas de conflicto de los Estados miembro fijan temporalmente el momento en que debe apreciarse la nacionalidad común de los cónyuges. Aunque se apuntará con mayor detalle al analizar el conflicto móvil conveniente tener presente que mientras que la normativa diseñada en Alemania, Portugal, Austria, Grecia o Croacia congela el punto de conexión al momento de celebración del matrimonio, en otros ordenamientos jurídicos, como Bulgaria, Italia, Eslovaquia o Eslovenia, la nacionalidad común no se encuentra fijada, por lo que si a lo largo del tiempo la nacionalidad de los cónyuges se viera modificada, la ley reguladora del régimen económico matrimonial también podría ser alterada.

2) Por otro lado, las normas de conflicto de Estados Miembros como Rumania⁴⁸¹, Bélgica⁴⁸², Lituania⁴⁸³, República Checa, así como los Estados que ratificaron el Convenio de la Haya de 1978⁴⁸⁴ y el Convenio nórdico de 1931⁴⁸⁵, consagran la ley de la residencia habitual de los cónyuges como la ley reguladora de los efectos patrimoniales de los cónyuges, aplicándose, en la mayoría de los casos, subsidiariamente la ley de la nacionalidad común.

⁴⁷⁹ Casos de Alemania, Portugal, Grecia, Bulgaria, Polonia, Eslovenia e Italia.

⁴⁸⁰ Casos de Eslovaquia y Hungría.

⁴⁸¹ Art.2589 Cc Rumania.

⁴⁸² Art.48.1 LDIPr Bélgica.

⁴⁸³ Art. 1.28 Cc lituano.

⁴⁸⁴ Art.4 CHLARM.

⁴⁸⁵ Art.3 Modificación Convenio nórdico en materia matrimonial de 1931.

Como acontecía con la conexión nacionalidad, existen también discrepancias en cuanto a la fijación del punto de conexión y la su mutabilidad del mismo. La heterogeneidad existente es tan grande que no sólo es posible clasificar a las normas reguladoras del régimen económico matrimonial entre aquellas que no fijan el punto de conexión -Rumania, Lituania, República Checa- y sí lo hacen -el convenio de la Haya de 1978 y la norma de conflicto belga, al momento posterior a la celebración del matrimonio-, sino que además dichas normas de conflicto pueden dividirse entre aquellas en las que un cambio de residencia habitual puede producir una alteración de la ley aplicable -Rumania y Convenio de la Haya de 1978, por regular explícitamente la mutabilidad de la ley aplicable y Lituania y la República Checa por no fijar el punto de conexión- y aquellas en las que cambios en las circunstancias personales no producirán modificaciones en la ley aplicable -Bélgica-.

1.3.3. El cambio automático de ley aplicable

La ley aplicable al régimen económico matrimonial regula una relación jurídica que nace con el matrimonio y que se prolonga durante el tiempo, hasta la disolución del vínculo por fallecimiento de uno de los cónyuges o por el divorcio. Durante este periodo, es posible que se produzcan cambios en las circunstancias personales de los cónyuges -principalmente cambios de nacionalidad o residencia de uno o ambos cónyuges-, lo que combinado con puntos de conexión de las normas de conflicto que no se encuentren fijados en el tiempo, puede conducir la aplicación de una nueva ley, generándose una situación de conflicto

móvil⁴⁸⁶. Esta circunstancia únicamente tendrá lugar en los casos en que los cónyuges no hayan procedido a una elección directa elegida de la ley aplicable, predicándose de aquellas situaciones relacionadas con la aplicación de las conexiones objetivas, pues la existencia de una elección o capitulación implica la inmutabilidad de la ley aplicable⁴⁸⁷.

Del análisis de las conexiones objetivas de las normas de conflicto de los Estados miembro reguladoras del régimen económico matrimonial respecto de los supuestos de conflicto móvil cabe inferir la existencia de, al menos, dos tendencias.

1) En primer lugar, las normas de conflicto de casi la totalidad de los Estados Miembros fijan el punto de conexión en el tiempo, produciendo así la inmutabilidad de éste, y resultando pues indiferente un cambio en las circunstancias personales de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio. Las normas de conflicto de los Estados Miembros suelen congelar el punto de conexión al momento de celebración del matrimonio –especialmente en los casos de nacionalidad- (caso de Alemania⁴⁸⁸, Austria⁴⁸⁹, Portugal⁴⁹⁰ o Grecia⁴⁹¹) o al instante posterior a la celebración del matrimonio –básicamente cuando resulta de aplicación la conexión objetiva de la residencia habitual- (por ejemplo, en Bélgica⁴⁹² o Estonia⁴⁹³).

⁴⁸⁶ BONOMI, A.: “Les régimes matrimoniaux...”, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁸⁷ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 350.

⁴⁸⁸ Art. 15.1 Ley introductoria del Cc alemán.

⁴⁸⁹ Art. 19 LDIPr Austria.

⁴⁹⁰ Art. 53.1 Cc Portugal.

⁴⁹¹ Art. 15 Cc Grecia.

⁴⁹² Art. 51.1 LDIPr Bélgica.

⁴⁹³ Art. 58.3 LDIPr Estonia.

Los principales argumentos a favor de la inmutabilidad de las conexiones objetivas se vinculan con principios tales como la seguridad jurídica y la evitación de los problemas que podrían producirse en el momento final de la liquidación del régimen económico matrimonial tanto respecto de ellos mismo como de terceros⁴⁹⁴. Los cónyuges sabrán en todo momento –siempre que acudan, eso sí, ante las autoridades del mismo Estado miembro-, incluso aunque no hayan ejercido la autonomía de la voluntad, cuál es la ley aplicable al régimen económico matrimonial, resultando indiferentes los cambios de nacionalidad o residencia.

2) La mutabilidad automática de la ley aplicable, empero, está presente en una minoría de Estados miembro, a saber, en los Estados parte del Convenio de la Haya de 1978 -Francia, Holanda y Luxemburgo- en aquellos vinculados por la Convención nórdica en materia matrimonial de 1931 –Dinamarca, Finlandia y Suecia-, Rumania y, con ciertas dudas, en Italia. La tipología existente respecto de los Estado miembro que se acogen a esta tendencia también es variada en atención a los modelos de solución ofrecidos.

A) Como primer modelo, tanto el Convenio de la Haya de 1978⁴⁹⁵ como el Convenio nórdico en materia matrimonial de 1931⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ DROZ, G.: “Regimes matrimoniaux en droit international privé”, en AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1966, núm. 143, pp. 62-63 y RIGAUX, F.: “Le conflit mobile en droit international privé”, AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1966, núm. 117, pp. 372-373.

⁴⁹⁵ Art. 7 CHLARM.

⁴⁹⁶ Art.3. subpárr. 2 de la Modificación del Convenio nórdico de 1931. El paso de tiempo de dos años existe también en la norma de conflicto de Suecia para las relaciones extra-nórdicas (Art. 4. subpárr.2 Ley reguladora de los aspectos relativos a las relaciones patrimoniales del matrimonio de 1990), mientras que en Finlandia se exige que hayan

indican que cuando los cónyuges se encuentren sometidos a una ley aplicable a falta de elección se prevé un cambio automático a favor de la ley del lugar de la nueva residencia habitual/domicilio si los esposos fijan su residencia habitual/domicilio en el Estado de su nacionalidad común⁴⁹⁷ o si conviven de modo continuado –diez años en el caso del Convenio de la Haya de 1978 y dos en el del Convenio nórdico de 1931– en dicha residencia habitual/domicilio⁴⁹⁸.

Difieren ambos convenios en la última conexión que ofrecen, pues el Convenio de la Haya indica que se aplicará la ley de la nueva residencia habitual en aquellos casos en que los cónyuges establezcan su primera residencia habitual en un determinado lugar y anteriormente hubiera resultado de aplicación la ley de la nacionalidad común⁴⁹⁹, y en el caso del Convenio nórdico, cuando los cónyuges se hubieran trasladado de nuevo a un Estado en el que ya tuvieron el domicilio en común⁵⁰⁰.

transcurrido cinco años para que se cambie automáticamente la ley aplicable al régimen matrimonial (Art.129. subpárr.2 Ley matrimonial de Finlandia).

⁴⁹⁷ Por ejemplo, dos franceses establecen su primera residencia habitual después del matrimonio en Italia. Si posteriormente se trasladan a vivir a Francia –lugar de su nacionalidad común- la ley francesa resultará automáticamente aplicable, desplazando a la italiana.

⁴⁹⁸ Por ejemplo, si dos cónyuges españoles se trasladan a Francia a vivir durante más de diez años, se considerará que están sometidos al régimen legal subsidiario francés, y no al español.

⁴⁹⁹ Dos españoles contrajeron matrimonio en Holanda, pero por motivos laborales, uno se va a vivir a Alemania y otro a Italia. Si al cabo de los años consiguen establecer su residencia habitual común en Francia, la ley francesa resultará de aplicación automática.

⁵⁰⁰ Supóngase un matrimonio de finlandeses que establece cuyo primer domicilio común tras el matrimonio es Dinamarca. Meses más tarde, por motivos laborales, uno traslada su domicilio a Islandia, mientras el otro permanece en Dinamarca. Si el primer cónyuge regresara a Dinamarca, se produciría la aplicación automática del Derecho danés.

B) Con carácter similar, en Rumania, si ambos cónyuges cambian de residencia habitual o nacionalidad durante la vigencia del matrimonio, se prevé el cambio automático de la ley aplicable, siempre que éstos no hubieran ejercido previamente la autonomía de la voluntad y sin perjuicio de los derechos de terceros. Sin embargo, si sólo uno de los cónyuges ha alterado de residencia habitual o nacionalidad, los efectos del matrimonio continuarán rigiéndose por la antigua ley de la nacionalidad o residencia habitual común⁵⁰¹. Como se observa, se trata de una norma de conflicto que únicamente recoge la mutabilidad involuntaria para los supuestos en que el cambio hubiera afectado a los dos cónyuges.

C) Por otro lado, la mutabilidad automática se recoge en Italia mediante una técnica diferente. En este ordenamiento jurídico se establece que cuando los cónyuges no han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial, la ley reguladora de tales efectos será la referente a los efectos personales del matrimonio⁵⁰². Pues bien, dicha norma de conflicto⁵⁰³ no fija en el tiempo los puntos de conexión, ni el referente a la nacionalidad común de los cónyuges ni el –subsidiario– relativo a la ley del Estado en el cual la vida conyugal se localiza de manera preponderante, por lo que resultará perfectamente posible el fenómeno del conflicto móvil, no sólo para los efectos personales del matrimonio, sino también –por la remisión que la norma de conflicto del régimen económico matrimonial

⁵⁰¹ Art. 2596.1 y 2 Cc rumano.

⁵⁰² Art. 30.1 LDIPr Italia.

⁵⁰³ Art. 29 LDIPr Italia.

realiza a la ley reguladora de los efectos personales- a los efectos patrimoniales del matrimonio. Dicha nueva ley, además, y mientras no se establezca lo contrario, se aplicará con carácter retroactivo, esto es, tendrá eficacia *ex tunc*⁵⁰⁴.

Como argumentos de peso en los Estados miembro cuyas normas de conflicto optan por la mutabilidad automática de la ley aplicable se ha destacado, en primer lugar, el evitar los problemas derivados de la desconexión entre la ley aplicable y la vida matrimonial de los cónyuges, especialmente en aquellos casos en que, por circunstancias personales, los cónyuges han tenido varias residencias habituales⁵⁰⁵. Del mismo modo, también se defiende que la no fijación del punto de conexión, implicando la aplicación de la conexión objetiva en el momento relevante, protege mejor los intereses de los terceros, entendiéndose que para éstos será más fácil conocer, por ejemplo, la ley de la residencia habitual actual que la de la primera residencia habitual después de celebrado el matrimonio⁵⁰⁶.

En cualquier caso, el cambio involuntario de ley aplicable, tampoco se encuentra exento de críticas. Así, algún sector doctrinal ha señalado los problemas de inseguridad jurídica e incertidumbre que puede crear para los propios cónyuges, confiados, por ejemplo, en

⁵⁰⁴ BALLARINO, T.: *Diritto internazionale privato italiano*, Cedam, Padova, 7º ed., 2011, pp. 164-167; GAROFALO, L.: *Il rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giappichelli editore, Torino, 2º ed., 1997, pp. 169-170 y VIARENGO, I.: *Autonomia della volontà...*, *op. cit.*, pp. 259-262.

⁵⁰⁵ VON OVERBECK, A.E.: "Explanatory report", *op. cit.*, p. 366.

⁵⁰⁶ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 352-353.

estar casados bajo una ley donde el régimen legal subsidiario es el de la comunidad de bienes y pudiéndose encontrar realmente sometidos al régimen legal de separación de bienes de otro ordenamiento jurídico por un cambio “de oficio” de ley aplicable⁵⁰⁷. Por otro lado, otro sector doctrinal señala que no debe perderse de vista que la autonomía de la voluntad puede ser una solución a este problema, esto es, si los cónyuges no están satisfechos con la nueva ley que resulta de aplicación fruto del cambio de las circunstancias fácticas, pueden realizar pactos o capitulaciones matrimoniales donde voluntariamente elijan un ordenamiento jurídico aplicable que resulte de su agrado⁵⁰⁸.

En definitiva, parece existir en el seno de la Unión Europea una enorme diversidad en relación con la mutabilidad o inmutabilidad de las conexiones objetivas de las normas de conflicto de los Estados miembro reguladoras del régimen económico matrimonial, siendo cada una de las opciones reflejo de una determinada opción de política legislativa, bien la seguridad jurídica –inmutabilidad de la ley aplicable-, bien la garantía del principio de proximidad entre las circunstancias fácticas actuales de los

⁵⁰⁷ CLAVEL, S.: *Droit international privé*, Dalloz, París, 3^o ed., 2012, pp. 429-430; COURBE, p. : *Droit international privé*, Hachette, París, 2007, p. 182; MAYER, P. y HEUZÉ, V.: *Droit international privé*, Montchrestien, lextenso éditions, París, 10^o ed., 2010, p. 557; LEQUETTE, Y.: “Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales” en AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya 1994, núm. 246, p. 167–170.

⁵⁰⁸ LIENARD–LIGNY, M.: “Régime matrimonial en droit international privé et la Convention de La Haye du 14 mars 1978”, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1981, vol. 26, p. 328 y DROZ, G.: “Régimes matrimoniaux...”, *op. cit.*, p. 63.

cónyuges y el ordenamiento regulador del régimen económico matrimonial –mutabilidad de la ley aplicable-

1.4. Las reglas de protección de terceros

La aceptación de la autonomía de la voluntad como criterio de determinación de la ley reguladora de las relaciones económicas entre los cónyuges o, en caso de no ejercicio por parte de éstos, la elección del derecho a través de un criterio de conexión objetivo mutable plantea directamente la problemática de la protección de los terceros. Esto es, el análisis de las posibles formas de protección que ofrecen los Estados a los terceros que contratan con los cónyuges, o viceversa, bajo qué circunstancias la ley aplicable al régimen económico matrimonial podrá ser oponible por los cónyuges a los terceros. Estos mecanismos de protección de los terceros persiguen un doble objetivo: permitir que el tercero tenga conocimiento de las circunstancias de la persona casada con la que contrata -si realizó pactos o capitulaciones matrimoniales, bajo qué ley...- y además conseguir que una futura modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial no le perjudique⁵⁰⁹.

No todos los Estados Miembros poseen en sus normas de conflicto menciones acerca de la ley reguladora de las relaciones entre los terceros y los cónyuges⁵¹⁰. Este dato resulta especialmente perjudicial, al quedar los terceros desprotegidos ante posibles modificaciones de la ley rectora del régimen económico matrimonial y al no regularse las condiciones de

⁵⁰⁹ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, op. cit., p. 375.

⁵¹⁰ Por ejemplo, España, Austria o Grecia.

oponibilidad de los pactos o capitulaciones matrimoniales realizados bajo una ley extranjera frente a terceros. En cualquier caso, esta circunstancia será excepcional, pues la mayoría de normas de Derecho internacional privado de los Estados Miembros contienen cláusulas de protección de terceros, si bien ofreciendo unos niveles de protección distintos, como se observará a continuación.

1) En primer lugar, algunos Estados Miembros como Italia⁵¹¹, Bulgaria⁵¹², Estonia⁵¹³ o Lituania⁵¹⁴, establecen, como norma general, que sólo será oponible frente a terceros el régimen de las relaciones patrimoniales reguladas por ley extranjera, si éstos lo conocieren o lo hubieren ignorado por culpa suya. Además, las normas de conflicto de Italia y Bulgaria, añaden que en relación con los derechos reales sobre bienes inmuebles, la oponibilidad se limita a los casos en los que se haya respetado la forma de publicidad prescrita por la ley del Estado en que se encuentren los bienes.

2) Mención aparte merece el caso alemán, que facilita la protección de los terceros posibilitando la publicidad de las capitulaciones matrimoniales sometidas a legislación extranjera. Así, siempre que uno de los cónyuges resida en Alemania, se permite la utilización del sistema registral interno, de suerte que el régimen económico matrimonial

⁵¹¹ Art. 30.3 LDIPr Italia.

⁵¹² Art. 81 LDIPr Bulgaria.

⁵¹³ Art. 59.2 LDIPr Estonia.

⁵¹⁴ Art. 1.28 Cc lituano.

sometido a derecho extranjero sólo podrá ser oponible frente al tercero si el contrato matrimonial se encuentra publicado en el *Güterrechtregister*⁵¹⁵.

3) Por otro lado, el Convenio de la Haya de 1978⁵¹⁶, que recuérdese es la norma de conflicto de aplicación en Francia, Holanda y Luxemburgo y de modo muy similar las normas de conflicto belgas⁵¹⁷ y rumanas⁵¹⁸, establecen como norma general que la ley aplicable al régimen económico matrimonial regulará igualmente las relaciones entre los cónyuges y un tercero. En cualquier caso, visto que para los terceros puede resultar bastante frecuente la creencia de que la ley aplicable al régimen económico matrimonial puede ser la local de la residencia de los cónyuges, se establecen ciertas garantías para que la ley aplicable al régimen económico matrimonial pueda ser oponible por los cónyuges. Así, en primer lugar, es necesario que el régimen económico cumpla las condiciones de publicidad de la ley del lugar de residencia del tercero o de los cónyuges, y que el tercero conociera o debiera conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Si ninguna de estas condiciones se satisface, la ley aplicable al régimen económico matrimonial no regulará la relación jurídica entre los cónyuges y el tercero. Además, es necesario añadir que este Convenio, de modo similar a las normas italiana y búlgara permite que los Estados parte puedan optar por la *lex rei sitae* para regular las relaciones entre terceros y los cónyuges relativas a un bien inmueble.

Por tanto, puede concluirse que la diversidad existente en relación con la ley aplicable al régimen económico matrimonial no sólo se predica

⁵¹⁵ Art.16 Ley introductoria Cc alemán.

⁵¹⁶ Art. 9 CHLARM.

⁵¹⁷ Art. 54 LDIPr Bélgica.

⁵¹⁸ Art. 2595 Cc rumano.

en las relaciones entre los cónyuges, sino también respecto de los terceros, al quedar éstos abocados a la aplicación de distintos niveles de protección en los Estados miembro.

1.5. A modo de valoración de las soluciones ofrecidas en los sistemas de derecho civil

Los ordenamientos jurídicos de derecho civil de la Unión Europea cuentan con normas de conflicto que regulan específicamente el régimen económico matrimonial, siendo éstas bien de origen convencional – Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales y Convenio nórdico de 1931 en materia matrimonial- bien de origen estatal. Del análisis de dichas normas de conflicto cabe inferir la existencia de una enorme heterogeneidad, si bien es cierto que pueden extraerse ciertos caracteres comunes dependiendo de los casos en que los cónyuges hayan ejercido la autonomía de la voluntad o no.

La mayoría de normas de conflicto referentes al régimen económico matrimonial consagran la autonomía de la voluntad, si bien con un carácter limitado, pues, a grandes rasgos, la elección se restringe a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. Junto e ello, en prácticamente la totalidad de los Estados miembro la autonomía de la voluntad se encuentra limitada a la elección de una única ley para todo el régimen económico matrimonial si bien, excepcionalmente, algunas normas de conflicto permiten la elección de la *lex rei sitae*. El juego de la autonomía de la voluntad queda perfilado también con la posibilidad que tienen los cónyuges de cambiar la ley

aplicable al régimen económico matrimonial, posibilidad ésta que, explícita o implícitamente se permite en la gran mayoría de Estados miembro de la Unión Europea.

Cuando los cónyuges no han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial, el ordenamiento regulador de tal cuestión oscila entre la nacionalidad o residencia habitual común de los cónyuges, siendo éste el punto en el que mayor divergencia existe entre los distintos Estados miembro. Pero además, también cabe referirse a una enorme discrepancia en la cuestión del cambio automático de ley aplicable, donde se encuentra un balance equitativo de soluciones entre aquellos Estados miembro que prohíben tal opción y aquellos que la permiten.

Finalmente, también en la versión más dinámica de la materia, como es la relación entre los cónyuges y los terceros, puede apreciarse una enorme diferencia de soluciones alcanzadas, que ponen de manifiesto la falta de incertidumbre e inseguridad jurídica a la que se enfrentan estos cuando contratan en el ámbito internacional. Niveles de protección desiguales, e incluso inexistentes, que no hacen sino poner en tensión y dificultar todavía más la cuestión del régimen económico matrimonial cuando éste tiene que ser probado ante terceros.

2. El *Common law* de Inglaterra y Gales

2.1. *Introducción*

Como ya fue señalado en su momento, en Inglaterra y Gales se desconoce el concepto de régimen económico matrimonial, pues el matrimonio no produce consecuencias patrimoniales durante su vigencia.

Sin embargo, la ausencia de normas especiales sobre el derecho de propiedad vigente el matrimonio sí produce, como contrapartida, un fuerte impacto en los bienes de los cónyuges al tiempo de su disolución. Estas premisas impactan de lleno en la regulación conflictual de las consecuencias patrimoniales del matrimonio y su disolución pues, de entrada, no cabe referirse a una ley aplicable a régimen económico matrimonial, ni a un concreto régimen económico matrimonial extranjero determinado por una norma de conflicto⁵¹⁹.

La dinámica de los sistemas de *Common law* presenta unas particularidades absolutamente propias en relación con los sistemas de derecho civil: cuando los Tribunales ingleses tienen competencia para decidir sobre las consecuencias patrimoniales de la disolución del matrimonio, aplican siempre el derecho inglés, con independencia del domicilio de las partes o de la existencia de elementos que evidencien la conexión con otros ordenamientos jurídicos⁵²⁰.

Cuestión distinta es que deba determinarse el sistema de propiedad de un bien, mueble o inmueble, y aquí sí resulta necesario el estudio de su ley reguladora, no tanto ya para determinar el reparto en caso de un eventual divorcio –sobre el que existe discrecionalidad del juez–, sino, en especial, en los casos relacionados con sucesiones que no necesitan de provisiones financieras, en los procedimientos de terceros relacionados

⁵¹⁹ KROLL, K.: “Unification of conflicts...”, *op. cit.*, p. 382.

⁵²⁰ FAWCETT, J. y CARRUTHERS, J.: *Cheshire, North & Fawcett Private international law*, Oxford University press, Oxford, 14º ed., 2008, p. 1068.

con los cónyuges e incluso en las disputas de los propios cónyuges acerca de la propiedad, conjunta o privativa, de un determinado bien⁵²¹.

En el *Common law* de Inglaterra y Gales, la solución alcanzada por los tribunales respecto de esta última cuestión en supuestos internacionales –la determinación de la ley aplicable a efectos de establecer el régimen de propiedad de un determinado bien- difiere en aquellos casos en que los cónyuges han celebrado un acuerdo matrimonial (II.2.2), de aquellos otros supuestos en los que no han realizado (II.2.3). Significativamente, la mayoría de los *case law* tienen que ver con este último, siendo más infrecuente encontrar practica jurisprudencial relacionada con el primero de ellos.

2.2. La ley aplicable al patrimonio conyugal en presencia de acuerdo matrimonial

Cuando los cónyuges han realizado un acuerdo matrimonial, lo verdaderamente relevante es plantearse cuál es el ordenamiento jurídico que va a determinar la validez de dicho contrato, es decir, determinar si el contenido y el alcance del acuerdo cumple con los requisitos del sistema legal en el que se encuadra. La solución jurídica propuesta, como se verá, es radicalmente distinta a los supuestos en que debe determinarse la ley aplicable al patrimonio conyugal en ausencia de acuerdo matrimonial, donde se distingue entre los bienes muebles e inmuebles.

⁵²¹ CLARKSON, C.M.V. y HILL, J.: *The conflict of laws*, Oxford University press, Oxford, 3º ed., 2006, p. 435.

Ante estos supuestos, el punto de partida es que los cónyuges tienen absoluta libertad para elegir la ley aplicable a su contrato matrimonial referente al patrimonio conyugal, al no existir en derecho inglés disposición que establezca lo contrario⁵²² y haber sido esta postura apoyada por la *House of Lords*⁵²³. Dicha elección, además, puede ser expresa o tácita, esto es, que se deduzca de todas las circunstancias del caso la voluntad de los cónyuges de que su contrato quede sometido a un determinado ordenamiento jurídico⁵²⁴.

De este modo, en ausencia de elección expresa sobre la validez del contrato se propone estar a la ley “más apropiada” en relación con los cónyuges –la elegida tácitamente-, que quedará determinada en virtud de varios factores. El primero de ellos y más relevante, es el domicilio matrimonial⁵²⁵, entendiéndose que existe una presunción a favor de dicha ley mientras no se demuestre lo contrario. Pero además, existen ciertos factores que pueden determinar que la ley aplicable a la validez contractual sea otra: el hecho de que los bienes del contrato pertenecieran a la mujer o a su familia y que domicilio antes o después del matrimonio fuera distinto al de su marido, el lugar de situación de los bienes, el

⁵²² COLLINS, L.: *Dicey, Morris & Collins on the conflict of laws*, vol. II, Sweet & Maxwell, Londres, 15 ed., 2012, p. 1472; CLARKSON, C.M.V. y HILL, J.: *The conflict...*, *op. cit.*, p. 442.

⁵²³ *Montgomery v Zarifi*, 1918 S.C. (HL) 128.

⁵²⁴ HARTLEY, T.: “Matrimonial (marital) property rights in conflict of laws”, en FAWCETT, J. (ed.): *Reform and development of private international law. Essays in honour of Sir Peter North*, Oxford, Oxford University press, 2002, p. 230.

⁵²⁵ Re Fitzgerald [1904] 1 Ch 573 y *Duke of Marlborough v A-G* [1945] Ch 78.

lenguaje y estilo legal del contrato o el lugar donde éste debe ser ejecutado⁵²⁶.

En definitiva, la regla general es la autonomía de la voluntad, ejercida expresamente, y en ausencia de la misma, se procederá a la aplicación de la ley que más esté conectada con el supuesto de hecho – aquella que, supuestamente, es preferida de modo tácito-, que quedará determinada en virtud de la observancia de distintos factores, entre los que el domicilio conyugal ocupa un papel protagonista. Este ordenamiento jurídico regulará la validez del concreto contenido del contrato, más no los bienes que no se encuentran detallados en el mismo –y que quedarán sujetos a las reglas generales sobre bienes muebles e inmuebles-, ni tampoco las condiciones referentes a la forma, capacidad o las posibilidades de variación del acuerdo, que cuentan con reglas específicas⁵²⁷.

2.3. La ley aplicable al patrimonio conyugal en ausencia de acuerdo matrimonial

Junto con las particularidades que existen en relación con el ordenamiento regulador de la validez contractual cuando los cónyuges han realizado un acuerdo matrimonial, el modelo inglés y galés relacionado con la ley aplicable al patrimonio conyugal en ausencia de acuerdo matrimonial presenta notables diferencias en cuanto a su regulación en el

⁵²⁶ COLLINS, L.: *Dicey, Morris & Collins...*, *op. cit.*, p. 1472 y FAWCETT, J. y CARRUTHERS, J.: *Cheshire, North & Fawcett...*, *op. cit.*, p. 1308

⁵²⁷ *Ibid.*, pp. 1474 - 1476 y pp. 1304 - 1307.

ámbito del Derecho internacional privado según se trate de situaciones que afectan a los bienes muebles o a los inmuebles.

2.3.1. Los bienes muebles

El criterio utilizado en Inglaterra y Gales a efectos de concretar el ordenamiento jurídico regulador de los derechos de propiedad de los bienes muebles es el del domicilio. Dicho concepto ha evolucionado a lo largo del tiempo de forma muy notable, lo que exige proceder antes que nada a fijar su contenido exacto.

A. El domicilio matrimonial

La situación existente en Inglaterra y Gales en relación con esta cuestión encuentra una fecha clave en 1974. Hasta ese año, la ley aplicable a los bienes muebles era la ley del domicilio del marido, lo cual resultaba coherente con el hecho de que la mujer adquiría el domicilio del marido con razón del matrimonio. A partir de dicha fecha⁵²⁸, por evidentes motivos de discriminación por razón de sexo⁵²⁹, esta regla fue derogada y, en virtud de ello, pasa a ser la ley domiciliar común la reguladora de este tipo de bienes⁵³⁰.

⁵²⁸ Art.1.1 Domicile and Matrimonial proceedings Act 1973.

⁵²⁹ Art.14 Convenio Europeo de derechos humanos.

⁵³⁰ COLLINS, L.: *Dicey, Morris & Collins...*, op. cit., p. 1467; FAWCETT, J. y CARRUTHERS, J.: *Cheshire, North & Fawcett...*, op. cit., p. 1295 y CLARKSON, C.M.V. y HILL, J.: *The conflict...*, op. cit., p. 435.

En aquellos casos en que los cónyuges dispongan distintos domicilios, se propone estar a la ley del país con el que éstos mantengan vínculos más estrechos, es decir, la ley del lugar donde se encuentre el “centro de gravedad” de los cónyuges⁵³¹. Dicha solución subsidiaria, a parte de resultar igualitaria para ambos cónyuges tiene por objetivo asegurar que el ordenamiento regulador de los bienes muebles sea el apropiado para cada caso, si bien tiene como contrapartida los importantes problemas de certeza y falta de seguridad jurídica⁵³².

Cuestión adicional es la fijación del momento en que debe determinarse el domicilio, y aquí la jurisprudencia ha distinguido dos posibilidades: estar al domicilio de los cónyuges al tiempo de celebración del matrimonio o tener en cuenta el domicilio en el que los cónyuges desean instalarse después de la celebración del matrimonio –el “domicilio intencionado”-.

1) En la primera de las sentencias relacionadas con esta discusión, *Frankel's Estate v The Master*⁵³³, los cónyuges poseían distintos domicilios al tiempo de la celebración del matrimonio –el marido en Alemania y la mujer en Checoslovaquia-, si bien habían acordado abandonar Europa y mudarse a Johannesburgo, donde finalmente se trasladaron a los cuatro meses. Al tiempo del fallecimiento de uno de los cónyuges, al Tribunal hizo caso omiso de la voluntad de las partes de

⁵³¹ HARTLEY, T.: “Matrimonial (marital) property...”, *op. cit.*, p. 226.

⁵³² COLLINS, L.: *Dacey, Morris & Collins...*, *op. cit.*, p. 1466.

⁵³³ 1950 (1) S.A. 220 (AD).

trasladarse a Sudáfrica y acabó aplicando el derecho alemán, ley domiciliar del marido al tiempo de la celebración del matrimonio⁵³⁴.

2) La otra sentencia relevante en este punto es *Re Egerton's Will Trusts*⁵³⁵. El supuesto de hecho de esta sentencia, de nuevo, versa sobre una pareja que poseía distintos domicilios antes de la celebración del matrimonio: él estaba domiciliado en Inglaterra y ella en Francia. Ambos habían acordado que, tan pronto como fuera posible, se trasladarían a Francia, aunque en realidad dicho acontecimiento no tuvo lugar hasta transcurridos dos años. Se discutía pues aquí la aplicación del derecho inglés –ley domiciliar del marido- o del derecho francés –ley del domicilio intencionado-.

En este caso, el juez *Roxburgh J.*, determinó que resultaba de aplicación el derecho inglés⁵³⁶, frustrándose así las expectativas de la mujer que, evidentemente prefería la aplicación del derecho francés por conducir éste a una comunidad de bienes. Sin embargo lo que resulta apreciable en esta sentencia fue que se aceptó que pudiera existir una presunción *iuris tantum*, bien expresa o bien táctica, a favor de la ley de un domicilio al que los cónyuges fueran a trasladarse inmediatamente después del matrimonio, y que desvirtuara la aplicación de la ley del domicilio del marido.

Con todo, no fue esta la solución finalmente adoptada en el fallo de la sentencia, probablemente por el enorme lapso de tiempo transcurrido

⁵³⁴ En la fecha del fallo de este asunto, todavía no se aplicaba la ley del domicilio común.

⁵³⁵ [1956] Ch. 593.

⁵³⁶ Como ocurría en el asunto *Frankel's Estate v The Master*, la fecha del fallo es anterior a la aplicación de la ley del domicilio común.

hasta que finalmente se trasladaron a Francia y, además, porque de la propia conducta de los cónyuges no parecía evidenciarse la voluntad de aplicación del derecho francés.

B. El cambio de domicilio matrimonial

La ley domiciliar, como se acaba de analizar, resulta determinante a la hora de establecer el régimen de propiedades de los cónyuges en ausencia de acuerdo, expreso o tácito. Pero la aplicación de dicha ley plantea, por su propia naturaleza mutable, la cuestión de la influencia que un cambio de domicilio de los cónyuges a lo largo de su vida matrimonial tiene para la determinación de la ley aplicable a los bienes muebles.

1) La primera sentencia relevante relacionada con el cambio de domicilio matrimonial fue la referente al asunto *Lashley v Hog*⁵³⁷, que versaba sobre un matrimonio inicialmente domiciliado en Inglaterra, pero que transcurrido un tiempo se trasladó a Escocia. En este caso, tras el fallecimiento del marido, el Tribunal decidió aplicar el derecho escocés para la determinación del *jus relictæ* como derecho sucesorio, no sólo en relación con los bienes muebles disponibles a partir del cambio de domicilio, sino respecto de los adquiridos previamente. Parece, pues, que se tuvo en cuenta el cambio de domicilio matrimonial y, además, con carácter retroactivo⁵³⁸.

⁵³⁷ (1804) 4 Paton 581.

⁵³⁸ COLLINS, L.: *Dicey, Morris & Collins...*, *op. cit.*, p. 1481.

2) Posteriormente, resulta importante la sentencia del asunto *De Nicols v Curlier*⁵³⁹, sobre una pareja de franceses, domiciliados en Francia y que posteriormente trasladaron su domicilio a Inglaterra. Al tiempo de la disolución del matrimonio, se discutía si era de aplicación el derecho francés, que implicaba la consideración de una comunidad de bienes, o el derecho inglés, donde se presume la separación de propiedades.

En este caso, la *House of Lords* estableció que el cambio de domicilio de las partes no afectaba a la ley reguladora del patrimonio conyugal, entendiéndose que continuaban casados bajo el régimen de comunidad francés. Lo verdaderamente relevante de esta sentencia es que el Tribunal entendió que ésta debía ser la solución no sólo en aquellos casos en que los cónyuges habían elegido una determinada ley mediante acuerdo expreso, sino también en aquellos casos en que lo habían hecho tácitamente. En consecuencia, en el supuesto planteado, se presumió que éstos eran conocedores del derecho francés y, por tanto, sabedores de que en ausencia de autonomía de la voluntad, resultaba de aplicación una comunidad de bienes. En este sentido, pareció homologarse o dársele un valor jurídico similar a los acuerdos expresos y tácitos, entendiéndose que si las partes no han hecho contrato alguno, es porque están eligiendo el régimen que se aplica en ausencia de acuerdo⁵⁴⁰.

La solución de la sentencia del asunto *De Nicols v Curlier* resulta aparentemente opuesta a la de *Lashley v Hog*, aunque la doctrina ha

⁵³⁹ [1900] A.C. 21

⁵⁴⁰ COLLINS, L.: *Dicey, Morris & Collins...*, *op. cit.*, p. 1479, CLARKSON, C.M.V. y HILL, J.: *The conflict...*, *op. cit.*, p. 438 y HARTLEY, T.: "Matrimonial (marital) property...", *op. cit.*, p. 221.

determinado que no existe dicha contradicción, dado que el alcance de ambas sentencias es distinto: mientras el último de ellos es un asunto referente al derecho sucesorio en el propio derecho escocés, el otro sí versa estrictamente sobre el régimen de las propiedades del matrimonio⁵⁴¹. Por otro lado, tampoco debe perderse de vista que *Lashley v Hog* fue dictado por un Tribunal escocés y, por tanto, no resulta directamente vinculante para los tribunales ingleses.

A partir de lo visto, podría entenderse que queda consagrada en Inglaterra y Gales la doctrina de la inmutabilidad de la ley aplicable al patrimonio de los cónyuges, fijada en el primer domicilio conyugal. Sin embargo, algunos autores consideran que en aquellos casos no previstos en la sentencia del asunto *De Nicols v Curlier*, no existe razón para prohibir la mutabilidad automática de la ley aplicable. De este modo, la regla propuesta por estos autores sería que, cuando no hay acuerdo expreso o tácito de los cónyuges en relación con la aplicación de la antigua “ley domiciliar”, un cambio de domicilio no debería afectar a los derechos ya regulados en virtud del antiguo régimen, pero los bienes adquiridos tras el cambio de domicilio, sí deberían quedar sujetos a la ley del nuevo domicilio siempre que dicha ley presente una vinculación más estrecha con los cónyuges⁵⁴².

⁵⁴¹ COLLINS, L.: *Dicey, Morris & Collins...*, *op. cit.*, p. 1481; FAWCETT, J. y CARRUTHERS, J.: *Cheshire, North & Fawcett...*, *op. cit.*, p. 1298; CLARKSON, C.M.V. y HILL, J.: *The conflict of laws*, *op. cit.*, p. 438 y HARTLEY, T.: “Matrimonial (marital) property...”, *op. cit.*, p. 222.

⁵⁴² FAWCETT, J. y CARRUTHERS, J.: *Cheshire, North & Fawcett...*, *op. cit.*, pp. 1299-1300, CLARKSON, C.M.V. y HILL, J.: *The conflict...*, *op. cit.*, pp. 438-439, HARTLEY, T.: “Matrimonial (marital) property...”, *op. cit.*, p. 222.

La doctrina de la inmutabilidad, que es en cualquier caso la que recoge la jurisprudencia, ha levantado además importantes críticas entre algunos autores de dicho país por considerar que, en aquellos casos en que la disolución del vínculo matrimonial se produce por el fallecimiento de uno de los cónyuges puede llegar a producir la infra o supra compensación del cónyuge supérstite. Esta circunstancia se produce por la fijación de la ley reguladora de ambas circunstancias fácticas a distintos momentos del tiempo: la ley de los bienes de los cónyuges al tiempo de celebración del matrimonio y la ley de la sucesión, referente al domicilio que el causante tenía al tiempo del fallecimiento.

Así, imagínese una pareja que estaba domiciliada en el momento de celebración del matrimonio en un país donde regía una comunidad de bienes pero que, posteriormente, se traslada a uno de separación, donde uno de los cónyuges fallece. De acuerdo con la posición mantenida en la sentencia del asunto *De Nicols v Curlier* para las cuestiones matrimoniales de los cónyuges se aplicaría la ley del domicilio del matrimonio en el momento en que éste se celebró, mientras que para los derechos sucesorios, la del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Pues bien, teniendo en cuenta que en los ordenamientos jurídicos donde rige un sistema de comunidad los derechos sucesorios son poco generosos con el cónyuge supérstite –que ya obtendrá la mitad de la comunidad de bienes- y que en aquellos donde se establece subsidiariamente uno de separación sí lo son, resulta evidente que se producirá un exceso de compensación. Resultados similares, pero a la inversa, podrían dejar al cónyuge supérstite desprovisto de bienes.

Teniendo esto presente, se ha llegado a decir que la mutabilidad sí podría llegar a lograr la armonía de ambas soluciones, pero únicamente en cuando se aplicara con carácter retroactivo la nueva ley matrimonial, esto es, desde el momento de celebración del matrimonio. De lo contrario, especialmente en aquellos casos en que los cónyuges cambian su domicilio relativamente tarde en sus vidas –cuando tienen menos posibilidades de acumular patrimonio-, el problema seguiría subsistiendo⁵⁴³.

2.3.2. *Los bienes inmuebles*

Se ha aproximado hasta el momento la problemática de la ley reguladora de los bienes muebles en ausencia de acuerdo. Distinta es la mantenida respecto de los bienes inmuebles, donde la jurisprudencia también ha mantenido un intenso debate que se extiende incluso hasta fechas recientes.

En la sentencia del asunto *Welch v Tennent*⁵⁴⁴, los cónyuges estaban domiciliados en Escocia y la esposa poseía, desde antes de la celebración matrimonio, un bien inmueble en Inglaterra. Una vez casados, la esposa vendió el bien, entregando parte de los beneficios a su marido. Posteriormente los cónyuges se separarían y la esposa solicitaría el reingreso del dinero prestado a su marido y obtenido por la venta de su propiedad, de acuerdo con el derecho escocés. La *House of Lords* desestimó la petición de la esposa, indicando que en este caso particular

⁵⁴³ COLLINS, L.: *Dicey, Morris & Collins...*, op. cit., p. 1483.

⁵⁴⁴ [1891] A.C. 639.

no era de aplicación la ley del domicilio del marido -, sino la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles.

Más adelante, en la sentencia del asunto *Re De Nicols*⁵⁴⁵, pareció mantenerse una posición distinta. En este caso, se trataba de una pareja francesa, casada en Francia, pero que trasladó su domicilio a Inglaterra, donde adquirió un bien inmueble. Aquí la *House of Lords* falló aplicando la ley del domicilio de los cónyuges, ley francesa, y no la ley del lugar de situación del inmueble. Esta solución es idéntica a la de la sentencia del caso *Chiwel v Carylton*⁵⁴⁶, referente a un matrimonio sometido al régimen matrimonial sudafricano, pero que trasladó su domicilio a Inglaterra, donde además adquirieron un bien inmueble.

La solución alcanzada en de estas dos últimas sentencias busca evitar el fraccionamiento de la ley aplicable, pues sería hartoso que aquellas parejas que poseen bienes inmuebles en distintos países vean sometidos cada uno de dichos bienes a un régimen de propiedad distinto. Así, resulta evidente que las expectativas de las partes podrían resultar perjudicadas si, por ejemplo, un inglés comprara una casa en España y se le indicara que queda sujeto al régimen económico matrimonial de situación del inmueble, y a la inversa, puede no resultar adecuado para una pareja española que compren un bien inmueble en Inglaterra, someter dicho bien al régimen jurídico inglés de las propiedades de los cónyuges⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ [1900] 2 Ch 410.

⁵⁴⁶ (1897) 14 SC 61.

⁵⁴⁷ HARTLEY, T.: “Matrimonial (marital) property...”, *op. cit.*, p. 220.

Lejos de este “rígido” debate jurisprudencial –aplicación bien de la ley del lugar del domicilio de los cónyuges o bien del lugar de situación de los bienes inmuebles- se ha llegado a proponer una solución alternativa que considere simultáneamente los casos de *Welch v Tennent* y *Re De Nicols*, consistente en que cuando se trate de bienes inmuebles “extranjeros”, esto es, que se posean en un país distinto al del domicilio, se aplicará la ley del lugar de su situación –de acuerdo con el asunto *Welch v Tennent*, mientras que si los bienes inmuebles están situados en Inglaterra –como ocurre en *Re De Nicols*- , no hay razón para no aplicar la ley del domicilio matrimonial⁵⁴⁸.

2.4. A modo de valoración de las soluciones ofrecidas en el *Common law* de Inglaterra y Gales

El derecho inglés y galés se ha caracterizado, tradicionalmente, por al aplicación de la ley del foro para resolver los supuestos que presentan un elemento de extranjería. Ello implica, como punto de partida, y tal y como se analizó en el Capítulo 1, que en aquellos supuestos en que conozcan los tribunales ingleses o galeses, el matrimonio no produce efectos en las propiedades de los cónyuges y es únicamente al tiempo de su disolución cuando se produjeran las consecuencias financieras más relevantes.

Pese a lo anterior, puede resultar relevante determinar el régimen de propiedades del patrimonio conyugal –privativo o conyugal-, especialmente cuando los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre quién es

⁵⁴⁸ CLARKSON, C.M.V. y HILL, J.: *The conflict...*, *op. cit.*, p. 440.

el propietario de un determinado bien o cuando los terceros acreedores desean “atacar” alguna de dichas propiedades. Ante estos supuestos, las soluciones ofrecidas en este sistema legal difieren en aquellos supuestos en que los cónyuges han celebrado acuerdo matrimonial o no.

En el primero de los casos, se parte de la autonomía de la voluntad, expresa o tácita, de los cónyuges para poder escoger el ordenamiento regulador del sistema de propiedad de un determinado bien. En el segundo de ellos, se distingue entre los bienes muebles –donde la regla general es la aplicación de la ley domiciliar común y, en su ausencia, la ley de los vínculos más estrechos-, y los bienes inmuebles –donde la jurisprudencia no es pacífica y ha girado en torno a la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles y la ley domiciliar común-.

III. La ley aplicable al régimen económico matrimonial en el ordenamiento jurídico español: los arts. 9.2 y 9.3 Cc

El análisis de la situación existente en los diversos Estados miembro de la Unión Europea pone de manifiesto las grandes líneas argumentales sobre las que se articula la regulación de esta cuestión en la Unión. La realidad española, como se va a ver, participa de estos lineamientos, incorporando a su vez peculiaridades propias. En este sentido, como se observará, los problemas que presentan los arts.9.2 y 9.3 Cc son bastante similares a los existentes en otros Estados Miembros con tradición civilistas, sin embargo, existen ciertas peculiaridades en el ordenamiento jurídico español que requieren un examen más detallado.

1. Introducción

La actual redacción de los art. 9.2 y 9.3 Cc se debe a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo⁵⁴⁹, que vino a introducir básicamente tres novedades.

1) La primera, la eliminación de la diferenciación sistemática entre relaciones personales y patrimoniales del matrimonio, pasando a regularse unitariamente bajo el concepto de “efectos del matrimonio”⁵⁵⁰, en lo que supuso una notable diferencia respecto de la regulación anterior.

Así, el Código Civil español, tras la reforma operada en su título preliminar en 1974⁵⁵¹, distinguía entre efectos personales y patrimoniales del matrimonio, correspondiéndose la antigua redacción de los arts. 9.2 y 9.3 Cc a cada uno de estos efectos. Esta diferenciación ocasionaba importantes problemas de calificación, pues existían algunos efectos del matrimonio -alimentos entre cónyuges, litis expensas...- donde se

⁵⁴⁹ BOE núm. 250/1990, de 18 de octubre 1990.

⁵⁵⁰ El propio término de “efectos del matrimonio”, en contraposición con el de “relaciones entre los cónyuges”, empleado en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el italiano o el portugués, tampoco resulta circunstancial. Así, AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, 1996, entiende que el término “efectos del matrimonio” se basa en “una concepción institucional, jerárquica y piramidal de la familia, basada en la primacía del matrimonio sobre los individuos que la componen... Asimismo reposa sobre una actitud activa, intervencionista, del Estado y del Derecho en la esfera de las relaciones familiares, protegiendo a la familia y salvaguardando la dignidad, derechos e interés de los cónyuges...”, mientras que por “relaciones entre los cónyuges” habría que entender una “concepción democrática e individualista de la familia, basada en el protagonismo de los miembros que la constituyen, en la libertad e igualdad de los cónyuges que voluntariamente organizan y conforman sus relaciones matrimoniales... Asimismo obedece a una actitud de pasividad, de neutralidad, de no intervención del Estado y del Derecho con relación a la vida matrimonial...”.

⁵⁵¹ Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974).

combinaban elementos económicos y personales, y por tanto, su ubicación en el art. 9.2 o 9.3 Cc se antojaba harto complicado⁵⁵². Además, dado que ambos efectos se interpretan de forma diversa en los distintos ordenamientos jurídicos, podían existir cuestiones e instituciones cuyo encuadre legal en un determinado ordenamiento jurídico correspondiera a los efectos personales del matrimonio, mientras que en otros, a los efectos patrimoniales del matrimonio⁵⁵³. La nueva regulación optó por el tratamiento unitario de los efectos de matrimonio⁵⁵⁴, evitando, por tanto, los problemas calificatorios, en pro de la certeza y seguridad jurídica.

En virtud de ello, la diferente exposición de los apartados 2º y 3º del art. 9 Cc no se corresponde ya con la distinta naturaleza de las relaciones

⁵⁵² Conforme al anterior régimen, para la determinación de la ley aplicable al supuesto de hecho (art. 9.2 o art.9.3 Cc), el tribunal debía realizar una previa tarea de calificación del supuesto conforme a la ley española, en virtud del art. 12.1 Cc.

⁵⁵³ En este sentido *Vid.* la STS de 17 abril de 1956 (Caso *Bernet c. Oberhuber*), en un litigio referente a un matrimonio entre una francesa y un austríaco, donde la primera reclama *litis expensas* a su marido. En este caso, el Tribunal entendió que “la cuestión relativa a la obligación del marido de facilitar a la esposa los gastos procesales entraña un problema de calificación del carácter jurídico que se dé a la relación, y si bien en el derecho austriaco se considera como parte de la obligación de prestar alimentos – relación personal–, en otros, como el alemán y el nuestro, se deriva del régimen legal de bienes matrimoniales – relación patrimonial–, y en caso de conflicto de cual se la ley aplicable la doctrina más difundida y seguida por la mayoría de los autores entiende que debe ser resuelto por la *lex fori*”. Esta sentencia parece citada en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁵⁴ MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos del matrimonio” en AA.VV: *Derecho internacional privado español*, Colex, Granada, 1991 p. 144; ABARCA JUNCO, A.P. “Los efectos del matrimonio” en AA.VV: *Derecho internacional privado*. vol. II, Colex, Madrid, 2001, p. 128; BORRAS, A.: “No discriminación por razón de sexo: derecho internacional privado”, *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 1, 1999, p. 237; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: *Derecho de familia internacional*, Colex, Madrid, 2008, p. 152 y AGUILER BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, pp. 147–152.

entre los cónyuges, sino con los supuestos que regula⁵⁵⁵. Así, mientras el art. 9.3 Cc se aplicará cuando exista régimen económico pactado, el art. 9.2 Cc se aplicará subsidiariamente, esto es, cuando los cónyuges no hayan realizado pactos o capitulaciones matrimoniales. Con todo, esta unidad que supuestamente caracteriza a la nueva regulación es aparente, pues el ámbito de aplicación de ambos preceptos es distinto: así, mientras el art. 9.2 CC se refiere a la totalidad de los efectos del matrimonio -tanto los patrimoniales como los personales-, el art. 9.3 Cc únicamente hace referencia a una parte de los efectos del matrimonio, como son las relaciones patrimoniales⁵⁵⁶.

2) Por otro lado, debe destacarse el mayor grado de autonomía de la voluntad que ofreció el régimen actual respecto de la regulación anterior. Así, en relación con las relaciones personales, el anterior régimen atribuía a la última ley nacional común y subsidiariamente a ley nacional del marido la potestad para su regulación, mientras que el régimen actual permite que, a falta de nacionalidad común, los cónyuges puedan elegir,

⁵⁵⁵ AMORES CONRADI, M.A.: “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista jurídica de Castilla – La Mancha*, núm. 11–12, 1991, p. 43: “...actualmente la diferencia de contenido entre los núms. 2 y 3 del art. 9 no se encuentra en que se refieran a distintos conceptos, pues el supuesto del núm. 3 no es sino una fracción del de su precedente, sino en que se refieren a hipótesis distintas: que haya o no pacto específico de los cónyuges sobre su régimen económico matrimonial. Con esta ordenación, y aunque el orden seguido por el legislador sea el opuesto, lo primero que debe examinarse es si existe o no pacto entre los cónyuges, si tiene validez y con qué límites, su régimen jurídico y sólo después procederá examinar la norma más general, que viene a cumplir una función subsidiaria”.

⁵⁵⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección de ley...*, *op. cit.*, p. 142: “...esta posición no es coherente, pues el mismo legislador sujeta, en ocasiones, ciertos efectos del matrimonio a leyes distintas. En efecto: los pactos o capitulaciones pueden estar regulados, durante la vida matrimonial, por diferentes leyes, por la mera voluntad de las partes, que pueden otorgar nuevas y sucesivas capitulaciones (art. 9.3 Cc), mientras que los efectos personales del matrimonio quedarían sujetos a una ley distinta, la señalada por el art. 9.2 cc”.

mediante documento auténtico, entre la ley de su nacionalidad o la de su residencia habitual para regir los efectos del matrimonio, entre los que se encuentran, conforme se ha apuntado, los efectos personales. Para los efectos patrimoniales, si bien la autonomía de la voluntad ya estaba consagrada en el antiguo art. 9.3 Cc, que permitía a los cónyuges realizar pactos o capitulaciones matrimoniales conforme a su ley personal, el régimen actual no sólo mantiene esta posibilidad, sino que además ofrece a los cónyuges la posibilidad de elegir la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos.

3) Por último, se produjo una nueva articulación y diseño de los puntos de conexión, acorde con los principios constitucionales de “igualdad de los cónyuges” y “libre desarrollo de la personalidad” (arts. 10, 14, y 32.1 de la Constitución española), que eliminó toda referencia a la ley nacional del marido, estableciendo un abanico de leyes caracterizado por su neutralidad. Así, la antigua redacción de los arts. 9.2 y 9.3 Cc, estaba necesitada de un mejor acomodo a los principios constitucionales reguladores de las relaciones personales y patrimoniales en el matrimonio.⁵⁵⁷

Expuestos los puntos capitales de la Ley 11/1990, es necesario hacer mención al ámbito temporal de la normativa. Así, mientras que los matrimonios celebrados y consumados con anterioridad a la Constitución

⁵⁵⁷ AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 154: “En una perspectiva crítica, la conexión nacional del marido ha sido tachada de masculinista, sexista, patriarcal, parcial, discriminatoria, arbitraria e injusta. Responde a una concepción jerárquica de la familia, no tiene en cuenta la emancipación jurídica de la mujer casada y es contradictoria con la política seguida en materia de nacionalidad, respetuosa de la nacionalidad de la mujer casada con extranjero”.

Española y los celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley no deberían plantear ningún problema⁵⁵⁸, no ocurre lo mismo para los matrimonios celebrados con anterioridad a la promulgación de Constitución española pero con eficacia posterior a la misma, y los celebrados con posterioridad a la Constitución española pero con consumación de efectos anterior a la Ley 11/1990.

1) En relación con los matrimonios celebrados con anterioridad a la Constitución española cuyos efectos se extienden con posterioridad a la entrada en vigor de la misma cabría plantearse si debería resultar de aplicación la legislación vigente en el momento de la celebración del matrimonio, o la actual, acorde a los mandatos constitucionales de igualdad de los cónyuges y libre desarrollo de la personalidad. La jurisprudencia abogó por la irretroactividad de la inconstitucionalidad de los antiguos art. 9.2 y 9.3 Cc, siendo irrelevante que la extensión de los efectos matrimoniales sea posterior a 1978⁵⁵⁹. Algunos autores, pero, mantienen un criterio opuesto y entienden que todo matrimonio cuyos efectos se consumaron con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española supone la aplicación del actual art. 9.2 Cc, pues es

⁵⁵⁸ Los primeros se regularán por la ley que estuviera en vigor en el momento de la celebración del matrimonio, es decir, o bien por el RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, o bien conforme al Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, produciendo ambos el mismo resultado: la ley nacional común de los cónyuges o subsidiariamente, la ley nacional del marido. Por su parte, los matrimonios contraídos con posterioridad a la promulgación de la Ley 11/1990 quedarán bajo el ámbito de aplicación del actual art. 9.2 Cc.

⁵⁵⁹ TS 6 de octubre de 1986 (RJ 1986\5327), TS 11 febrero de 2005 (RJ 2005\1407), AP Guipúzcoa 29 de octubre de 2010 (JUR 2010\416762), AP Barcelona 21 diciembre de 2009 (JUR 2010\84277), AP Barcelona 24 de marzo de 2009 (AC 2009\1383), AP Islas Baleares de 10 de septiembre de 2002 (JUR 2002\272157). En sentido contrario, aunque de modo aislado, AP Baleares de 30 de marzo de 2002 (JUR 2002\192542).

voluntad del poder constituyente rehacer el orden social a partir de nuevos valores fundamentales⁵⁶⁰.

2) Para el segundo de los supuestos, esto es, matrimonios celebrados con posterioridad a 1978 pero cuyos efectos se despliegan en un momento anterior a la vigencia temporal de la Ley 11/1990, deben distinguirse 2 momentos. El primero, desde la entrada en vigor de la Constitución Española hasta el año 2002, cuando la doctrina internacional privatista ya se postulaba a favor de la inconstitucionalidad del antiguo art. 9.2 Cc y defendía la conveniencia de la ley de la residencia habitual común como ley más apropiada para sustituir a la ley nacional del marido.

Sin embargo, no fue hasta el año 2002 cuando el TC manifestó expresamente la inconstitucionalidad del antiguo art. 9.2 Cc en relación con los matrimonios celebrados desde la entrada en vigor de la Carta Magna⁵⁶¹. La declaración del alto intérprete de la Constitución, si bien fue recibida positivamente por la doctrina, se consideró insuficiente por no resolver la laguna legal que quedaba para los matrimonios celebrados entre el 29 de diciembre 1978 y el 11 de noviembre de 1990 (fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1990). En este punto, la doctrina mayoritaria, como se ha indicado, intentó colmar el vacío jurídico mediante el recurso a la residencia habitual en el momento de celebración

⁵⁶⁰ AMORES CONRADI, M.A.: “Efectos del matrimonio” en AA.VV: *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 334; FUGARDO ESTIVILL, J.M.: “Inconstitucionalidad del art. 9.2 Cc (D. 1936/1974, de 31 de mayo). Vulneración del derecho a la igualdad conyugal. Designación de la ley nacional del marido para regir supletoriamente el régimen económico matrimonial Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 39/2002, de 14 de febrero. (BOE de 14 de marzo)”, *La notaría*, núm. 3, 2002, p. 41.

⁵⁶¹ STC 14 febrero de 2002 (RTC 2002/39).

del matrimonio, y de hecho, varios pronunciamientos jurisprudenciales de la Audiencia Provincial de Barcelona se manifiestan en ese mismo sentido⁵⁶². Pese a ello, algún autor ha manifestado que la aplicación de dicha ley podría producir resultados injustos, debiendo, pues, acudir a la teoría de los actos propios, por lo que si de la actuación de los cónyuges puede inferirse la voluntad de aplicación de un determinado régimen, el juez deberá proceder a su consideración⁵⁶³. Este posicionamiento doctrinal aparece, además, apoyado por algún pronunciamiento jurisprudencial aislado⁵⁶⁴.

2. La Ley aplicable al régimen económico matrimonial legal: art. 9.2 Cc

2.1. Aspectos generales

El art. 9.2 Cc es la norma de Derecho internacional privado español encargada de señalar el ordenamiento jurídico aplicable a las relaciones personales entre los cónyuges, a los derechos sucesorios que legalmente corresponden al cónyuge viudo (art. 9.8 Cc)⁵⁶⁵ y a los efectos

⁵⁶² AP Barcelona 30 de junio de 2009 (JUR 2009/ 418657), AP Barcelona 17 abril de 2007 (JUR 2007/271238), AP Barcelona 11 de noviembre de 2005 (JUR 2006\58265).

⁵⁶³ VENTOSO ESCRIBANO, A.: “Régimen económico matrimonial de extranjeros perspectiva notarial-registral”, en AA.VV: *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, p. 1855 y MARTÍNEZ DIE, R.: “Tribunal Constitucional: Sentencia 39/2002, de 14 de febrero de 2002. Cuestión de inconstitucionalidad 1724/95”, *La notaría*, núm. 5, 2002, pp. 129–130.

⁵⁶⁴ AP Huesca 13 de enero de 2009 (JUR\2009\240026).

⁵⁶⁵ RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial en derecho internacional privado” en YZQUIERDO TOSLADA, M. y CUENAS CASAS, M. (dirs.): *Tratado de derecho de familia*, vol. IV, Aranzadi–Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 373: “En efecto, en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados existe una coordinación entre los derechos sucesorios que recibe el cónyuge viudo y lo que recibe

patrimoniales del matrimonio, siempre que los cónyuges no hayan realizado pactos o capitulaciones matrimoniales, pues en ese caso entrará en juego el art. 9.3 Cc. Se trata de un precepto que recoge distintas conexiones que, en mayor o menor medida, reflejan cierta proximidad con las circunstancias personales de los cónyuges, estando además ordenados subsidiariamente, y fijados temporalmente, para evitar problemas de conflicto móvil.

Así, si los cónyuges poseen nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio, ésta será la ley aplicable a los efectos del mismo. En el caso de que los cónyuges no ostenten nacionalidad común en ese momento, podrán elegir entre la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellos. Si no ha habido elección de ley, resultará de aplicación la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Como conexión de cierre, si tampoco existe residencia habitual común después de la celebración del matrimonio, se aplicará la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Como se ha indicado, todas las conexiones se encuentran concretadas temporalmente. Así, la conexión de la nacionalidad común se

por la liquidación de su régimen económico matrimonial. Así es, los legisladores tienen en cuenta que, si el régimen económico matrimonial es el de sociedad de gananciales, el cónyuge viudo va a recibir una parte importante de los bienes del matrimonio— la mitad— y, por ello, respecto de los derechos sucesorios el legislador considera que no debe otorgarle demasiados. Lo mismo ocurre en los ordenamientos en los que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. En estos casos, como lo que corresponde al cónyuge viudo son sólo los bienes que él tuviera, no recibe nada del otro cónyuge en materia de derechos sucesorios el legislador intenta otorgar una mayor cantidad de patrimonio”.

encuentra fijada al tiempo de contraer el matrimonio; la conexión de la autonomía de la voluntad, al momento anterior a la celebración del matrimonio; la de la residencia habitual común, al instante inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, y la última, al momento de la celebración del matrimonio. Si bien esta concreción temporal de los puntos de conexión excluirá el conflicto móvil, no es menos cierto que su fijación puede llevar aparejada una desconexión entre las circunstancias fácticas de los cónyuges y la ley aplicable a las mismas. Con todo, debe matizarse que el art. 9.3 Cc permite modificar los pactos o capitulaciones matrimoniales cuantas veces se desee, por lo que la flexibilidad de dicha disposición permite, en parte, reducir la rigidez del art. 9.2 Cc.

2.2. *Los puntos de conexión previstos*

2.2.1. Ley personal común de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio

La primera de las conexiones previstas para regular los efectos del matrimonio es la ley personal común de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio, o lo que es lo mismo, en virtud del art. 9.1 Cc, la ley de la nacionalidad común en tal momento.

Se trata de una conexión no discriminatoria, dotada de una alta estabilidad, simplicidad y fácil determinación, por lo que garantiza una gran seguridad en el tráfico jurídico, con independencia de los cambios de domicilio o residencia que efectúen los cónyuges. Además, tradicionalmente, la conexión nacionalidad ha sido considerada como la

más adecuada para regular las cuestiones de derecho de familia⁵⁶⁶, de ahí que sea la primera conexión reguladora de los efectos del matrimonio en la mayoría de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

No debe perderse de vista que se trata de una conexión propia de Estados de emigración, como lo era anteriormente España, por el interés de que se aplicara el derecho español a las relaciones jurídicas de sus nacionales en el extranjero. Sin embargo, los importantes flujos inmigratorios que en los últimos años ha recibido España despliegan el interrogante de la posible caducidad de la conveniencia de la ley nacional como ley más conectada con las circunstancias actuales de los cónyuges, siendo quizás más apropiada la residencia habitual común de los cónyuges para regular los efectos del matrimonio⁵⁶⁷.

Importantes críticas ha suscitado su concreción temporal al momento de celebración del matrimonio, por poder producir como efecto el que resulte aplicable una norma lejana al matrimonio. Así, piénsese, por ejemplo, en aquellas parejas que tienen una nacionalidad común en el

⁵⁶⁶ Vid. por todos PÉREZ VERA, E.: “El anteproyecto de convenio sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado”, *Anuario de estudios sociales y jurídicos*, núm. 5, 1976, p. 238: “En este punto, mi insistencia en la nacionalidad común como conexión prioritaria no obedece a “chauvinismo” ni a una defensa a ultranza del sistema jurídico español; sí a la convicción de que en las relaciones matrimoniales...la nacionalidad común ofrece la solución más acorde con los intereses del tráfico jurídico y las expectativas de las partes”.

⁵⁶⁷ En cualquier caso, la ley más vinculada siempre dependerá del punto de vista desde el que se mire. Aquellos inmigrantes que provienen de países con tradiciones y costumbres cercanas al de destino, podrían llegar a preferir la aplicación de la ley de la residencia, mientras que a aquellos emigrantes pertenecientes, por ejemplo, al mundo islámico, puede resultarle más conveniente la aplicación de la ley de su nacionalidad, por la difícil integración en el país de acogida. En este sentido, DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...*, op. cit., p. 472.

momento de la celebración del matrimonio pero posteriormente uno de los cónyuges cambia de nacionalidad o viceversa, matrimonios que en el momento de contraerse contaban con distinta nacionalidad y después adquieren una común. En este tipo de supuestos parece ponerse en evidencia el acercamiento entre la norma aplicable y la vida matrimonial, si bien es cierto que únicamente respecto de los efectos personales del matrimonio, pues respecto del régimen económico matrimonial todavía queda la opción de autorregulación prevista para los cónyuges (art. 9.3 Cc).

Precisamente la ausencia de una norma que garantice el principio de proximidad ha sido criticada por algunos autores quienes consideran que hubiera sido conveniente el establecimiento de una cláusula correctora que fuera capaz de asegurar una verdadera vinculación⁵⁶⁸. Como contrapartida a esta circunstancia, se cuenta con una norma de conflicto que evitará problemas de conflicto móvil y otorgará seguridad jurídica y certidumbre a la situación. Queda clara, pues, la primacía otorgada por el legislador español a la seguridad jurídica frente a la flexibilización temporal de la norma de conflicto⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ AMORES CONRADI, M.A.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 349: “Una cláusula de excepción que permitiera la aplicación de la ley de la última nacionalidad o residencia habitual común si la vida matrimonial transcurrió de forma notablemente mas vinculada con ésta que con una anterior nacionalidad o residencia habitual comunes, hubiera evitado este enojoso resultado” y DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 259.

⁵⁶⁹ MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 144 y AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M.A, “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 162.

2.2.2. *Ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio.*

En aquellas situaciones donde los cónyuges no tengan nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio podrán elegir o bien la ley de su nacionalidad o bien la ley de su residencia habitual para regir los efectos del matrimonio. Debe tratarse de la nacionalidad o residencia en el momento anterior a la celebración del matrimonio, en lo que supone la fijación temporal del punto de conexión para evitar problemas de conflicto móvil.

La inclusión de la autonomía de la voluntad en la ley que regirá los efectos del matrimonio, tanto los patrimoniales como los personales, fue calificada como un gran avance, si bien condicionada a la exigencia de determinados requisitos (limitación a la ley de la nacionalidad o residencia habitual, constancia en documento auténtico y concreción temporal a la anterior celebración de matrimonio)⁵⁷⁰ y con dudosa aplicación práctica, ante la opción que permite el numeral siguiente del Código Civil.

Así, la preferencia por la especialidad de elección del régimen económico matrimonial mediante pactos o capitulaciones del art. 9.3 Cc es considerada por algún autor como la causante de vaciar gran parte del contenido del art. 9.2 Cc, y reducir su ámbito de aplicación a la

⁵⁷⁰ AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M.A, “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 156: “...la amplitud en cuanto al objeto de elección, a la determinación de las leyes entre las cuales pueda ejercitarse la facultad de elegir, se compensa, se matiza mediante condiciones relativas a la determinación de los sujetos de la elección, al modo de elección y al momento de la misma”.

determinación de la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio⁵⁷¹. No obstante, la autonomía de la voluntad prevista en ambos preceptos no es del todo similar, al contrastarse principalmente tres diferencias.

A) Primero, en cuanto a los requisitos formales, los pactos o capitulaciones matrimoniales deben constar en escritura pública (art. 1327 Cc), mientras que la elección derivada del art. 9.2 Cc exige documento auténtico en el que conste la elección de los cónyuges. Esta diferenciación terminológica, pero, no parece esconder intención alguna del legislador por lo que respecta a los pactos o capitulaciones matrimoniales, pues cuando utiliza el término “auténtico” parece estar refiriéndose a “público”, es decir, documento otorgado ante notario⁵⁷².

B) Por otro lado, el alcance material de ambos preceptos es distinto, pues el art. 9.2 Cc se refiere tanto a los efectos personales como patrimoniales, mientras que el art. 9.3 Cc únicamente a los efectos patrimoniales. En este sentido, la penetración de la autonomía de la voluntad en el art 9.2 Cc es mayor que la del art. 9.3 Cc.

⁵⁷¹ ESPINAR VICENTE, J.M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, p. 301: “Si el volumen de las fortunas personales de los contrayentes o sus diferencias económicas hiciesen evidente la necesidad de adoptar cautelas, lo mas lógico es que la pareja organizase su régimen a través de los pactos y capitulaciones a los que se refiere el numeral 3 del artículo 9 del Código. En los demás casos, difícilmente conocerán esta posibilidad que, con ser digna de elogio a nivel teórico, se articula en torno a un acto jurídico que no suele ir precedido de asesoramiento antes de perfeccionarlo”. En el mismo sentido, AMORES CONRADI, M.A.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 348; BENÍTEZ DE LUGO, M.A.: “Lecciones de derecho civil internacional”, *op. cit.*, p. 156; DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 293 y MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁷² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección...*, *op. cit.*, p. 139.

C) Además, mientras que la elección ofrecida en el art. 9.2 Cc está prevista para un momento anterior a la celebración del matrimonio, la posibilidad de elección mediante pactos o capitulaciones matrimoniales puede realizarse igualmente una vez celebrado el matrimonio, e incluso, modificarse. De ello se derivaría que, mientras la elección de los efectos personales del matrimonio sería única e inmodificable, la elección del régimen económico matrimonial siempre podría modificarse a la luz del art. 9.3 Cc.

Por último, es necesario señalar que la doctrina ha criticado duramente que la autonomía de la voluntad esté únicamente prevista para aquellos cónyuges que ostenten distinta nacionalidad, por tratarse de una situación potencialmente productora de discriminación por razón de la nacionalidad en el momento de la elección de la ley aplicable a los efectos del matrimonio⁵⁷³. Así, piénsese que dos inmigrantes de nacionalidad común no podrían acogerse a la ley española, mientras que los que tienen distinta nacionalidad, sí podrían. Este tratamiento desigual está injustificado y jurídicamente infundado, pese a esgrimirse argumentos referentes a la soberanía estatal, basados en que las cuestiones referentes a

⁵⁷³ Entre otros, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección...*, *op. cit.*, pp. 144–145; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 7º ed., 2014, p. 448; AMORES CONRADI, M.A.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 349; DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 294; BORRAS, A.: “No discriminación...”, *op. cit.*, p. 238 y GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J.: *Derecho internacional privado*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2º ed., 2014, p. 431; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 156 y ZABALO ESCUDERO, E.: “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural” en CALVO CARAVACA, A.L. e IRIARTE ANGEL, J.L.: *Estatuto personal...*, *op. cit.*, p. 23.

persona, matrimonio y familia, de cuyos intereses es garante el Estado, debían regularse por la ley nacionalidad del sujeto⁵⁷⁴.

Se trata, por tanto, de una regla poco multicultural, no potenciadora del libre desarrollo de la personalidad y que puede conllevar la aplicación de la ley de un país escasamente conectado con el supuesto, al no permitir a personas de misma nacionalidad elegir la ley correspondiente al Estado de origen o Estado de acogida⁵⁷⁵.

2.2.3. *Ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.*

Se trata de una conexión que aspira a ser altamente utilizada, pues no serán pocos los matrimonios con distinta nacionalidad que no hayan hecho uso de la posibilidad de elegir la ley aplicable a los efectos del matrimonio y que establezcan una residencia común después de éste.

⁵⁷⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección...*, *op. cit.*, p. 144: “Hoy día es claro, sin embargo, que el hecho de que los efectos del matrimonio entre españoles queden sujetos a una ley extranjera no comporta ningún perjuicio para la Soberanía del Estado español, ni para los intereses generales de cuya tutela es garante el Estado español”.

⁵⁷⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, 448: “Una norma en materia de efectos del matrimonio debe ser sensible a la realidad multicultural, evitando la absorción o integración obligatoria de los matrimonios de extranjeros que pueden querer mantenerse fieles a sus propias tradiciones, y, al mismo tiempo, dándoles la oportunidad de integrarse, si así lo desean, en el medio social y cultural español”. En el mismo sentido, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 153; ZABALO ESCUDERO, E.: “Efectos del matrimonio...”, *op. cit.*, p. 24 y RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, *op. cit.*, p. 368.

Lo cierto es que esta opción legislativa tuvo una buena acogida en la doctrina⁵⁷⁶, si bien con el presupuesto base de que el matrimonio mantendría su residencia habitual para toda la vida. Así, en aquellos casos donde, por circunstancias laborales o personales, los cónyuges han ido alternando residencias habituales en distintos Estados, la aplicación de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio puede estar ya muy alejada de las circunstancias futuras de los cónyuges⁵⁷⁷.

Expuesto esto, conviene realizar una aproximación conceptual del término residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, atendidos los problemas que puede suscitar su aplicación práctica.

1) En primer lugar la “*residencia habitual*” se define en virtud de un doble requisito: la presencia física de ambos cónyuges en un determinado lugar y la voluntad de establecerse de forma efectiva y permanente en un

⁵⁷⁶ Entre otros, BORRAS, A.: “No discriminación...”, *op. cit.*, p. 239: “...merece ser bien recibida esta conexión que, por su naturaleza fáctica y su mayor vinculación a la realidad, tan amplia aceptación está teniendo en los diferentes ordenamientos y en los convenios internacionales” y AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M.A.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 157: “conexión objetiva, neutral, homogénea, integradora, no discriminatoria...provista de realismo, dotada de efectividad...”.

⁵⁷⁷ SAP Barcelona 17 abril 2007 (JUR\2007\271238): “La norma de conflicto impone la aplicación del ordenamiento jurídico del lugar de residencia del matrimonio inmediatamente posterior a su celebración...Consta que residieron varios años en Alemania, lo que determina la aplicación de dicho ordenamiento y si bien es cierto que actualmente los cónyuges carecen de conexión alguna con el Derecho Alemán, sí la tuvieron cuando residieron en dicho país, y es en aquel momento cuando se determinó el régimen económico matrimonial que queda fijado legalmente...”.

lugar⁵⁷⁸, siendo insuficiente el simple hecho de permanecer en un sitio por un lapsus de tiempo más o menos largo de modo provisional o accidental⁵⁷⁹.

2) Por su parte el concepto “*común*” supone que ambos cónyuges deben residir conjuntamente en ese lugar para que la conexión opere.

3) “*Inmediatamente posterior*” implica la fijación temporal del punto de conexión, evitando así problemas de conflicto móvil y fortaleciendo la seguridad jurídica. Se trata de una noción que exige cierta concatenación entre la celebración del matrimonio y el establecimiento de la residencia habitual común, y debe distinguirse de “*primera residencia habitual común*” de los cónyuges, esto es, si celebrado el matrimonio los cónyuges han fijado residencias en lugares diferentes, esta ley no podrá operar⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Vid. STS 13 julio 1996 (RJ 1996/5583), STS 2 abril 1972 (RJ 1972/1859), STS 23 abril 1970 (RJ 1970/2031), STS 25 septiembre 1954 (RJ 1954/2348).

⁵⁷⁹ Vid. AP Granada 13 julio 2005 (JUR 2005/138285): “La circunstancia imprevista y accidental de que los esposos tras contraer matrimonio en Alemania el 28 de julio de 1980 se mantuvieran en ese País a la espera o hasta el nacimiento del hijo común ocurrido el 17 de octubre de ese año sin otra razón que evitar los riesgos que suponía el embarazo y al traslado de la madre en ese estado de gestación a España, País al que pocos días después del parto el matrimonio trasladó definitivamente su residencia hacer aplicable, contrariamente a lo defendido por la apelante la Ley española como Ley de la primera y, en realidad, única residencia habitual del matrimonio durante sus más de 20 años de duración”.

⁵⁸⁰ Vid. SAP Barcelona 19 marzo de 2003 (AC 2003/1119), sobre un matrimonio entre un mejicano y una argentina con residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Uruguay. Pues bien, aunque posteriormente se trasladaran a vivir a El Cairo, la ley aplicable a su régimen económico matrimonial a falta de nacionalidad común y de acuerdo de elección de ley, es la ley uruguaya.

2.2.4. *Ley del lugar de celebración del matrimonio*

Como conexión de cierre del art. 9.2 Cc se encuentra la ley del lugar de celebración del matrimonio, con un papel meramente residual, pues será difícil que no juegue ninguna de las conexiones anteriores⁵⁸¹. Así, únicamente estará llamada a regular los efectos del matrimonio de aquellos cónyuges de distinta nacionalidad, que no han elegido la ley aplicable y que no establecen residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

Se trata de una conexión que ha sido objeto de multitud de críticas por parte de la doctrina⁵⁸², por entenderse que podría tratarse de una ley muy desvinculada de la realidad de los cónyuges, a menos que los mismos tuvieran ánimo *ibi permanendi*, con voluntad de instalarse en ese lugar. Su carácter potencialmente fortuito y circunstancial -piénsese en los matrimonios celebrados en países exóticos- justifican que quizá hubiera sido más conveniente el establecimiento de la ley más vinculada con la vida matrimonial, tal y como se recogía en las enmiendas sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por

⁵⁸¹ Vid. SAP Zaragoza 28 febrero de 2003 (JUR 2010/67413), en un caso sobre matrimonio entre cubana y español, celebrado en Cuba y sin residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, siendo por ello de aplicación la ley cubana (ley del lugar de celebración del matrimonio).

⁵⁸² AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 158; BORRAS, A.: “No discriminación...”, *op. cit.*, p. 239; ABARCA JUNCO, A.P. “Los efectos...”. *op. cit.*, p. 131; MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 151; ESPINAR VICENTE, J.M.: *El matrimonio y las familias...*, *op. cit.*, pp. 302–304;; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, *op. cit.* p. 448; AMORES CONRADI, M.A.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 349; ABARCA JUNCO, A.P. “Los efectos...”, *op. cit.*, p. 131 y RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico...*, *op. cit.*, p. 33.

razón de sexo, presentadas en su día por el PNV y CIU⁵⁸³. La inclusión de esta conexión como cláusula de cierre sería una solución que garantizaría que la ley aplicable tuviera relación con la vida matrimonial, si bien es cierto que afectaría a la previsibilidad del derecho aplicable y en consonancia a la seguridad jurídica. No obstante, varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno⁵⁸⁴ recogen la aplicación subsidiaria de esta ley como conexión de cierre en sus normas de conflicto, por lo que su inclusión en el art. 9.2 Cc no habría resultado extraña.

3. La ley aplicable al régimen económico matrimonial pactado: art.9.3 Cc

3.1. Aspectos generales

Los efectos económicos del matrimonio también son susceptibles de configurarse mediante acuerdo entre los cónyuges, en lo que supone un claro ejercicio de la autonomía de la voluntad, si bien, como se verá, limitada a un catálogo de leyes. La norma de conflicto española encargada de tratar esta cuestión, como se ha indicado previamente, es el art. 9.3 Cc, que regula los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio.

La *ratio legis* de este precepto es favorecer la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales, tanto los otorgados en España, como los otorgados en el extranjero. Se trata pues de una norma que consagra el

⁵⁸³ BOCG: B-13-4 BOCG III B-2 (c) p. 9-10 y 11-12.

⁵⁸⁴ Vid. art. 4 CHLARM, art. 14 Ley introductoria Cc alemán, art. 14 Cc Grecia, art. 18 LDIPr Austria y art. 48 LDIPr Suiza.

principio de *favor negotii* o *favor validitatis*, y que permite declarar la validez de un pacto o capitulación siempre que se ajuste a cualquiera de los ordenamientos previstos en la norma de conflicto. En virtud de ello, el art. 9.3 Cc contiene puntos de conexión alternativos, en contraposición con el art. 9.2 Cc, donde los puntos de conexión están estructurados “en cascada”.

La redacción del art. 9.3 Cc ha sido objeto de multitud de críticas por parte de la doctrina más autorizada, al haberse alejado de la estructura clásica del resto de normas de conflicto -supuesto de hecho/punto de conexión/consecuencia jurídica-⁵⁸⁵, no utilizando expresiones habituales como “*se regirán*”, “*se regularán*” o “*habrán de regularse*”. Así, se ha empleado una formulación altamente confusa -“*serán válidas cuando sean conformes a*”-, que no deja entrever con claridad si se trata de una norma que persigue favorecer la validez sustancial de los pactos o capitulaciones matrimoniales u ofrecer a los cónyuges elegir cualquiera de las leyes -y en consecuencia cualquiera de los regímenes previstos en tales ordenamientos- ofrecidas en la norma de conflicto⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ AMORES CONRADÍ, M.A.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 341: “Mucho más sencillo hubiera sido, siguiendo la estructura típica de las normas sobre ley aplicable en las que se admite la autonomía de la voluntad de las partes (en su sentido conflictual), que el nuevo artículo 9, 3º, se hubiera limitado a establecer: “Para regular el régimen económico matrimonial, los cónyuges podrán someterse a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ello, o a la ley que rige los efectos del matrimonio”; con ello se hubiera alcanzado el mismo resultado empleando un tipo normativo sobradamente conocido, y remitiendo Derecho material la función que le es propia”.

⁵⁸⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección...*, *op. cit.*, 157: “...mientras que en relación al régimen económico matrimonial “legal” la ley aplicable es sólo una, en lo que respecta al régimen económico matrimonial “pactado”, existe un abanico de leyes aplicables, de modo que será aplicable aquélla que garantice la validez del acuerdo. La duplicidad de regímenes resulta tan poco justificada como lo estaría en el DIPr de

Siguiendo con el análisis de su redacción nótese que, no es cuestión baladí la distinción que el legislador ha efectuado entre “*pactos*” y “*capitulaciones*”, en lo que constituye una importante novedad respecto a la regulación anterior, que sólo recogía el concepto de “*capitulaciones*”. Así, mientras que con el término “*capitulaciones matrimoniales*” se hace referencia a la institución española prevista para estipular el régimen económico matrimonial, con la dicción “*pactos*” se pretende recoger los acuerdos de elección de ley aplicable realizados al amparo de otros ordenamientos jurídicos⁵⁸⁷.

Debe destacarse igualmente que el precepto además utilice el término “*partes*” y no “*cónyuges*”, lo que supone que los pactos económicos se pueden realizar antes o después de la celebración del matrimonio, por más que su eficacia dependa de dicha celebración⁵⁸⁸.

Por otro lado, debe valorarse positivamente la designación temporal del momento en que resultan de aplicación los puntos de conexión -“*al tiempo del otorgamiento*”-, no planteándose así ningún problema de conflicto móvil.

contratos que una norma afirmase: “*el presente contrato será válido si se ajusta a una de las siguientes leyes A/B/CD/D...*”. La validez/nulidad del acuerdo es una cuestión cuya resolución adecuada debe ubicarse en el marco del derecho interno designado por la norma de conflicto”.

⁵⁸⁷ MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 152; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 146; AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M.A., “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 164 y RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, *op. cit.*, p. 371

⁵⁸⁸ RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, *op. cit.*, p. 371.

3.2. Los puntos de conexión

Se considerarán válidos a efectos del Derecho internacional privado español los pactos o capitulaciones matrimoniales que se ajusten en cuanto al fondo a la ley que rijan los efectos del matrimonio (art. 9.2 Cc), o ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de las partes al tiempo del otorgamiento. De esta suerte, sólo podrá invalidarse un pacto matrimonial cuando no se considere válido por ninguno de los ordenamientos señalados por el art. 9.3 Cc.

La remisión⁵⁸⁹ que el art. 9.3 Cc realiza al art. 9.2 Cc, combinado con lo establecido en el propio art. 9.3 Cc, permite determinar que los cónyuges podrán redactar sus capitulaciones matrimoniales conforme a cualquiera de las siguientes 6 leyes:

- a) ley nacional del marido al tiempo del otorgamiento,
- b) ley nacional de la mujer al tiempo del otorgamiento,
- c) ley de la residencia habitual del marido al tiempo del otorgamiento,
- d) ley de la residencia habitual de la mujer al tiempo del otorgamiento,
- e) ley de la residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y

⁵⁸⁹ Precisamente la remisión a la ley de los efectos del matrimonio ha sido objeto de críticas por parte de algún sector doctrinal, al entenderse que no tenía sentido elegir una ley que resultaría aplicable sin necesidad de pacto. *Vid.* especialmente, AMORES CONRADÍ, M.A.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 341.

f) ley del lugar de celebración del matrimonio⁵⁹⁰.

3.3. Régimen jurídico de las capitulaciones matrimoniales: autonomía de la voluntad

3.3.1. Capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales

Como cualquier otro negocio jurídico, los pactos o capitulaciones matrimoniales generan el interrogante de qué sujetos reúnen la capacidad necesaria para otorgarlos. Nuestra norma de conflicto no recoge la respuesta a esta cuestión, por lo que la mayor parte de la doctrina entiende que, conforme al art. 9.1 Cc, debe ser la ley personal de cada cónyuge la que determine la capacidad para estipular capitulaciones matrimoniales⁵⁹¹. Por consiguiente, será responsabilidad de la ley nacional del sujeto la determinación de los concretos requisitos para ser sujeto activo de pactos o capitulaciones matrimoniales.

La observancia de la ley personal del sujeto obligará al operador jurídico a un análisis donde puede producirse un tripe resultado:

⁵⁹⁰ La remisión a la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio no se considerará por entenderse subsumida dentro de la ley nacional de cualquiera de los cónyuges.

⁵⁹¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 162; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección de ley...*, *op. cit.*, p. 149; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 149; CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 15º ed., 2014, p. 171; MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 157; ABARCA JUNCO, A.P. “Los efectos...”, *op. cit.*, p. 133 y RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, *op. cit.*, p. 375.

1) Que dicha ley prevea una capacidad específica para estipular capitulaciones matrimoniales, cuyas exigencias deberán ser cumplidas.

2) Que dicho ordenamiento jurídico no regule específicamente la capacidad de otorgar capitulaciones, en cuyo caso la doctrina remite a las normas generales sobre capacidad de obrar⁵⁹².

3) O incluso que la ley personal de los cónyuges no conozca o no permita los pactos o capitulaciones matrimoniales, en cuyo caso algún sector doctrinal prevé igualmente el seguimiento de las normas generales sobre capacidad de obrar de tal ordenamiento, siempre que la ley designada en virtud del art. 9.3 Cc permita pactar sobre el régimen económico matrimonial⁵⁹³.

Por lo que respecta a la ley reguladora del modo de suplir o complementar la falta de capacidad para otorgar pactos o capitulaciones matrimoniales en menores e incapacitados judicialmente, el art. 9.6 Cc, en plena armonía con el art. 9.1 Cc, entiende que deberá ser la ley personal del sujeto la encargada de tal función. Precisamente, ésta fue la postura defendida por el Tribunal Supremo en la STS de 1 de julio de 1955, Caso

⁵⁹² AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 162: “...en defecto de normas específicas sobre capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales...la laguna se colmará de acudiendo a las normas sobre capacidad general para contratar propias de ese ordenamiento”.

⁵⁹³ ABARCA JUNCO, A.P.: “Los efectos...”, *op. cit.*, p. 133, así lo plantea: “...si la ley nacional de alguno de los contratantes no conoce o no permite las capitulaciones y, sin embargo, esta posibilidad fuera admitida conforme a la ley designada del artículo 9-3, habría que estar a lo previsto en el ordenamiento reclamado por el artículo 9-1, únicamente en lo que dispone respecto a la capacidad general de contratar”

*Borbón c. Patiño*⁵⁹⁴, al entender que la capacidad de un menor de edad para otorgar capitulaciones matrimoniales debía ser completada con la concurrencia de su padre, pues así lo establecía su ley nacional.

Por otro lado, cierto sector doctrinal⁵⁹⁵, inspirado en los *marital agreements*, atribuye a la *lex causae* la potestad para establecer la capacidad de los cónyuges para concluir capitulaciones matrimoniales, entendiendo que la ley reguladora del fondo, sobre la que se juzgará la validez de las capitulaciones, es la ley más vinculada para su regulación⁵⁹⁶. Estos autores entienden que debe prevalecer el criterio de unidad de ley aplicable para cuestiones de capacidad y contenido, y además argumentan que la particularidad contractual de las capitulaciones matrimoniales debe venir acompañada de una capacidad negocial especial, pues la capacidad para estipular capitulaciones requiere de unos requisitos menos gravosos que la capacidad de obrar general.

A la vista de estas posiciones doctrinales, se considera más acertada la posición que atribuye a la ley personal la regulación de la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales. En primer lugar, porque si es la

⁵⁹⁴ Aranzadi, Jurisprudencia, 1955, núm. 289. Esta sentencia parece citada en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 162.

⁵⁹⁵ COSTAS RODAL, L.: “Comentario al art. 9.3 Cc” en Comentarios al Código Civil”, en BERCOTIZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Thomsom Aranzadi. Navarra, 2^oed., 2006, p. 70 y AMORES CONRADÍ, M.A. “Efectos...”, *op. cit.*, p. 449.

⁵⁹⁶ AMORES CONRADÍ, M.A.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 449, señala que “...no parece tener demasiado sentido desgajar de la ley que permite, o conforme a la cual se extienden, las capitulaciones de los incidentes relativos a la capacidad, para someter a éstos a la ley personal de cada contratante. Si aquél ordenamiento establece determinadas condiciones, más amplias o estrictas, sobre la capacidad para los pactos capitulares y es conforme a él como hay que juzgar la validez de los mismos, no tiene sentido que una concepción más amplia, o más estrecha, por el ordenamiento personal de cada contratante modifique en ningún sentido lo permisible según el ordenamiento rectos de los capítulos”

ley personal la que regula la necesidad de intervención de ciertas personas para completar la capacidad de menores e incapaces que otorgan capitulaciones es porque es ésta la ley que en último término debe ser observada. Esta ley personal, determinada a través de la nacionalidad, determina pues los supuestos en que una persona debe ser asistida para realizar válidamente el acto, los modos de remplazar o completar dicha falta de capacidad, los sujetos encargados para ello, así como las posibles consecuencias del desentendimiento de estos requisitos.

Por su parte, la ley reguladora de las capitulaciones atiende a las cuestiones relacionadas con el negocio en sí mismo —la determinación del régimen de propiedad de los bienes presentes y futuros de los cónyuges— presuponiendo que los sujetos que lo realizan disponen de la suficiente capacidad de obrar de acuerdo a su ley personal. Lo contrario supondría que ambos cónyuges, al elegir la ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales, estarían eligiendo además la capacidad para otorgarlas, cuando *per se* las cuestiones relativas a la capacidad de obrar deben ser indisponibles para los sujetos.

En cualquier caso, tampoco faltan argumentos para defender la adecuación de la ley designada en virtud del art. 9.3 Cc como ley más apropiada para la determinación de la capacidad de los sujetos para otorgar capitulaciones matrimoniales. Uno de ellos atendería a cuestiones de economía procesal, dado que podrían producirse situaciones donde la autoridad pública ante la que se otorgaran capitulaciones matrimoniales pudiera llegar a aplicar tres leyes distintas: la ley personal de cada uno de los cónyuges (para el caso de que ambos sean de distinta nacionalidad), y

la ley del contenido del derecho rector del régimen matrimonial elegido por las partes. Desde este punto de vista, la unificación de ley rectora de la capacidad y ley del contenido aligeraría y facilitaría la labor de los fedatarios públicos.

Del mismo modo, podría ser defendible que la particularidad de las capitulaciones matrimoniales como negocio jurídico justifique el que la ley encargada de determinar su validez regule las cuestiones conexas con el negocio, pudiendo resultar ilógico atribuir a una ley poco vinculada con el negocio —la ley de la nacionalidad— la decisión última sobre su posibilidad de realización. Así, el ámbito de aplicación del art. 9.1 Cc quedaría reducido a la determinación de la capacidad de realización de negocios jurídicos que no poseen una norma particular para su regulación.

En definitiva, lo cierto es que se trata de una antinomia que debe ser resuelta por la opción de alguna de las dos leyes expuestas. En este caso, y según el principio general del derecho "*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", debe afirmarse la vigencia para estos supuestos de la regla establecida en el art. 9.1 Cc, pues si bien se comparte la peculiaridad contractual de las capitulaciones matrimoniales y se tienen presentes los argumentos expuestos en favor de la *lex causae*, lo cierto es que atribuir el art. 9.3 Cc la regulación de la capacidad para otorgar pactos o capitulaciones matrimoniales supone realizar una atribución extensiva a la norma de conflicto de una función para la que no fue creada.

3.3.2. Forma de las capitulaciones matrimoniales

La norma de conflicto española referente a los pactos o capitulaciones matrimoniales (art. 9.3 Cc) tampoco hace referencia a las formas y solemnidades que deben cumplirse en aras de obtener su validez formal. Esta situación obliga a atender a la norma de conflicto española referente a la forma (art. 11 Cc). Para la correcta exposición de la forma que deben adoptar las capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado español, se distinguirán aquellas que fueron otorgadas en España, de aquellas que fueron otorgadas en el extranjero y sobre las que se desea que posean eficacia en España.

1) En relación con las capitulaciones matrimoniales otorgadas en España, es necesario diferenciar las que se realizan de conformidad con el derecho español, de las que suponen la aplicación de un derecho extranjero.

A) Por lo que respecta a las primeras, se trata de un supuesto puramente doméstico, en el que entran en juego los art. 1280 y 1327, Cc, que exigen la elevación a escritura pública de las capitulaciones matrimoniales.

B) Por su parte, las capitulaciones matrimoniales otorgadas en España conforme a derecho extranjero, han dividido a la doctrina entre aquellos que consideran que dichas capitulaciones merecen un tratamiento igual a las capitulaciones otorgadas conforme a derecho español, y aquellos que consideran que determinados requisitos especiales del derecho extranjero, elegido por las partes, deben ser observados. La primera de estas posiciones supondría la aplicación

del principio *auctor regit actum*, lo que implica que la autoridad del país ante la que se otorgan las capitulaciones matrimoniales debería atender únicamente a las exigencias formales de su propio ordenamiento. En España supondría que la autoridad pública ante la que se otorgaran capitulaciones matrimoniales debería hacerlas constar en escritura pública⁵⁹⁷. No comparten esta opinión aquellos autores que consideran que el precepto regulado en el art. 11.2 Cc obliga a atender a las formalidades previstas por el derecho extranjero que resulte de aplicación, es decir, que si la *lex causae* prevé el otorgamiento de una determinada forma solemne, aquélla deberá ser respetada para obtener su validez formal en el ordenamiento jurídico español⁵⁹⁸.

2) De otro lado, las capitulaciones matrimoniales otorgadas fuera de España cuya eficacia se pretende en nuestro ordenamiento jurídico, suponen una tarea de control de ajuste de los requisitos de forma, entre otros, por parte del funcionario encargado del Registro en el que se pretende obtener la inscripción del título. Es en este supuesto en el que la aplicación del art. 11 Cc incide directamente. En virtud del párrafo primero de este artículo, las capitulaciones matrimoniales serán válidas en España si cumplen las formas y solemnidades de la ley del país en que se otorguen -*lex loci actus*-, de la ley aplicable a su contenido -*lex causae* o *lex substantiae*-, de la ley personal del disponente o común de los otorgantes -*lex patriae*- o de la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles -*lex rei sitae*-. La doctrina ha calificado la redacción de este

⁵⁹⁷ MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 158.

⁵⁹⁸ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico...*, *op. cit.*, p. 78.

punto como *favor negotii*, esto es, existe una voluntad evidente del legislador de facilitar la validez formal de los actos o negocios jurídicos, por cuanto el abanico de leyes en que pueden ampararse para cumplir los requisitos formales es relativamente amplio. Según este escenario, unas capitulaciones matrimoniales desplegarán efectos en España siempre que cumplan las formas y solemnidades de cualquiera de los ordenamientos jurídicos ofrecidos en el precepto.

Con todo, debe perderse de vista el art. 11.2 Cc, que exige el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por la ley que regula el contenido de las capitulaciones matrimoniales. De esta manera, no es aventurado afirmar que este segundo apartado parece privar de cierta utilidad al primero de ellos, pues ante requisitos más gravosos siempre deberá ser tenido en cuenta⁵⁹⁹. Así, podría entenderse que el criterio *favor negotii* que se desprende del art. 11.1 Cc es más bien una utopía del legislador, pues si la *lex substantiae* exige para la validez del acto o negocio jurídico el cumplimiento de una forma *ad solemnitatem*, deberá ser siempre atendida, lo que implica una excepción a la aplicación del resto de leyes ofrecidas en el artículo⁶⁰⁰.

El alcance jurídico de esta norma, de nuevo, puede ser interpretado de distinta manera si las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el

⁵⁹⁹ MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 158: “...en materia de capitulaciones matrimoniales resulta inadecuada la aplicación de un precepto que, lejos de favorecer la validez formal de tales capitulaciones, viene más bien a propiciar su declaración de invalidez...”.

⁶⁰⁰ *Vid.* por todos, GONZÁLEZ CAMPOS, J.: “Comentario al artículo 11” en AA.VV: *Comentario del Código civil*, Ministerio de justicia, Madrid, 1993, p. 138.

extranjero se han realizado conforme a derecho español o conforme a derecho extranjero.

A) En relación con las primeras, lo cierto es que el art. 11.2 Cc parece haber sido diseñado para asegurar que las capitulaciones matrimoniales otorgadas conforme a derecho español en el extranjero únicamente surtan efectos en España cuando consten en escritura pública. Y es aquí donde parece abrirse un nuevo interrogante: ¿Podrán desplegar efectos en España las capitulaciones matrimoniales que consten en escritura pública emitida por autoridad pública extranjera? En principio, de la literalidad de los arts. 1280 y 1327 Cc únicamente se desprende la exigencia de que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, sin mención alguna del fedatario ante el que se otorguen, por lo que las escrituras otorgadas ante fedatario extranjero serían perfectamente válidas⁶⁰¹. Lo contrario, es decir, denegar la validez formal de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas ante autoridad pública extranjera podría suponer un desmedido ejercicio de *legeforismo* e impondría una carga adicional a las partes, que estarían obligadas a pactar nuevamente capitulaciones matrimoniales ante notario español.

B) Por otro lado, las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero conforme a derecho extranjero constituyen supuestos que, en principio, adolecen de cualquier conexión con el ordenamiento español. Sin embargo, en el caso de matrimonios celebrados en el

⁶⁰¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección...*, op. cit., p. 139.

extranjero conforme a derecho extranjero que adquieren bienes inmuebles situados en España -art. 92 del Reglamento Hipotecario-, para obtener la inscripción del bien conforme a su régimen matrimonial extranjero en el Registro de la Propiedad, el Registrador deberá controlar la validez formal de las capitulaciones, teniendo en cuenta, no sólo el primer párrafo del art. 11, sino también el segundo. Es decir, que si la ley del contenido de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero exigiera una determinada forma *ad solemnitatem*, el Registrador español deberá controlar que la misma se ha satisfecho. Y si dichos requisitos formales no se cumplen, no se podrá proceder a su inscripción.

Con todo, el cumplimiento de las formas y solemnidades de la ley extranjera no implicará directamente la inscripción en el Registro de la propiedad español, pues al fin y al cabo, se está pretendiendo la validez formal de unos pactos perfeccionados bajo una norma distinta a la del Estado sobre la que se pretenden hacer valer sus efectos. Es decir, el registrador únicamente inscribirá en el Registro los pactos o capitulaciones matrimoniales que también cumplan los requisitos y solemnidades exigidos en la legislación española, que es donde se quiere hacer valer el pacto. En este sentido, si la ley extranjera permite su otorgamiento mediante documento privado y se desea su eficacia en España, el Registrador denegará el acceso al Registro español, ya que la elevación a escritura pública es preceptiva. Por tanto, debe diferenciarse con claridad el cumplimiento de los requisitos formales *ad solemnitatem* o *ad validitatem* del reconocimiento de plenos efectos en un ordenamiento jurídico.

3.3.3. *Contenido de las capitulaciones matrimoniales*

Para determinar el contenido de las capitulaciones matrimoniales, se requiere previamente realizar una aproximación conceptual de los tipos de autonomía de la voluntad que caracterizan a este sector del ordenamiento jurídico, a saber, la autonomía conflictual, propia del DIPr de cada Estado, y la autonomía material, propia del derecho interno o sustantivo de cada Estado⁶⁰². Posteriormente, convendrá determinar qué tipo de autonomía regula el art. 9.3 Cc, pues si bien su inclusión con el conjunto de normas conflictuales de Derecho internacional privado español permitiría concluir que viene a regular la autonomía conflictual, lo cierto es que su redacción parece reconocer a los cónyuges una autonomía material⁶⁰³.

La autonomía de la voluntad conflictual, en el ámbito de las capitulaciones matrimoniales, vendría a suponer que los cónyuges pueden

⁶⁰² VIRGOS SORIANO, M.: “Obligaciones contractuales” en AA.VV: *Derecho internacional privado. Parte especial., op. cit.*, pp. 148–149, que distingue ambos tipos de autonomía de la voluntad, si bien en el ámbito de las obligaciones contractuales: “La doctrina distingue normalmente la facultad de elección del derecho aplicable, a la que se denomina “autonomía conflictual” de la libertad contractual que las partes tienen en el marco de un concreto derecho material nacional, a la que se refiere como “autonomía material”. Para saber el margen de libertad contractual material de que las partes disponen es necesario haber precisado antes el Derecho aplicable a ese contrato, pues él nos dará los límites. Ese derecho se determinará, bien por las mismas partes contratantes (=elección), bien, en su defecto, directamente por el juez u operador jurídico por vía de las conexiones objetivas previstas en el art. 4 del Convenio de Roma”.

⁶⁰³ La redacción de esta norma de conflicto fue el agente provocador de la crítica doctrinal. En este sentido, AMORES CONRADI, M.A. “Efectos...”, *op. cit.*, p. 341: “Mucho más sencillo hubiera sido, siguiendo la estructura típica de las normas sobre ley aplicable en las que se admite la autonomía de la voluntad de las partes (en su sentido conflictual), que el nuevo artículo 9, 3º, se hubiera limitado a establecer: “Para regular el régimen económico matrimonial, los cónyuges podrán someterse a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, o a la ley que rige los efectos del matrimonio”; con ello se hubiera alcanzado el mismo resultado empleando un tipo normativo sobradamente conocido, y remitiendo Derecho material la función que le es propia”.

elegir cualquiera de las leyes enumeradas en la norma de conflicto para regular su régimen económico matrimonial. Por su parte, la autonomía de la voluntad material haría referencia a la libertad contractual que las partes tienen para elegir un régimen económico matrimonial de acuerdo a un determinado derecho nacional.

El primer tipo de autonomía que se ha enunciado, consustancial de las normas de conflicto del DIPr, supondría que los cónyuges eligen el derecho aplicable a sus relaciones patrimoniales y, posteriormente, si dicho ordenamiento nacional sanciona la autonomía de la voluntad material, entonces podrán elegir un régimen económico matrimonial de entre los posibles. Éste es el funcionamiento normal en los sistemas jurídicos de nuestro entorno⁶⁰⁴, de suerte que se distinguen con claridad los negocios de elección de ley y elección de régimen económico matrimonial⁶⁰⁵.

Por su parte, el funcionamiento de la norma de conflicto española es virtualmente distinto⁶⁰⁶: regula ambos tipos de autonomía de la voluntad en el mismo precepto, es decir, permite la simple designación de una ley

⁶⁰⁴ Por ejemplo, art. 15.2 Ley introductoria del Cc alemán, art. 39 LDIPr Hungría, art. 30.1 LDIPr Italia, art. 21.2 LDIPr Rumania, art.52.1 LDIPr Suiza y art. 3 CHLARM.

⁶⁰⁵ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico...*, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁰⁶ Existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la consideración del art. 9.3 Cc como norma de conflicto materialmente orientada. En este sentido, ESPLUGUES MOTA, C.: "Matrimonio y relaciones entre los cónyuges" en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 8º ed., p. 404; CAMPUZANO DÍAZ, B.: "El matrimonio", en RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.): *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 210; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección de ley...*, *op. cit.* p. 158 y FONTANELLAS MORELL, J.M.: "Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código civil" en ARECES PIÑOL, M.T. (coord.): *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Madrid, Comares, 2009, p. 363.

aplicable, o la elección y diseño de un concreto régimen económico matrimonial, que debe resultar válido a luz de cualquiera de los ordenamientos jurídicos previstos en la norma de conflicto⁶⁰⁷. Conforme a este esquema podrían distinguirse varios supuestos⁶⁰⁸.

Así, si las capitulaciones matrimoniales contienen una simple remisión a un ordenamiento jurídico, entonces resultaría de aplicación el régimen legal supletorio previsto en tal ordenamiento jurídico. Por ejemplo, un matrimonio de una francesa y un español podría realizar capitulaciones matrimoniales eligiendo como derecho aplicable a sus relaciones patrimoniales el derecho francés (suponiendo que la norma de conflicto aplicable permitiera la elección del derecho de la nacionalidad de alguna de las partes). En ese momento, el operador jurídico examinaría cuál es el concreto régimen económico que resulta de aplicación supletoriamente en el ordenamiento jurídico francés, en concreto, el régimen de comunidad de bienes. Así, en el campo de las capitulaciones matrimoniales, la elección del derecho aplicable lleva siempre aparejada la elección de un concreto régimen económico matrimonial, aunque por vía indirecta.

Por otro lado, es perfectamente posible la realización de capitulaciones matrimoniales con designación de un concreto régimen

⁶⁰⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 169; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección de ley...*, op. cit., p. 160; AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, op. cit., p. 165; MOYA ESCUDERO, M.: “Relaciones entre...”, op. cit., p. 154; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho internacional...*, op. cit., p. 432; DIAGO DIAGO, M.P., *Pactos o capitulaciones...*, op. cit., pp. 116–124; MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, op. cit., p. 154 y RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, op. cit., p. 374.

⁶⁰⁸ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico...*, op. cit., p. 53.

económico matrimonial, en virtud de la autonomía material que consagra el art. 9.3 Cc. A su vez, esta referencia a un régimen concreto, podría venir acompañada de la identificación del ordenamiento en el que se enmarca, combinándose así la autonomía de la voluntad material con la autonomía de la voluntad conflictual. Así, siguiendo el ejemplo anteriormente utilizado, el matrimonio entre la francesa y el español podría otorgar capitulaciones matrimoniales estableciendo que se encuentran casados conforme al “régimen de separación de bienes del derecho francés”.

Las partes, pero, pueden elegir un régimen económico matrimonial sin identificar el ordenamiento jurídico al que pertenece. En términos prácticos, el matrimonio franco-español podría realizar capitulaciones matrimoniales estableciendo, simplemente, que “*se encuentran sometidos al régimen económico matrimonial de separación de bienes*”. Este régimen, obviamente, debería resultar válido al amparo de, al menos, uno de los ordenamientos jurídicos previstos en el art. 9.3 Cc. Los problemas emergen cuando su validez cabe por varias de las conexiones previstas en la norma de conflicto, surgiendo pues el interrogante de saber qué ordenamiento jurídico regula las lagunas y problemas de interpretación emanados de dichas capitulaciones matrimoniales⁶⁰⁹. En este punto, la poca doctrina que se ha manifestado al respecto se encuentra dividida entre quienes entienden que las capitulaciones deberían estar reguladas por

⁶⁰⁹ Si bien estas situaciones serán extrañas en la práctica pues como indica ABARCA JUNCO, A.P.: “Los efectos...”, *op. cit.*, p. 134: “...en la gran mayoría de los casos, cuando las partes otorgan sus capitulaciones tienen presente una ley a la que éstas se conforman aun cuando no la expresen explícitamente, es decir, existe una opción por una de las leyes en presencia”. En el mismo sentido CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 146.

el derecho que menos formalidades exige para su validez, dado que la ley del contenido regula las condiciones formales que siempre deberán ser tenidas en cuenta en virtud del art. 11. 2 Cc⁶¹⁰, y los que arguyen que debe prevalecer la ley rectora de los efectos del matrimonio cuando sean varias las leyes competentes para regular los aspectos de fondo de las capitulaciones matrimoniales, por la función subsidiaria que desempeña el art. 9.2 Cc sobre las cuestiones no reguladas por el art. 9.3 Cc⁶¹¹.

3.4. Límites a la autonomía de la voluntad

3.4.1. Fraccionamiento o unidad de ley aplicable

En este punto se estudiará si la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra limitada a la elección por los cónyuges de una única ley aplicable para todas las unidades patrimoniales o relaciones jurídicas, o bien si la autonomía de la voluntad puede producir una fragmentación en la regulación del régimen económico matrimonial. En otras palabras, se pretende analizar si las partes pueden elegir varias de las leyes ofrecidas

⁶¹⁰ CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 172. En el mismo sentido, RDGRN núm. 4/2006, de 23 de noviembre (JUR 2008/112558), que aplica la ley “menos exigente en cuanto a las formalidades extrínsecas de las capitulaciones”.

⁶¹¹ FONTANELLAS MORELL, J.M.: “Reflexiones sobre el apartado 3...”, *op. cit.*, p. 370: “Ahora bien, en el caso de que éstos no resulten válidos con arreglo a la ley de los efectos, pero sí lo sean de conformidad con, como mínimo, dos de las otras leyes del art. 9.3 Cc, tiene que fijarse un orden de prioridad, de suerte que, a nuestro parecer, primeramente debe observarse el ordenamiento nacional común y, en su defecto, el de la residencia habitual común. A falta de una legislación compartida, si topan una de las leyes nacionales y una de las domiciliarias, aquélla goza de primacía, mientras que si los derechos validadores son los dos nacionales o los dos de la residencia habitual, es el operador jurídico el que deberá decidir qué ley, por presentar los vínculos más estrechos con el matrimonio regulado contractualmente, ha de ser aplicada”.

en la norma de conflicto para regular su régimen económico matrimonial (fraccionamiento o *depeçage*) o bien someter el conjunto del régimen económico matrimonial a una única ley. En vista de que la lectura del art. 9.3 Cc impide una irrefutable interpretación unitaria del precepto, se delimitarán las ventajas e inconvenientes de ambas posturas, para finalmente concluir sobre la conveniencia de una de ellas, si bien es necesario adelantar que ni existe unanimidad en la doctrina, ni existen pronunciamientos judiciales al respecto.

1) El fraccionamiento de ley aplicable al régimen económico matrimonial supone que sean varias leyes las que regulen los distintos aspectos jurídicos de las capitulaciones e implica el mayor grado de autonomía de la voluntad de los cónyuges. La doctrina partidaria de esta postura considera que el principio *favor validitatis* que emana del propio art. 9.3 Cc supone no que la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales deba predicarse de una sola de las leyes ofrecidas, sino que el amplio abanico de ordenamientos jurídicos brindados pueden ser combinados en aras de conseguir la validez del clausulado del acuerdo matrimonial⁶¹². Así, la propia intención del legislador de favorecer la validez de las capitulaciones explicaría que dicho fin pudiera lograrse mediante la aplicación conjunta de varias de las leyes señaladas. Con todo, el fraccionamiento de la ley aplicable debe limitarse a aquellos supuestos

⁶¹² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección de ley...*, *op. cit.*, p. 165; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico...*, *op. cit.*, pp. 64–68; GÓMEZ CAMPELO, E.: *Los regímenes matrimoniales en Europa...*, *op. cit.*, p. 99; RODRÍGUEZ RODRÍGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, *op. cit.*, p. 374; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 147; COSTAS RODAL, L.: “Comentario al art. 9.3 Cc”, *op. cit.*, p. 70 y FONTANELLAS MORELL, J.M.: “Reflexiones sobre el apartado 3...”, *op. cit.*, p. 364.

donde no se produzcan incoherencias entre las distintas cláusulas de las capitulaciones⁶¹³.

Por otro lado, algún autor, considera que la analogía entre las capitulaciones matrimoniales y las obligaciones contractuales, ámbito donde el fraccionamiento legal del contrato es totalmente posible, podría explicar otro argumento a favor del *depeçage*⁶¹⁴. Así, el art. 3.1 del Reglamento Roma I indica que las partes “*podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*”, permitiendo pues que los contratantes elijan distintas leyes estatales a distintas partes del contrato. Conforme a esta postura, si los cónyuges al realizar capitulaciones matrimoniales están haciendo uso de la autonomía de la voluntad conflictual, parece resultar lógico extender una de las características —el *depeçage*— emanada del sector — el de las obligaciones contractuales— donde la elección de ley aplicable representa un principio clave.

⁶¹³ AMORES CONRADI, “Efectos...”, *op. cit.*, p. 189, expone un ejemplo especialmente gráfico de la necesaria coherencia de los ordenamientos reguladores del régimen económico matrimonial: “Imagínese un matrimonio, el de X e Y, el que el ambos son nacionales del Estado A, pero residen habitualmente en el Estado B. Supóngase que en un determinado momento deciden modificar su régimen económico adoptad un determinado de imputación a la comunidad matrimonial de los frutos percibidos por los bienes privativos de cada cónyuge, régimen válido para la ley de B, pero prohibido por el ordenamiento de A. Pues bien, no parece tener mucho sentido que si el régimen de imputación de los frutos privativos se rige por la ley de B, la ulterior liquidación de la comunidad conyugal se practique conforme a la ley de A, pues es probable que la ley de B sólo admita ese régimen de imputación en la medida que regula la liquidación ulterior de la comunidad conyugal en un determinado sentido”

⁶¹⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección de ley...*, *op. cit.*, p. 165: “Apoya esta tesis el principio de *favor validitatis* que vertebrata el art. 9.3 Cc, así como la clara analogía con los contratos internacionales, donde la cuestión aparece tratada en sentido positivo”.

La coherencia con el resto de normas conflictuales del ordenamiento jurídico español también se ha empleado como tesis para la defensa del fraccionamiento por algunos autores, al afirmarse que potencia el acercamiento del estatuto real al patrimonial. Así, caso de estar regido cada bien inmueble de los cónyuges por la ley del lugar de su situación, se estaría produciendo una identidad de entre el contenido del art. 10.1 Cc, que predica la *lex rei sitae*, y el art. 9.3 Cc, que según esta hipótesis permitiría que el ordenamiento jurídico de situación de cada inmueble pudiera ser elegido por las partes para ser el encargado de su regulación⁶¹⁵.

La protección de los terceros, pese a ser también un fuerte argumento de los defensores de la unidad de ley aplicable, también ha sido considerada como ventaja derivada del propio *depeçage*⁶¹⁶. Así, teniendo en cuenta que la mayoría de sistemas de nuestro entorno atribuyen a la ley reguladora de los derechos reales las cuestiones sobre la publicidad de los actos de creación, alteración, transmisión o extinción de derechos sobre bienes inmuebles, resultaría bastante certero para los terceros consultar los Registros del lugar de situación de los bienes inmuebles en aras de averiguar el modo y grado de afectación de los mismos.

⁶¹⁵ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico...*, op. cit. p. 66.

⁶¹⁶ *Ibíd.*, p. 63: “Por ejemplo, un tercero contrata en España con un cónyuge alemán cuyo régimen económico está sometido a la ley alemana pero posee un inmueble en España. Puede ser más costoso para el tercero indagar cuál es el contenido de dicho régimen extranjero que si las cuestiones relativas al bien en España estuvieran sometidas a derecho español (posibilidad admitida en el art 15 EGBGB), de modo que coincidieran en una sola ley aplicable a estatuto patrimonial, real y publicidad registral”.

2) Por su parte, el criterio unitario de ley aplicable implica que la ley designada por los cónyuges rige el conjunto de disposiciones y bienes propios de la economía patrimonial de los cónyuges⁶¹⁷. La defensa de este principio podría articularse, primero, mediante el argumento histórico, por el cual la actual laguna jurídica acerca de la unidad o fraccionamiento de la ley aplicable debería ser cubierta mediante la continuidad de la anterior regulación, que en el ordenamiento jurídico español era la unidad de ley aplicable⁶¹⁸.

Las garantías ofrecidas para la protección de los terceros han sido igualmente uno de los argumentos empleados por la doctrina para el favorecimiento del criterio unitario⁶¹⁹. Conforme a esta hipótesis, para los terceros ofrecería mayor seguridad jurídica el hecho de que una sola ley regulara el entero régimen patrimonial de la pareja, no debiendo preocuparse los cónyuges pues en averiguar uno por uno el régimen de propiedad de cada uno de los bienes que componen la masa patrimonial de los cónyuges. El conocimiento del régimen económico matrimonial de los cónyuges con los que se contrata se puede extender pues al conjunto de sus bienes, y permanecerá en el tiempo sin perjuicio de futuras modificaciones.

⁶¹⁷ En la doctrina española defienden la unidad de ley aplicable AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, pp. 159–160; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENDO, S.: *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 446; IRIARTE ÁNGEL, J.L.: “Art. 9.3 Cc”, *op. cit.*, p. 142; AMORES CONRADI, M.A.: “Art. 9.3 cc”, *op. cit.*, p. 83; ABARCA JUNCO, A.P.: “Los efectos...”, *op. cit.*, p. 134; MOYA ESCUDERO, M. “Efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 158; DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...*, *op. cit.*, pp. 192–202 y GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J.: *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 433.

⁶¹⁸ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, *op. cit.*, p. 160

⁶¹⁹ AMORES CONRADI, M.A.: “Las relaciones entre cónyuges...”, *op. cit.*, p. 119.

Por otro lado, algunos autores entienden que la necesaria coordinación entre las normas sucesorias y las normas rectoras del régimen económico matrimonial exigen un tratamiento igualitario de ambas figuras, y por ello, el art. 9.8 Cc, que exige la unidad de ley a la sucesión internacional, extiende su imperatividad al art. 9.3 Cc⁶²⁰.

La unidad de ley aplicable se trata de un criterio que ofrece simplificación, seguridad y prudencia, que garantiza la ausencia de complicaciones en una supuesta liquidación del régimen económico matrimonial y además evita posibles incongruencias que podrían darse, caso de ser varias las leyes aplicables o designadas, ya que podrían darse situaciones donde los esposos estén sujetos a distintas leyes y, por tanto, a distintos regímenes matrimoniales inconciliables entre sí. Además, la consideración de una única ley como responsable de organizar todo el régimen económico matrimonial facilitaría la percepción del mismo como una unidad integradora sobre la que no cabrían comportamientos fraudulentos de los cónyuges⁶²¹.

Expuestos conceptualmente ambos criterios, puede concluirse la mejor conveniencia de la unidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial por diferentes razones.

Primero, porque no será necesaria la adaptación de distintos ordenamientos jurídicos, con lo que se evitarán los más que probables desajustes legales. Por tanto, se prescindiría del posterior proceso de adaptación entre cláusulas o bienes sometidos a ordenamientos jurídicos

⁶²⁰ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico...*, *op. cit.*, p. 62.

⁶²¹ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...*, *op. cit.*, pp. 195–196.

que de partida podrían resultar inconciliables. Más aún cuando ante situaciones de tal índole únicamente cabría adoptar tres posibilidades: declarar la invalidez del conjunto de las capitulaciones matrimoniales, aplicar el régimen legal previsto en el art. 9.2 Cc para las cuestiones que resulten controvertidas, o bien resolver las posibles incoherencias del modo que menos perjudique la voluntad original de las partes.

En segundo lugar, porque se reducirían los costes económicos para con los terceros por lo que respecta a la averiguación del concreto régimen económico que rige cada bien inmueble⁶²². Como se ha explicado, el sistema de publicidad del régimen económico en la UE se halla caracterizado por una falta de armonización y por la presencia de algunos sistemas bastante deficitarios para las situaciones internacionales, por lo que parece prudente no complicar el sistema mediante la aplicación de distintas leyes a los bienes de un mismo matrimonio.

Por último, se considera muy acertada la interpretación de los autores que entienden que el paralelismo entre el “contrato matrimonial” y la figura general del contrato no puede sostenerse, porque si bien tienen elementos comunes, los principios y valores representados por cada uno, son totalmente distintos. Así, los efectos patrimoniales del matrimonio forman parte del sector de derecho de familia, donde imperan intereses como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, la protección de la familia, la no discriminación por razón de sexo... El Reglamento Roma I, regulador de la ley aplicable a las obligaciones contractuales se aleja de estos ideales, buscando más bien favorecer la previsibilidad y seguridad

⁶²² *Ibid.*, p. 196.

jurídica en el comercio internacional, así como fomentar la creación de un autentico espacio jurídico europeo. Además, no debe olvidarse que el propio instrumento de la Unión Europea excluye de su ámbito de aplicación material las obligaciones derivadas de los regímenes económico matrimoniales (art. 1.2.c) Reglamento Roma I).

3.4.2. Mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales

La autonomía de la voluntad de la que disponen los cónyuges en aras de escoger un régimen económico matrimonial (autonomía material) o un ordenamiento jurídico aplicable (autonomía conflictual), supone una elección que los mismos realizan de acuerdo con una situación fáctica en un momento inicial determinado. Resulta necesario indagar si ante un cambio de dichas circunstancias, los cónyuges se encuentran habilitados para adaptar su vida matrimonial, en lo que supondría la elección de un nuevo régimen económico matrimonial o nueva ley aplicable al mismo. Se trata pues de analizar si la mutabilidad voluntaria⁶²³, tanto material como

⁶²³ La mutabilidad voluntaria no es el único tipo de circunstancia bajo la que se puede producir un cambio de régimen económico matrimonial o cambio de ley aplicable. Así, si se producen modificaciones de la normativa reguladora del régimen económico matrimonial, esto es, de las normas civiles de un ordenamiento jurídico, puede producirse un caso de mutabilidad material legal. Piénsese por ejemplo, en unas capitulaciones matrimoniales donde existe una remisión genérica a un ordenamiento, resultando pues de aplicación el régimen legal supletorio aplicable en el tal ordenamiento jurídico. Pues bien, si los cambios en el derecho material de referencia implican la sustitución del que hasta ahora era el régimen legal supletorio por otro distinto, entonces se estará produciendo un cambio automático de régimen económico. Por otro lado, también pueden producirse supuestos de mutabilidad conflictual automática, originados por el conflicto móvil. Se trataría de aquellos ordenamientos jurídicos donde el punto de conexión recogido en la norma de conflicto no se encuentra fijado en el tiempo, de suerte

conflictual, es posible y bajo qué límites. Para ello, se utilizará del esquema ofrecido al analizar los tipos de autonomía de la voluntad, a saber: autonomía de la voluntad material y autonomía de la voluntad conflictual.

1) Así, en primer lugar, si el deseo de los cónyuges se refiere únicamente al cambio de régimen económico matrimonial dentro del mismo ordenamiento jurídico de referencia, se produce un caso de mutabilidad material. Este cambio de régimen puede producirse tanto si los cónyuges no hicieron uso de la autonomía de la voluntad en un momento inicial (aplicándoseles pues el régimen legal supletorio que resultara de aplicación en el ordenamiento jurídico designado por la norma de conflicto del art. 9.2 Cc), como si se produjo una designación concreta del mismo (autonomía material) o una remisión genérica de ley aplicable (autonomía conflictual), en virtud del art. 9.3 Cc. Pues bien, parece lógico concluir que será el ordenamiento jurídico de referencia el que determine los límites y condiciones bajo los que se puede producir la designación de un nuevo régimen económico matrimonial⁶²⁴.

Los problemas emergerán cuando el régimen económico actual de los cónyuges se enmarque en un ordenamiento jurídico que no permite la

que los cambios en las circunstancias contenidas en el punto de conexión producirán cambios automáticos de ley aplicable.

⁶²⁴ ESPINAR VICENTE, J.M.: *El matrimonio y las familias...*, *op. cit.*, p. 308, "...en derecho internacional privado la mutabilidad del régimen sólo es posible en el contexto de una ley única. Una vez que se posee un régimen económico matrimonial regido por una ley concreta, se puede modificar, pero a condición de que se haga conforme a lo que exige esa ley concreta para poder considerar válida la capitulación otorgada".

mutabilidad de régimen económico matrimonial⁶²⁵. En principio, si la ley rectora no permite el cambio de régimen, éste no puede realizarse. No obstante, a la vista del ordenamiento jurídico español, este inconveniente puede salvarse para algunos autores, pues la especial redacción del art. 9.3 Cc, donde se consagra tanto la autonomía de la voluntad material como conflictual, permitiría llevar a cabo este cambio de régimen, siempre que la modificación fuera conforme a cualquiera de los ordenamientos previstos en la norma de conflicto. Aceptada esta hipótesis, lo que sí que parece claro es que las nuevas capitulaciones matrimoniales no serán válidas en aquellos ordenamientos jurídicos que no permitían tal cambio⁶²⁶.

En cualquier caso, la posibilidad comúnmente utilizada en el resto de ordenamientos jurídicos ante el impedimento de mutabilidad material sería la obtención de un cambio de régimen a través de una previa modificación del derecho designado por la norma de conflicto, es decir, vía mutabilidad conflictual voluntaria. Esto supondría que los cónyuges tendrían que designar, en primer lugar, una nueva ley aplicable de entre las previstas en la norma de conflicto, para posteriormente elegir uno de los regímenes matrimoniales previstos en el ordenamiento jurídico designado

⁶²⁵ Por ejemplo el portugués, cuyo art. 1714.1 Cc establece que: “Fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados”.

⁶²⁶ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 342 y ss; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección de ley...*, *op. cit.*, p. 171; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 147 y RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, *op. cit.*, p. 379.

a través de la norma de conflicto⁶²⁷. En este punto, la autonomía de la voluntad conflictual parece quebrar el límite impuesto por el derecho material sobre el impedimento de la modificación del régimen económico matrimonial, aunque obviamente esta posibilidad se sustenta por la presencia de un elemento de extranjería⁶²⁸.

2) Por su parte, la mutabilidad conflictual supone un cambio de ley aplicable a la validez de las capitulaciones matrimoniales, y puede venir acompañada de un cambio de régimen económico matrimonial - capitulaciones matrimoniales donde se designa un régimen económico matrimonial previsto en el nuevo ordenamiento jurídico, o capitulaciones matrimoniales con designación genérica de ley aplicable resultando que el régimen económico matrimonial supletorio del nuevo ordenamiento es distinto del inicial- o bien del mantenimiento del mismo en el nuevo ordenamiento jurídico -capitulaciones matrimoniales donde se designa el mismo régimen económico matrimonial pero bajo otra ley aplicable, o capitulaciones matrimoniales con designación genérica de ley aplicable, de suerte que el régimen legal supletorio es el mismo en el nuevo ordenamiento jurídico y el inicial-. En este tipo de supuestos deben diferenciarse con claridad el ordenamiento de origen, cuya normativa de Derecho internacional privado debe prever el cambio de ley aplicable, y el

⁶²⁷ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 340; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico ...*, *op. cit.*, p. 88.

⁶²⁸ ESPLUGUES MOTA, C.: "Régimen jurídico de la contratación en el derecho del comercio internacional" en ESPLUGUES MOTA (coord.), *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 38–39: "La autonomía conflictual presupone y supera a la material: quien tiene capacidad para vincular un contrato con un ordenamiento– autonomía conflictual. Tiene con posterioridad, plena capacidad para, dentro de los límites fijados por dicho ordenamiento, configurar el clausulado del contrato–autonomía material-."

ordenamiento receptor que establecerá las condiciones necesarias para la validez de las nuevas capitulaciones matrimoniales⁶²⁹.

En relación con el cambio de régimen o ley aplicable resulta también interesante plantearse los efectos temporales de dicha modificación, esto es, si el nuevo régimen o ley rectora se aplica con carácter retroactivo. A la vista de que el art. 9.3 Cc guarda silencio en este punto, parece lógico entender que será la propia voluntad de los cónyuges la que determine la extensión temporal de sus efectos. En el caso de que los cónyuges no acuerden nada sobre este punto, podría entenderse que será la ley rectora elegida por las partes la que determine la posible retroacción de sus efectos. Por tanto, se propone atender a la voluntad de las partes y subsidiariamente a las normas civiles sobre retroactividad en el ordenamiento regulador de las relaciones patrimoniales⁶³⁰.

Por último, es necesario señalar que el art. 9.3 Cc tampoco contiene ninguna cláusula específica de protección de terceros ante posibles modificaciones de los pactos o capitulaciones. En este punto, la doctrina parece decantarse por atender a la regulación que respecto de la protección de terceros contenga la ley rectora de los pactos o capitulaciones matrimoniales⁶³¹. Los problemas surgen cuando la ley material aplicable no disponga ningún tipo de protección, pues aquellos terceros que posean

⁶²⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico...*, *op. cit.*, p. 91: “Es decir, la mutabilidad se determina conforme al derecho que se abandona, pero el nuevo ordenamiento debe aceptar el cambio y puede imponer además sus normas de protección del tráfico jurídico”.

⁶³⁰ *Ibíd.*, p. 92.

⁶³¹ AMORES CONRADI, M.A.: “Artículo 9...”, *op. cit.*, p. 194; DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...**op. cit.*, p. 393 y BORRAS, A.: “No discriminación...”, *op. cit.*, p. 241.

derechos adquiridos bajo el anterior régimen económico o ley aplicable se encontrarían virtualmente desprovistos de toda protección.

Este inconveniente se habría podido solucionar si las enmiendas presentadas por CIU o GSNV⁶³², con ocasión de los debates parlamentarios de la Ley reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, donde se proponía agregar a la norma de conflicto que “*el cambio de ley aplicable no afectará a los derechos válidamente adquiridos por terceros*”, hubieran prosperado. Así, estas enmiendas fueron rechazadas por considerarse, de modo erróneo, que su contenido era repetitivo respecto del establecido en el art. 1317 Cc. El legislador pareció olvidar que lo establecido en el artículo del código civil español únicamente resulta de aplicación si la ley elegida por las partes es la española, pero no es operativo cuando el ordenamiento aplicable sea otro diferente. Falta pues en la norma de conflicto alguna mención que salvaguarde la posición de los terceros cuando se produce un cambio de régimen o ley aplicable en el tráfico internacional. Esta ausencia es fuertemente criticada por la doctrina, observándose con cierto recelo la norma de conflicto alemana del art. 16.2 del Código civil alemán, precepto que protege a los terceros de buena fe mediante la aplicación automática de las disposiciones sobre protección de terceros existentes en la legislación material alemana, siempre que el ordenamiento extranjero aplicable sea menos beneficioso para ellos⁶³³.

⁶³² Enmiendas nº 13 y 17 BOCG: III B-2 (c) p. 10 y 11.

⁶³³ BORRAS, A.: “No discriminación...”, *op. cit.* p. 241.

3.5. Publicidad de las capitulaciones matrimoniales

3.5.1. Introducción

Determinado el régimen jurídico de las capitulaciones matrimoniales aflora la cuestión de su publicación en Registros oficiales para otorgar la debida protección a terceros de buena fe⁶³⁴. Así, toda persona que contrata con persona casada está interesada en conocer desde un primer momento si las deudas contraídas por uno de los cónyuges vincularían al otro, y caso de ser así, en qué proporción y sobre qué bienes.

Ante el silencio legal, esto es, ante la ausencia de normas de Derecho internacional privado español sobre la publicidad del régimen económico matrimonial, es ya doctrina consolidada la consideración de la ley reguladora del contenido de las capitulaciones matrimoniales como ley más apropiada para determinar la exigencia de publicación de las mismas⁶³⁵. Con todo, esta necesidad de publicación nada tiene que ver con

⁶³⁴ En ese punto, se entiende por terceros “aquellos que tengan alguna relación con los bienes de los cónyuges y por consiguiente no sólo los adquirentes de los mismos, sino también los acreedores personales” (LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Los regímenes económicos matrimoniales y la publicidad registral”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 463, 1963, p. 594) y por buena fe, que los terceros no conocieran en defecto de publicidad, la ley aplicable al régimen económico matrimonial o las capitulaciones otorgadas (en palabras de DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 392: “...debe aceptarse como condición de oponibilidad, el obligado conocimiento de los terceros en cuanto que conocían o debían de conocer la ley aplicable al régimen o el pacto o capitulaciones celebradas. A este conocimiento podrán llegar porque así, lo habían hecho saber los cónyuges o por otros medios directos que generaran ese saber”).

⁶³⁵ *Vid.* por todos, AMORES CONRADÍ, “Efectos...”, *op. cit.*, p. 191. De una opinión distinta, aunque respecto de la anterior regulación del Código Civil, GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J.L., “La publicidad de las capitulaciones matrimoniales en el derecho internacional privado”, *RCDI*, 1979–II, p. 770, que propone la consideración del art. 9.2 Cc y MOYA ESCUDERO, M., “Efectos del matrimonio”, *op. cit.*, pp. 154–155, que sugiere la aplicación de la *lex rei sitae*.

la validez propia de las capitulaciones, sino con el despliegue total de sus efectos⁶³⁶.

Por otro lado, debe atenderse a la ley del lugar de situación del Registro, que determinará la modalidad de acceso al mismo. Coincidimos con el grupo de autores que consideran que esta ley será la verdaderamente trascendente, pues la publicidad de las capitulaciones no busca otra cosa que su oponibilidad frente a terceros, algo que sólo será posible, siguiendo la extensión territorial de la publicidad registral, en el territorio del Estado de situación del Registro. Por tanto, debe decidirse ante qué terceros se desea imponer el régimen matrimonial, para después proceder a la inscripción en el Registro correspondiente⁶³⁷.

Si se desea obtener protección frente a terceros españoles, deberá procederse pues a la inscripción en los Registros españoles previstos para tal fin. Ante la constatación de que no existe un registro único para inscripción de capitulaciones, deberá determinarse el acceso a los competentes en esta materia: el Registro civil, el Registro de la propiedad y el Registro Mercantil. No obstante, de antemano se puede afirmar que dos de ellos —el Registro de la propiedad y el Registro Mercantil— no son medios aptos para lograr la publicidad de las capitulaciones

⁶³⁶ Así, como indica la STS de 6 de junio de 1994 (RJ 1994\4585), “...la validez de las capitulaciones dependen de su constancia en escritura pública, de manera que tal requisito se erige en forma «ad solemnitatum» y no meramente en forma «ad probationem» y su eficacia y oponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil...”.

⁶³⁷ DIAGO DIAGO, M.P.: “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en derecho internacional privado español”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2067–2068, 2008, p. 2779; MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 160; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 150 y RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, *op. cit.*, p. 384.

matrimoniales, pues el primero de ellos es un Registro creado para la publicidad de derechos sobre bienes inmuebles, y el segundo es un registro facultativo para comerciantes, propio para dar publicidad a actos con trascendencia en el tráfico mercantil. Por ello, no es descabellado afirmar que en España, el Registro propio de publicación de las capitulaciones matrimoniales es el Registro Civil, pese a no tratarse de un Registro *ad hoc*, y estar rodeado de numerosos problemas prácticos⁶³⁸.

3.5.2. La publicidad en el Registro civil

En primer lugar, el Registro Civil, encargado de inmatricular los hechos concernientes al estado civil de las personas, contiene una previsión referente a la inscripción del régimen económico matrimonial (art. 1333 Cc). De este modo, toda inscripción del matrimonio deberá incluir una mención sobre las capitulaciones matrimoniales, en caso de haberse otorgadas.

Entendido pues que la inscripción de las capitulaciones matrimoniales debe venir precedida de la inscripción del matrimonio, se planteará como punto de partida qué matrimonios tienen acceso al Registro Civil español. Pues bien, conforme al art. 15.1 LRC deberán inscribirse en el Registro civil los matrimonios celebrados en España, y los matrimonios celebrados en el extranjero cuando al menos participe un español. Por tanto, parece que no tienen acceso al Registro Civil español

⁶³⁸ DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 789, 2005, p. 811.

los matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros, como parece defender la DGRN⁶³⁹. No obstante, algunos autores entienden que, al amparo del art. 15.2 LRC, sí se permitiría la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros⁶⁴⁰, porque la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español es necesaria para la mención de las capitulaciones al margen de la hoja del mismo, lo que a su vez sirve de base para la inscripción de las mismas en cualquier otro Registro, conforme al art. 266. 6º párrafo RRC.

Inscrito el matrimonio, la primera cuestión a plantearse hace referencia a si la inscripción del régimen económico matrimonial en el Registro Civil es preceptiva o facultativa. En este punto no existe una respuesta clara, pues mientras el art. 1333 Cc parece expresar su obligatoriedad (“*se hará mención*”), el art. 77 LRC parece ser un precepto más bien facultativo (“*podrá hacerse mención*”). Además, el art. 266. 2º párrafo del RRC hace depender las indicaciones registrales sobre el régimen económico matrimonial de la voluntad de los interesados, lo cual parece apuntar a su voluntariedad. Toda esta diversidad terminológica ha abierto un importante debate.

Así, un primer sector doctrinal arguye que la posterior redacción del art. 1333 Cc, modifica indirectamente la voluntariedad de los preceptos del RRC y LRC, deduciéndose del cambio de redacción del primero de

⁶³⁹ RDGRN de 6 noviembre de 2002 (RJ 2003/444), RDGRN de 9 enero de 2008 (RJ 2008/2090).

⁶⁴⁰ MOYA ESCUDERO, M.: “Efectos...”, *op. cit.*, p. 160 y RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, *op. cit.*, p. 394.

ellos una muestra evidente de la voluntad de cambio del legislador⁶⁴¹. Por otro lado, otros autores entienden que la publicidad de las capitulaciones es facultativa por no tratarse de un requisito de carácter constitutivo, sino del medio adecuado para que las capitulaciones desplieguen todos sus efectos, como es la oponibilidad frente a terceros⁶⁴².

La polémica parece más suavizada a la vista de las resoluciones de órganos judiciales y no judiciales, existiendo unanimidad tanto por parte de la DGRN⁶⁴³ como por los órganos judiciales⁶⁴⁴, a excepción de una sentencia aislada del Tribunal Supremo⁶⁴⁵, respecto de la consideración de

⁶⁴¹ Forman parte de este grupo CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, Tomo V, vol. I, Reus, Madrid, 11º ed., 1987, pp. 329 y ss. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977-I, p. 84.

⁶⁴² AMORÓS GUARDIOLA, M.: “Comentarios al artículo 1.333 del Código Civil”, en AA.VV: *Comentarios a la reforma de derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1561.; MORA MATEO, J.E.: “Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones”, *Revista General de Derecho*, núm. 636, septiembre de 1997, p. 10335; MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “Comentario al art. 1.333 Cc” en SIERRA GIL DE LA CUESTA (dir.): *Comentario del Código Civil*, Tomo VII, Bosch, Barcelona, 2000, p. 50 y LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Los regímenes...”, *op. cit.*, p. 606.

⁶⁴³ Entre otras, y como ejemplos más recientes: Resolución 1 de septiembre de 2009 (JUR 2010\352996) y Resolución de 12 de marzo de 2008 (JUR 2009\214901): “Se trata de asientos que se extienden a instancia del interesado (cfr. art. 266.II RRC) y con carácter voluntario, pese a los términos imperativos de los artículos que se refieren a ellas (cfr. art. 1333 CC y 266 RRC) términos, que la doctrina interpreta y justifica en el sentido de que constituyen requisito necesario para que las capitulaciones puedan producir efectos respecto de terceras personas (cfr. art. 77 LRC), obteniendo a través del Registro la publicidad necesaria a tal efecto”.

⁶⁴⁴ *Vid.*, entre otras, STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998\1042), inspiradora de diversas sentencias de las Audiencias Provinciales (SAP Tenerife 29 octubre de 2008 (AC 2008/2122), SAP Pontevedra 14 enero de 2010 (JUR 2010/83212), SAP Asturias 5 octubre 2009 JUR (2009\469810), SAP Almería 17 abril 2009 (JUR 2009\272940).

⁶⁴⁵ STS de 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6799): “...la mención facultativa, al margen de la inscripción de matrimonio, autorizada por el artículo 77 de la Ley del

su voluntariedad. Con todo, se espera que con la entrada en vigor de la nueva ley del Registro Civil (*Ley 20/2011, de 11 de julio de 2011*⁶⁴⁶), que sí exige expresamente la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil en su art. 60, se zanje cualquier tipo de debate acerca de esta cuestión⁶⁴⁷.

Su voluntariedad no es el único problema, pues además tanto con el término “*indicación*” (art. 266. 4º párrafo RRC y art. 77 LRC) como con “*mención*” (art. 1333 Cc) únicamente se hace referencia a la denominación del régimen económico matrimonial pero no al concreto contenido del mismo, ni a las peculiaridades que pudiera poseer⁶⁴⁸. Para conocerlo, conforme al art. 266. 8º RRC deberá acudir a lo previsto en la legislación notarial, que regula los supuestos en los que un interesado podrá obtener copia de una escritura pública, en este caso la escritura de las capitulaciones matrimoniales.

Pues bien, conforme al art. 224 RN podrán obtener copia aquellos que acrediten “*tener un interés legítimo*”, es decir, quienes acrediten ser

Registro Civil se ha transformado en imperativa a virtud de la norma del artículo 1333 del Código Civil...”

⁶⁴⁶ BOE núm. 175, de 2 de julio de 2011. Recuérdese que el Real Decreto-Ley 8/2014 de 4 de julio de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE núm. 163, de 5 de julio de 2014) y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad (BOE núm. 252, de 17 de octubre de 2014) y la eficiencia han prorrogado la entrada en vigor de dicha ley hasta el 15 de julio de 2015.

⁶⁴⁷ En este sentido, *vid.*: ESPINAR VICENTE, J.M.: “Algunas reflexiones sobre la nueva ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7771, 2012, pp. 1–13 y LINACERO DE LA FUENTE, M.: “El nuevo modelo de Registro Civil del siglo XXI”, *Diario La Ley*, núm. 7771, 2012, pp. 1–13.

⁶⁴⁸ RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial...”, *op. cit.*, p. 394.

titulares de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges⁶⁴⁹.

Por último, cabría plantearse qué capitulaciones matrimoniales tienen acceso al Registro civil, esto es, si únicamente pueden inscribirse las capitulaciones matrimoniales otorgadas en España o también las otorgadas en el extranjero. Pues bien, la respuesta debe ser positiva, es decir, se podrán inscribir en el Registro civil español las capitulaciones matrimoniales autorizadas por fedatario extranjero, siempre que se cumplan determinados requisitos (art. 81 RRC)⁶⁵⁰.

En primer lugar, deberán verificarse ciertas exigencias formales, como son la legalización (art. 88 RRC) o apostilla (Convenio de la Haya de 6 de octubre de 1961) de las capitulaciones matrimoniales, así como su traducción a lengua española o lengua oficial propia de la Comunidad autónoma (art. 144 LEC).

En segundo lugar, es necesario que las funciones realizadas por el fedatario extranjero sean equivalentes a las del fedatario español. Tradicionalmente se han distinguido entre dos sistemas notariales, el sajón y el latino. Mientras que la función de los primeros es simplemente controlar la validez y equivalencia de las firmas de los contratantes, los segundos realizan un control exhaustivo de la legalidad en aras de asegurar que la escritura se encuentra conforme con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico. Es por ello que sólo accederán

⁶⁴⁹ Vid. por todos DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de derecho civil*. Vol. IV, Tecnos, Madrid, 11º ed. 2013, pp. 155-156.

⁶⁵⁰ RDGRN 23 noviembre 2006 (JUR 2008\112558) y RDGRN 25 septiembre 2007 (JUR 2007\315032).

al Registro Civil aquellos documentos públicos emitidos por una autoridad extranjera que realice funciones similares al notario español, pues es ésta quien verdaderamente reúne las aptitudes necesarias para asegurar dicho control de legalidad.

Por último, deberá realizarse un control de validez de las capitulaciones matrimoniales contenidas en el documento extranjero. Conforme al art. 12.6 CC, los tribunales y autoridades— tanto judiciales, como extrajudiciales— aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español, por lo que las capitulaciones matrimoniales deberán ser válidas con arreglo a las leyes designadas por las normas de Derecho internacional privado español relativas a la capacidad de los otorgantes (art. 9.1 Cc), a la forma (art. 11 Cc) y al fondo del acto capitular (art. 9.3 Cc) y no lesivas del orden público español (art. 12.3 Cc).

Realizado el examen de estos requisitos con resultado satisfactorio, nada obsta para la eficacia extraterritorial del documento público extranjero, no existiendo ningún precepto ni en el Código Civil ni en la legislación sobre Registro Civil, que exija para la constancia en el Registro Civil español del régimen económico matrimonial pactado, que las capitulaciones estén formalizadas en escritura pública autorizadas por notario español.

3.5.3. La publicidad en el Registro de la Propiedad

En relación con el Registro de la propiedad, se parte de lo establecido en el art. 75 Reglamento Hipotecario y el art. 1333 Cc, que prevén la inscripción en dicho Registro de las capitulaciones

matrimoniales relacionadas con los derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España. Es necesario resaltar que no se trata de un registro específico para las capitulaciones matrimoniales, sino de un medio indirecto de dar publicidad a las mismas, cuando éstas afecten a bienes inmuebles, provocando una insuficiencia que ha sido sostenida por la mayoría de la doctrina⁶⁵¹.

Del mismo modo que la inscripción en el Registro civil, resulta controvertida la cuestión de la posible obligatoriedad de su utilización, al parecer inducir a confusión los términos empleados en el Código Civil (“*se tomará razón*”) en contraposición con los del Reglamento Hipotecario (“*serán inscribibles*”), optando la mayor parte de la doctrina por la voluntariedad de la inscripción⁶⁵².

La inscripción en el Registro de la Propiedad debe coordinarse con la inscripción en el Registro civil, pues se exige con carácter previo la inscripción en éste último, conforme al art. 266. 6º RRC⁶⁵³. Resultan de

⁶⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Los regímenes...”, *op. cit.*, p. 594–595; DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “La publicidad del régimen económico...”, *op. cit.*, p. 813; LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La publicidad del régimen económico matrimonial”, *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 367 y ROJAS MONTES, L.: “Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVI, 1987, p. 319

⁶⁵² PRESA DE LA CUESTA, A.: “Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 662, 2000, p. 1223; DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 432; MORA MATEO, J.E.: “Publicidad del cambio...”, *op. cit.*, p. 10339 y FEMENÍA LÓPEZ, p. J.: “De las capitulaciones matrimoniales”, en RAMS ALBESA, J y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coords.): *El régimen económico del matrimonio: (comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 154.

⁶⁵³ Las capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro Civil, pero sin constancia alguna en el Registro de la Propiedad por lo que a bienes inmuebles respecta, no podrán

aplicación en consecuencia las prevenciones y observaciones realizadas anteriormente, en particular lo referido a la celebración de los matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros. Si la DGRN excluía la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil, también tendrían éstas vedado el acceso al Registro de la Propiedad, por aplicación del art. 266.6º párrafo RRC. No obstante, y con una cierta incongruencia argumentativa, la DGRN admite esta inscripción en el Registro de la Propiedad, alegando que “*la solución contraria conduciría a resultados no razonables y gravemente perjudiciales para la seguridad jurídica en general y la del tráfico en particular*”⁶⁵⁴.

3.5.4. *La publicidad en el Registro Mercantil*

Por su parte, el Registro Mercantil se utiliza para dar publicidad al régimen económico matrimonial cuando al menos uno de ambos cónyuges sea comerciante. Así, en la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán las capitulaciones matrimoniales que éste hubiera podido otorgar (art. 22. Ccom, art. 87.6 y art. 92 RRM).

ser opuestas a terceros. En estos casos, la jurisprudencia exige la inscripción en el Registro de la propiedad, no siendo suficiente la inscripción en el Registro Civil. En este sentido, siendo así doctrina consolidada por nuestro más alto Tribunal (STS de 6 de junio de 1994 (RJ 1994/4585), STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998\1042), STS de 5 de junio de 1999 (RJ 1999/4244) y STS 15 de junio 2005 (RJ 2005/4282), así como por las Audiencias Provinciales (*vid.* entre otras AP Madrid 16 de julio de 2010 (JUR 2010/31011), AP Almería 17 de abril de 2009 (JUR 2009/272940), AP Tenerife 29 octubre de 2008 (AC 2008/2122), AP Vizcaya 27 de julio de 2007 (AC 2008/758), AP Valladolid 29 de septiembre de 2005 (JUR 2006/36781), AP Pontevedra de 8 de enero de 2003 (JUR 2003/108347), AP Tenerife de 25 de mayo de 2001 (JUR 2001/260856), AP Asturias (JUR 2001/725768).

⁶⁵⁴ RDGRN de 9 enero de 2008 (RJ 2008/2090).

Se trata de un Registro de carácter voluntario en virtud del art. 19 del Ccom, que indica el carácter facultativo para los empresarios de su inscripción en el Registro Mercantil, a excepción del naviero. Siendo tal inscripción voluntaria también lo será, en definitiva, la publicidad en tal Registro de la capitulaciones matrimoniales. Es aquí donde la utilidad del mencionado Registro parece ponerse en entredicho, pues el hecho de que no figuren capitulaciones matrimoniales en el mismo no significa ni que los cónyuges no hayan pactado ni que se encuentren sometidos al régimen legal subsidiario⁶⁵⁵.

Superada esta cuestión y caso de haberse hecho uso de esta potestad, cabe considerar el art. 21 del CCom, donde se indica que los actos publicados en el Boletín Oficial del Registro Mercantil podrán ser oponibles a terceros. Se trata, pues, de un medio voluntario, pero que en caso de utilizarse, parece permitir la extensión de sus efectos a cualquier persona que contratante con alguno de los cónyuges en virtud de su posición de comerciante. ¿Significa esto que las capitulaciones matrimoniales no publicadas en el BORME no puede ser oponibles frente a terceros? La coordinación entre el Registro Civil y el Registro Mercantil, con obligada inscripción en el primero de ellos (266.6º párrafo RRC), nos abre un doble escenario. Así, podría plantearse un primer caso de capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro Civil, pero no en el Mercantil, encontrándose en este punto la doctrina dividida entre quienes entienden que la especialidad del Registro mercantil obliga a su

⁶⁵⁵ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones...*, op. cit., p. 438.

inscripción para ser impuestas a terceros⁶⁵⁶ y quienes sostienen que la voluntariedad de tal inscripción supone que la publicidad en el Registro Civil es suficiente para su oponibilidad⁶⁵⁷. Más difícil parece el caso de capitulaciones que sin constar en el Registro Civil han tenido acceso al Registro Mercantil, en vista de la imperatividad del art. 266. 6º párrafo RRC, aunque algunos autores consideran que incluso en esos casos las capitulaciones gozan de plena eficacia frente a terceros⁶⁵⁸.

Por último, si fueran cónyuges extranjeros, con capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero, quienes desearan ejercer su

⁶⁵⁶ SANZ VIOLA, A.M.: “El régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 662, 2000, p. 3392 “...si el hecho modificativo del régimen económico de un empresario aparece indicado en el Registro Civil, pero no está inscrito en el Registro Mercantil surge la siguiente duda: ¿será oponible frente al tercero de buena fe? Conforme al principio de especialidad de la publicidad mercantil, la contestación debe ser negativa, ya que habrá que dar preferencia al sistema de publicidad mercantil en todo lo referente al tráfico mercantil...”. Del mismo modo, SOTO BISQUERT, A., “La publicidad del régimen matrimonial de bienes” *Revista de derecho privado*, 1967, p. 536.

⁶⁵⁷ MORA MATEO, J.E.: “Publicidad del cambio...”, *op. cit.*, p. 10348 “De ello se infiere que, en tal caso, no se generan los efectos de inoponibilidad previstos en la ley mercantil, sino que serán oponibles en cuando consten indicadas en el Registro Civil Esta es pues una diferencia sustancial, entre el sistema de publicidad hipotecario y el mercantil” y MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 548, Enero – Febrero 1982, p. 54 “...al tratarse de una mención potestativa no parece que su omisión determine la inoponibilidad del régimen conyugal a terceros...” y “De este modo si el tercero quiere saber con certeza cuál es el régimen de bienes que gobierna el matrimonio de un comerciante casado tendrá que ampararse en el régimen del Registro Civil” y ROJAS MONTES, L.: “Efectos frente a terceros...”, *op. cit.*, p. 320: “Si las capitulaciones matrimoniales estuviesen constatadas en cada uno de los tres registros indicados con fechas distintas, los efectos frente a terceros habrían de referirse a la fecha del Registro Civil que es el apto para la publicidad del régimen económico del matrimonio”.

⁶⁵⁸ SOTO BISQUERT, A., “La publicidad del régimen...”, *op. cit.* p. 526: “Todo esto supone una excepción a la regulación general del Código Civil, ya que, sin perjuicio de que las capitulaciones deban estar extendidas en la forma exigida, la inscripción en el Registro Mercantil determina su eficacia respecto de terceros en los términos expresados, aun cuando no figuren inscritas en el Registro de la Propiedad y aunque, tratándose de alteraciones, no se hubiera practicado la nota en el protocolo notarial”.

*Sobre la diversidad de normas de conflicto aplicables al régimen económico matrimonial
en los Estados miembro de la Unión Europea*

actividad comercial en España (art. 15 Ccom), se requiere igualmente la inscripción previa de las mismas en el Registro Civil (art. 92 RRM), de nuevo, con incertidumbre que rodea al art. 15.2 LRC.

CAPÍTULO 3. DESCRIPCIÓN DE PROBLEMAS Y SOLUCIONES EXISTENTES EN LA ACTUALIDAD EN LOS ESTADOS MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. Consideraciones previas

La situación descrita en los capítulos 1 y 2 al examinar la diversidad de los regímenes económico matrimoniales en derecho sustantivo y las normas de conflicto aplicables evidencia una enorme heterogeneidad, en tanto se parte de concepciones muy diversas para regular el tratamiento del régimen económico matrimonial. A este enfoque global se suman, en muchos casos, los problemas relacionados con la aplicación de la propia norma de conflicto, de origen estatal o convencional, y el concreto régimen económico matrimonial secundario elegido por los cónyuges o que resulta de aplicación con carácter legal, y que han tratado de ser resueltos por la doctrina y la jurisprudencia en cada Estado miembro.

La enorme variedad jurídica se refiere, en primer lugar, a la diferente percepción que los Estados miembro de tradición civilista tienen del fenómeno del régimen económico matrimonial en comparación con el *Common law* de Inglaterra y Gales. Sin embargo, incluso en la familia jurídica del *Civil law* se aprecia una realidad compleja y polimorfa, no sólo en relación con los distintos niveles y múltiples singularidades con las que se puede ejercer la autonomía de la voluntad, sino también por las características propias que rodean a los regímenes de tipo comunitario, de participación o de separación, en particular, en cuanto a la composición, administración y distribución del patrimonio de cada uno de ellos.

Del mismo modo, la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial se lleva a cabo de forma muy discontinua: en este sentido, algunos Estados miembro permiten la autonomía de la voluntad conflictual, mientras que en otros, los cónyuges no pueden elegir el ordenamiento regulador. Por otro lado, los criterios objetivos en ausencia de elección de ley aplicable oscilan entre la nacionalidad o la residencia habitual común de los cónyuges, existiendo una gran diferenciación en cuanto al momento en que son fijados en la norma de conflicto. Asimismo, algunos Estados miembro, en aras de proteger al principio de proximidad, permiten la mutabilidad automática del ordenamiento regulador de las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

La situación actual, a falta de una regulación común hasta la fecha, bien en el plano conflictual, bien en el plano sustantivo, genera un conjunto de problemas que tienen una especial incidencia en el seno de la Unión Europea (II) y que pueden clasificarse, en particular, atendiendo a la actitud que los propios cónyuges pueden tomar frente a ellos, a saber, adoptando un papel activo *-forum shopping y law shopping-* o pasivo *-inseguridad jurídica en cuanto al régimen económico matrimonial-*.

La existencia de estos problemas puede resultar contraria a la libre circulación de personas en la Unión Europea (art. 21 TFUE)⁶⁵⁹ y atentar contra la confianza de los ciudadanos europeos sobre el funcionamiento

⁶⁵⁹ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo..., *op. cit.*, p. 5: “Como el derecho material, las reglas nacionales de derecho internacional privado aplicables a los derechos de propiedad de las parejas internacionales varían considerablemente de un Estado miembro a otro. Esta situación priva a las parejas que han decidido ejercer su derecho de libre circulación de una seguridad jurídica adecuada”.

del mercado interior⁶⁶⁰. Además, la diferenciación conflictual y material no favorece el mantenimiento y desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 67.1 TFUE), ámbito donde la cooperación judicial civil (art. 81.1 TFUE) se antoja como una de sus piezas angulares. Los problemas detectados tienen fundamentalmente su origen en la falta de “*compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembro en materia de conflicto de leyes*” (art. 81.2.c) TFUE), que son una de las medidas recogidas en el Tratado como necesarias para el desarrollo de la cooperación judicial civil, y por tanto se podría afirmar que se estaría afectado a uno de los principios básicos en la Unión Europea⁶⁶¹.

Estos problemas han intentado ser solucionados tanto desde una perspectiva material como desde una vertiente conflictual (III). En la primera de ellas, destacan el Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial (III.1.1.) y los principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los

⁶⁶⁰ Vid. el documento de trabajo de la Comisión Resumen de la evaluación del impacto del impacto (SEC (2011) 328 final) que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo..., *op. cit.*, p. 8”: “Si no se resuelven los problemas actuales, la confianza en el mercado interior y el espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores de la UE, puede resultar menoscabada”.

⁶⁶¹ En este sentido, vid. MEEUSEN, J.: “Public policy in European private international law: In response to the contribution of Professor Th. M. de Boer on Unwelcome foreign law”, en MALATESTA, A., BARIATTI, S. Y POCAR, F. (eds.): *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, Cedam, Padova, 2008, p. 335, que señala que la libre circulación de personas puede resultar impedida si la norma de conflicto o el derecho designado por la misma resultan discriminatorios *vis a vis* frente a los ciudadanos de otros Estados miembro. De opinión contraria, DE BOER, T.: “Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community”, *Ibid.*, p. 329, que considera que la movilidad de los ciudadanos sólo puede impedirse mediante el rechazo al reconocimiento de una determinada situación legal válidamente creada en otro Estado miembro.

cónyuges (III.1.2.), que pretenden unificar y/o armonizar el derecho sustantivo que rige los efectos patrimoniales del matrimonio. Por otra parte, el Convenio La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales 1978 es el único instrumento disponible actualmente desde el punto de vista de la unificación conflictual de la materia (III.2).

Los instrumentos unificadores o armonizadores de los regímenes económico matrimoniales que pretenden poner fin a tales problemas provienen, hasta el momento, de instituciones distintas a la Unión Europea, lo que se explica por una doble razón.

En primer lugar, en la actualidad, ningún instrumento de la Unión Europea incluye en su ámbito de aplicación el régimen económico matrimonial. Por tanto, la ley aplicable al régimen económico matrimonial –como el sector de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones- no se encuentra unificada en el marco del Derecho internacional privado europeo, resultando de aplicación las normas de conflicto de cada Estado miembro, de origen estatal o convencional. Esta situación, empero, y como se verá en el capítulo 4, parece estar en vías de alteración.

Por otro lado, en relación con las soluciones ofrecidas en el plano material o sustantivo en materia de régimen económico matrimonial, debe partirse de la premisa de que, en principio, la Unión Europea carece de competencia para la armonización y unificación del derecho sustantivo de familia de los Estados miembro, por tratarse de una materia excluida de

los Tratados⁶⁶². Esta área está considerada por la doctrina mayoritaria como competencia legislativa exclusiva de cada Estado miembro⁶⁶³ y por tanto no se esperan soluciones ofrecidas estrictamente en el plano material, sin perjuicio de la posibilidad de creación de un instrumento opcional europeo de derecho de familia, como se analizará en la parte final del capítulo 4.

⁶⁶² Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo..., *op. cit.*, p. 6: “la segunda solución consistiría en armonizar el Derecho material que rige los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas. No obstante, semejante enfoque queda excluido por los Tratados, que no otorgan a la Unión competencias en ese ámbito ni, por otra parte, en cuanto a las formas de unión que dan origen a esas relaciones, a saber, el matrimonio y la unión registrada”.

⁶⁶³ MARTINY, D.: “Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?”, en AA.VV: *Towards a European civil code*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 436: “One cannot maintain that personal status or the marital property relationship between spouses directly impacts the ‘proper functioning of the internal market’ and, therefore, that a harmonization is necessary. The only provisions in the Treaty which at present could conceivably form the basis for a further unification of family law are those regarding cooperation in judicial and legal matters (Art. 81 TFEU)”. Además, *vid.* JÄNTERÄ JAREBORG, M.: “Unification of international family law in Europe – A critical perspective”, en BOELE–WOELKI, K. (ed.): *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2003, p. 195; PINTENS, W.: “Europeanisation of family law”, *Ibid.*, p. 22; TENREIRO, M. y EKSTRÖM, M.: “Unification of private international law in family matters within the European Union”, *Ibid.*, p. 186; TOMASI, L., RICCI, C. y BARIATTI, S.: “Characterization in family matters for purposes of European private international law”, en MEEUSEN, M., PERTEGÁS, G., STRAETMANS, G. Y SWENNEN, F. (eds.): *International family law for the European Union*, Intersentia, Antwerp, 2007, p. 341 y BOELE–WOELKI, K.: *Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws*, Nijhoff, Leiden, 2010, p. 51.

II. Descripción de problemas

1. El *forum shopping* y la llamada carrera hacia los tribunales

Como se ha señalado, la ausencia de una regulación común en el seno de la Unión Europea, bien en el plano conflictual, bien en el plano material, genera una pluralidad de problemas de todo tipo y condición. Problemas jurídicos y, sobre todo, problemas con una directa incidencia en el ciudadano. De entre ellos destaca el *forum shopping*, consistente en plantear la demanda ante los tribunales del Estado miembro donde una o varias partes esperan obtener el pronunciamiento más favorable para sus intereses a través de ciertas ventajas procesales o relativas a la ley aplicable al supuesto de hecho⁶⁶⁴.

Esta figura ha generado especial discusión en la doctrina, pues mientras algunos los califican como de manipulación de los criterios de competencia judicial internacional⁶⁶⁵, otros autores entienden que el *forum shopping* constituye una estrategia legítima para litigar, distinguiendo para ello entre el *good forum shopping* –las partes acuden ante las autoridades estatales que consideran más apropiadas para sus intereses- y el *bad forum shopping* –que supone dirigirse ante tribunales desvinculados con el supuesto de hecho, con un claro interés fraudulento-⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ BATTIFOL, H.: “Le pluralisme des méthodes en droit international privé”, en AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1973, núm. 139, p. 90.

⁶⁶⁵ CORNUT, E.: “Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé”, *Journal droit international*, núm.1, 2007, p. 32.

⁶⁶⁶ BARIATTI, S.: “Forum shopping, abus du droit et droit international privé européen: quelques réflexions”, en FORNER DELAYGUA, J, GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (eds.): *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado; Liber Amicorum Alegría Borrás*, Pons, Madrid, 2013, p. 172.

Pese a que sus efectos más notables se presentan en sectores jurídicos como el derecho contractual o el societario, donde las repercusión financieras son altamente cuantiosas, lo cierto es que la relación *forum shopping*-derecho de familia es también muy estrecha. De hecho, el riesgo del *forum shopping* fue precisamente una de las razones que motivaron la aparición del Reglamento Roma III⁶⁶⁷. La *alternatividad* de los fueros del Reglamento Bruselas II *bis*, acompañada del hecho de que cada Estado miembro aplicaba su norma de conflicto nacional en materia de divorcio, daba lugar a situaciones en las que el demandante se dirigía ante los tribunales de un Estado miembro particular para obtener un resultado. La unificación conflictual fue pues la clave para asegurar que, al menos en un determinado número de Estados –fruto de la cooperación reforzada-, se aplicarán las mismas normas de conflicto que, al final, conducían al derecho sustantivo regulador del divorcio⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (COM(2005)82 final), punto 2.5.

⁶⁶⁸ Sobre el riesgo de *forum shopping* en relación con la alternatividad de los fueros del Reglamento Bruselas II *bis*, *vid.*: SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: *El divorcio internacional en la Unión Europea: jurisdicción y ley aplicable*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 41-44; QUEIROLO, I. y CARPANETO, L.: “Considerazioni critiche sull’estensione dell’autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento «Roma III»”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 48, núm. 1, 2012, pp. 59-86; CALVO CACARAVA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 47-49; MEEUSEN, J.: “System shopping in European private international law in family matters”, en MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. Y SWENNEN, F. (eds.): *International family...*, *op. cit.*, 2007, p. 264; FILIPPO, Di M.: “Concepciones nacionales en materia de familia y Derecho internacional privado comunitario: breves notas sobre el Reglamento N. 2001/2003 y el ordenamiento italiano”, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Actas de Seminarios, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 202-203; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo

Por su parte, en el sector del régimen económico matrimonial, al menos hasta que se produzca una potencial unificación o armonización de las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembro o de los regímenes económico matrimoniales, cada Estado miembro aplicará su norma de conflicto, de origen estatal o convencional, que conducirá a la aplicación de la ley de un Estado concreto y, en los casos en que los cónyuges no hayan ejercido la autonomía de la voluntad material, ello significa referirse a la entrada en escena de un determinado régimen económico matrimonial secundario, en particular, el previsto legalmente en el ordenamiento jurídico que resulta de aplicación.

Esta situación puede provocar resultados altamente divergentes, dependiendo del foro que conozca del asunto en concreto y de la ley que aplique. Evidentemente, esta situación es fuente de una enorme inseguridad jurídica y potencialmente causante de una serie de riesgos a la hora de planificación el régimen económico matrimonial, así como en el momento de proceder a su disolución en caso de divorcio, fallecimiento o cambio del mismo.

Del análisis de derecho comparado realizado en los capítulos 1 y 2, se evidencia que la heterogeneidad existente alcanza no sólo al derecho

en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, núm. 4, 2004, p. 167; BORRÁS, A.: “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000 (Bruselas II)”, *Revista jurídica de Catalunya*, 2003, vol. 102, núm. 2, p. 373; DETHLOFF, N.: “Arguments for the unification and harmonization of family in Europe”, en BOELE-WOELKI, K.: *Perspectives for the unification...*, *op. cit.*, p. 51; JÄNTERA-JAREBORG, M.: “Unification of international family law in Europe – A critical perspective” *Ibid.*, p. 207 y BONOMI, A.: “Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 84, fasc. 2, 2001, p. 310.

conflictual de los Estados miembro, sino también al ámbito del derecho material del régimen económico matrimonial⁶⁶⁹. Ello supone que una estrategia de *forum shopping* consistiría en seleccionar el tratamiento más favorable de entre todos los disponibles, debido a que los sistemas de régimen económico matrimonial resultan divergentes en todos los niveles y la concreta aplicación de una u otra norma de derecho sustantivo varía materialmente el resultado del supuesto particular⁶⁷⁰.

Resulta pues evidente que el *forum shopping* es especialmente relevante en materia de régimen económico matrimonial en aquellas ocasiones en que, pudiendo hacerlo, los cónyuges no han celebrado pactos o capitulaciones matrimoniales, pues la ley designada en virtud de los criterios de conexión previstos en la norma de conflicto del tribunal que conoce del asunto, conducirá a la aplicación del régimen económico matrimonial legal previsto en tal ordenamiento jurídico. En virtud de ello, y recordando el hecho de que cada Estado miembro prevé distintos regímenes económico matrimoniales a falta de elección, es clara la enorme potencial relevancia del *forum shopping* no quedaría únicamente referida a la aplicación de una determinada ley, sino también a la de un concreto régimen. A partir de este dato, la combinación de la diferenciación

⁶⁶⁹ TMC Asser Institute/Département de droit international UCL, *Etude sur les régimes matrimoniaux...*, op. cit., pp. 72-105 y pp. 106-143.

⁶⁷⁰ Este problema ocurre igualmente en el Derecho internacional privado de sucesiones, como pone de relieve ÁLVAREZ TORNÉ, M.: *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales*, Pons, Madrid, 2013, pp. 35-47. En cualquier caso, incluso aunque los Estados miembro gozaran de las mismas o similares normas de Derecho internacional privado, la aplicación material del concreto régimen económico matrimonial dependerá, en mayor o menor medida, del modo de aplicación por parte de la autoridad judicial o no judicial que conozca del asunto (BELL, A.S.: *Forum shopping and venue international litigation*, Oxford University press, Oxford, 2003, p. 38).

conflictual y material en materia de régimen económico matrimonial, como agentes causantes del *forum shopping*, permite presentar básicamente dos escenarios.

1) El primero sería aquel en el que el cónyuge más adinerado es el primero en presentar la demanda de disolución del régimen económico matrimonial ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea. Imagínese una pareja de ciudadanos españoles con vecindad civil catalana que cuenten con residencia habitual en Bélgica. Resulta evidente que el cónyuge que ostenta un mayor patrimonio presentará la demanda ante los tribunales españoles, lo que supondrá la aplicación de la norma de conflicto española, que recoge como primera conexión la nacionalidad común de los cónyuges⁶⁷¹. Teniendo en cuenta que ambos son españoles pero que, además, ostentan la vecindad civil catalana, se producirá la aplicación del régimen de separación de bienes del Código civil catalán⁶⁷². En definitiva, el cónyuge más informado presentará la demanda ante los tribunales del Estado miembro cuya norma de conflicto conduzca a la aplicación de un régimen económico matrimonial de separación de bienes, para conservar la totalidad de su patrimonio.

2) En el caso contrario, esto es, que en la *race to the court* la parte más beneficiada fuera el cónyuge con peor posición económica, es obvio que su estrategia consistiría en presentar la demanda ante los tribunales belgas, cuyas normas de conflicto consagran la ley de la residencia habitual común, que es Bélgica⁶⁷³, y ello dado que en dicho Estado

⁶⁷¹ Art. 9.2 Cc español.

⁶⁷² Art. 232-1 Cc catalán.

⁶⁷³ Art. 51.1. Ley belga DIPr.

miembro el régimen económico matrimonial legal es una comunidad de bienes⁶⁷⁴, resulta evidente que, *a priori*, obtendrá la mitad del patrimonio al tiempo de la disolución del patrimonio. En estos casos, la demanda se presentará ante los tribunales del Estado miembro cuyo Derecho internacional privado sitúe el conflicto en un ordenamiento jurídico donde el régimen económico matrimonial subsidiario sea de tipo comunitario, para obtener una posición ventajosa sobre el patrimonio de su futuro ex cónyuge.

El resultado final, en definitiva, sería que en aquellos casos en que los cónyuges no han hecho uso de la autonomía de la voluntad conflictual o material, la combinación de normas de conflicto que utilizan distintos puntos de conexión –diversidad conflictual-, junto con el empleo de diferentes regímenes económico matrimoniales secundarios legales aplicables en los Estados miembro –diversidad material-, puede provocar conductas fraudulentas de cualquiera de los cónyuges, que conseguirían unilateralmente la aplicación del régimen económico matrimonial que satisfaga sus intereses.

Con todo, y pese a que el riesgo de *forum shopping* que aquí se ha reflejado gira en torno a las potenciales ventajas que un cónyuge puede obtener frente a otro, también pueden darse situaciones donde terceros acreedores se beneficien de la diversidad normativa existente desde una vertiente conflictual y material.

⁶⁷⁴ Art. 1398 Cc belga.

Así, por ejemplo, imagínese una pareja de alemanes con residencia habitual en Francia, que viven en un inmueble adquirido en su totalidad con recursos del marido. Si en algún momento la mujer deviniera endeudada frente una entidad bancaria, no resultaría indiferente el lugar en que ésta presentara la demanda para proceder al potencial embargo del bien.

Si presentara la demanda ante los tribunales franceses, la norma de conflicto francesa –recuérdese, norma de origen convencional, el Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales- conduciría a la aplicación del derecho francés –ley de la residencia habitual-⁶⁷⁵, cuyo régimen legal es una comunidad de bienes⁶⁷⁶, siendo el inmueble considerado de ambos cónyuges.

En cambio, si el banco se dirigiera ante las autoridades alemanas, la nacionalidad común de los cónyuges provocaría la aplicación del derecho alemán⁶⁷⁷ y por ende del régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones⁶⁷⁸, en el que, como norma general, el patrimonio de los cónyuges permanece separado durante la vigencia del mismo. En este último supuesto, el banco, *a priori*, no podría “atacar” el inmueble⁶⁷⁹.

La situación existente, por lo tanto, es reflejo de una realidad compleja y polimorfa que permite tanto al cónyuge más informado como a

⁶⁷⁵ Art. 4.1° CHLARM.

⁶⁷⁶ Art. 1400 Cc francés.

⁶⁷⁷ Art. 14 Ley introductoria Cc alemán.

⁶⁷⁸ Art. 1363.1° Cc alemán.

⁶⁷⁹ LAGARDE, P.: “Eléments pour un droit international privé communautaire des régimes matrimoniaux et des successions”, en DE LIMA PINHEIRO, L. (org.): *Seminário internacional sobre a communitarização do direito internacional privado (direito de conflitos, competencia internacional e reconhecimento de decisoes estrangeiras)*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 149.

los terceros que contratan con éstos presentar la demanda ante los tribunales de un Estado miembro con una legislación claramente favorecedora de sus intereses.

2. El *law shopping* o turismo de leyes

El *forum shopping*, tal y como se acaba de analizar, no es el único problema derivado de la diversidad normativa material y conflictual. Paralelamente, el hecho de que algunos ordenamientos jurídicos no ofrezcan a las partes la posibilidad de elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, así como la circunstancia de que el abanico de leyes ofrecidas por algunos ordenamientos varíe considerablemente en relación con otros, no hace sino potenciar el *law shopping*, esto es, los futuros cónyuges que tengan especial interés en que determinada ley rija sus relaciones patrimoniales acudirán ante las autoridades del Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico les permita tal elección. De la misma manera, podrían proceder a la modificación de su régimen vigente.

Consecuencia directa de lo anterior es que que los matrimonios internacionales que residan en un Estado miembro con legislación favorecedora de la autonomía conflictual podrían verse beneficiados en relación con aquellos que residen en un Estado miembro donde no está permitido elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Mas aún, y en combinación con la autonomía de la voluntad material, esto podría suponer que residir en un determinado Estado miembro impediría la elección de un determinado régimen económico matrimonial, circunstancia que sólo podría salvarse acudiendo ante las autoridades de

un Estado miembro que les permitiera “comprar” el régimen económico matrimonial que desearan.

El *law shopping* supone, en definitiva que los ciudadanos de la Unión Europea no gozan de los mismos beneficios en todos los Estados miembro, viéndose obligados a desplazarse a otros Estados miembro para poder ampararse en el elenco de derechos previstos para los nacionales o residentes en tales Estados miembro. Esta situación podría llegar incluso a afectar a la libre circulación de personas si las normas de conflicto, de origen estatal o convencional, o el derecho designado por las mismas, resultan discriminatorios *vis a vis* respecto de los ciudadanos de otros Estados miembro.

Por otro lado, el *law shopping* puede provocar conductas inapropiadas de los propios cónyuges para conseguir la aplicación del ordenamiento jurídico que mejor satisface sus intereses particulares, como es la modificación voluntaria, intencionada y fraudulenta de sus circunstancias personales en aras de “manipular” la aplicación de la norma de conflicto. Un caso que, lamentablemente, resulta menos inhabitual de lo que pudiera parecer a primera vista. Dichas situaciones pueden venir referidas a la “internacionalización” deliberada de su situación jurídica o la propia alteración de la nacionalidad o residencia habitual para provocar la aplicación de una conexión de la norma de conflicto claramente favorecedora para los cónyuges, en particular, aquella que dirija a la ley de un Estado miembro que les permita elegir el régimen económico matrimonial que desean. En otras palabras, la misma existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, portadores de diferentes normas y reglas

abre una puerta para que se den, también en derecho de familia, circunstancias relacionadas con el fraude de ley⁶⁸⁰.

Faltaría además por ver si un Estado miembro donde no está consagrada la autonomía de la voluntad conflictual o ésta se encuentra limitada, acepta los acuerdos de elección de ley ilimitados. No sólo esto, sino que además también cabría plantearse si en aquellos ordenamientos jurídicos donde no se permite el fraccionamiento de la ley aplicable al régimen económico matrimonial podría desplegar efectos un acuerdo jurídico de tal índole. Negar la eficacia de este tipo de convenios no haría sino quebrantar el principio de reconocimiento mutuo en el seno de la Unión Europea, que descansa sobre dos principios básicos: la confianza mutua en que en el Estado de origen se han respetado los principios fundamentales del Estado de derecho y el principio de equivalencia de situaciones⁶⁸¹.

En definitiva, la diferenciación normativa material y conflictual incide directamente en el hecho que los ciudadanos de la Unión Europea ejerzan sus derechos de modo discontinuo y heterogéneo entre los distintos Estados miembro, circunstancia que no sólo tiene una incidencia directa en la libre circulación, sino que además puede desencadenar conductas fraudulentas o inapropiadas de los cónyuges para beneficiarse de los mismos derechos –en particular, la aplicación de una legislación favorecedora de un alto grado de autonomía de la voluntad- que los nacionales o residentes de otros Estados miembro de la Unión Europea.

⁶⁸⁰ BARIATTI, S.: “Forum shopping, abus du droit...”, *op. cit.*, p. 162.

⁶⁸¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Relaciones e interacciones...”, *op. cit.*, p. 136.

3. La inseguridad jurídica en cuanto al régimen económico matrimonial

Si bien la diferenciación conflictual y material puede ser aprovechada por los cónyuges, lo normal es que la circunstancia de residir en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, estar casado con personas de distinta nacionalidad a la propia o poseer bienes radicados en distintos Estados miembro, produzca una situación de enorme incertidumbre e inseguridad jurídica derivada de la conexión simultánea con varios ordenamientos jurídicos que pueden resultar de aplicación⁶⁸².

La realidad refleja que la incertidumbre e inseguridad jurídica derivada del panorama normativo en materia de régimen económico matrimonial adopta multitud de formas y manifestaciones, si bien éstas tienden a plantearse, especialmente, en tres momentos de la relación matrimonial⁶⁸³.

1) Para aquellos que acaban de casarse o están a punto de hacerlo, el principal problema vendrá referido a la ausencia de información suficiente

⁶⁸² Aunque algunos autores consideran que la propia diferenciación normativa no acarrea en sí inseguridad jurídica para los cónyuges, pues el interés primordial de los ciudadanos radica en que un tribunal resuelva su asunto y aporte una solución. De esta manera, parece sugerirse que los matrimonios internacionales pocas veces son conscientes de la complejidad a la que se hace mención antes de requerir asistencia legal y que sus expectativas se refieren más bien a la posibilidad de alcanzar un resultado justo (OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el derecho español”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 1, 2001, p. 430).

⁶⁸³ *Vid.*, Impact Assessment study on community instruments concerning matrimonial property regimes and property of unmarried couples with transnational elements, elaborado por la EPEC (European evaluation consortium), 2010, pp. 7-10.

acerca de las implicaciones jurídicas futuras en relación con su patrimonio.

2) Para aquellos con un matrimonio en un contexto de potencial estabilidad y perdurabilidad, resultará relevante, en particular, saber si un cónyuge puede disponer de una determinada propiedad sin el consentimiento del otro.

3) Y finalmente, en los casos de disolución del matrimonio por divorcio o fallecimiento de los cónyuges, o simplemente porque se quiera cambiar de régimen económico matrimonial, los problemas derivados de la incertidumbre e inseguridad jurídica se referirán al modo de llevar a cabo el reparto matrimonial, teniendo en cuenta la dificultad añadida de la presencia de un elemento de extranjería en la relación jurídica.

Consecuencia directa de lo anterior es la conexión entre el concreto momento en que emergen los problemas relacionados con el régimen económico matrimonial y la propia relevancia que éstos adquieren. Así, durante el matrimonio, y en un contexto de armonía en la convivencia de los propios cónyuges, el régimen económico matrimonial no suele ser un asunto importante, de hecho, muchos matrimonios ni siquiera saben bajo qué régimen legal están casados. Las dificultades se presentarán generalmente en momentos especialmente críticos para uno o ambos cónyuges –fallecimiento de uno de los cónyuges o divorcio, respectivamente–, y entonces lo que al inicio del matrimonio o durante el

mismo ocupaba un segundo plano, pasará a adquirir un papel protagonista⁶⁸⁴.

La situación actual, a falta de una hipotética uniformización o armonización material o conflictual en materia de régimen económico matrimonial, implica que no sólo los propios cónyuges sino los terceros que contratan con ellos tienen que hacer frente a un gran número de incógnitas para conseguir una solución rápida y satisfactoria al litigio que les enfrenta⁶⁸⁵. Incertidumbre e inseguridad jurídica que se presentan rodeadas de enormes particularidades y singularidades, si se atiende además al propio diseño concreto de las normas de conflicto de los Estados miembro, de cuyo análisis cabe inferir la existencia de, al menos, una triple tipología de situaciones.

1) La primera de ellas viene caracterizada por la existencia de normas de conflicto que, en ausencia de autonomía de la voluntad, no fijan el momento en que debe aplicarse el punto de conexión.

Piénsese, por ejemplo, en un matrimonio compuesto por un búlgaro y una española, con residencia habitual en Bulgaria y que no han realizado acuerdo matrimonial alguno, ni de régimen económico matrimonial, ni de ley aplicable. Con el transcurso del tiempo y de acuerdo con la legislación búlgara, la española adquiere la nacionalidad búlgara, gozando pues ambos de la misma nacionalidad. Más adelante, por motivos laborales, ambos trasladan su residencia habitual a Alemania, donde se instalan definitivamente. Sin embargo, fruto de varias desavenencias, la pareja

⁶⁸⁴ NAGY, C.I.: “El derecho aplicable a los aspectos...”, *op. cit.*, pp. 511-529.

⁶⁸⁵ BOUZA VIDAL, N.: “Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado”, *La Notaría*, núm. 42, 2007, p. 32.

decide divorciarse, para lo cual acuden puntualmente ante los tribunales búlgaros.

Para resolver el litigio referente a la disolución del régimen económico matrimonial, las autoridades búlgaras aplicarán su norma de conflicto nacional referente a esta materia, cuya primera conexión es la nacionalidad común de los cónyuges⁶⁸⁶. Dicha conexión no se encuentra congelada en ningún momento del tiempo, pudiendo dar lugar a problemas de interpretación. Si se entendiera que la nacionalidad común debe verificarse en el momento actual, resultaría de aplicación la legislación búlgara y por ende, que ambos cónyuges estarían casados bajo una comunidad de bienes, régimen matrimonial legal en dicho Estado miembro⁶⁸⁷.

Pero si dicha norma de conflicto hiciera referencia a la nacionalidad de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio, habría que aplicar la segunda de las conexiones, la de la residencia habitual común⁶⁸⁸, que implicaría la aplicación del régimen de la participación de las ganancias alemana⁶⁸⁹.

De este modo, la no fijación del punto de conexión en la norma de conflicto nacional puede ser fuente de una enorme inseguridad jurídica, pues no resulta claro, en ocasiones, si los cónyuges se encuentran casados bajo un régimen de tipo comunitario, de participación o de separación.

⁶⁸⁶ Art. 79.1 LDIPr búlgara.

⁶⁸⁷ Art. 18 Código de familia búlgaro.

⁶⁸⁸ Art. 79.2 LDIPr búlgara.

⁶⁸⁹ Art. 1363.1º Cc alemán.

B) La segunda tipología de circunstancias que pueden explicar la incertidumbre e inseguridad jurídica a la que se enfrentan los matrimonios internacionales en el contexto de la realidad polimorfa de las normas de Derecho internacional privado viene referida a la diferenciación conflictual existente entre los Estados miembro cuando los cónyuges no han elegido la ley aplicable, optando algunos por la nacionalidad común como primer punto de conexión objetivo y otros por la residencia habitual.

Imagínese ahora una pareja de españoles, con primera residencia habitual en Alemania, pero que al cabo de los años deciden irse a vivir a Francia. De nuevo, ante un hipotético fracaso del matrimonio, pueden producirse importantes efectos sorpresa para los cónyuges.

Así, si presentaran la demanda de disolución del régimen económico matrimonial en Francia, resultaría de aplicación la ley de la primera residencia habitual de los cónyuges, ley alemana, y en consecuencia, la aplicación del régimen de participación en las ganancias⁶⁹⁰, de acuerdo con lo establecido en el Convenio de la Haya de 1978⁶⁹¹, que recuérdese es la norma de conflicto aplicable en la materia en Francia.

En cambio, si se hubieran dirigido ante las autoridades alemanas, el derecho aplicable sería el español, que conduciría a la consideración de una comunidad de bienes⁶⁹², por establecer la norma de conflicto alemana como primera conexión la de la nacionalidad común de los cónyuges⁶⁹³.

⁶⁹⁰ Art. 1363.1º Cc alemán.

⁶⁹¹ Art. 4.1º CHLARM.

⁶⁹² Art. 1316 Cc español.

⁶⁹³ Art. 14 Ley introductoria Cc alemán.

Se trata de un supuesto bastante parecido al que pudiera darse en los casos de *forum shopping*, pero teniendo aquí en cuenta un divorcio “pacífico” de ambos cónyuges que no son, quizás, conscientes de las implicaciones que para su propiedades tiene la presentación de la demanda ante los tribunales de un Estado miembro u otro, cuyas normas de conflicto contienen distintos puntos de conexión.

C) Finalmente, el hecho de que algunos Estados miembro contengan en sus normas de conflicto disposiciones relativas al cambio automático de ley aplicable implica que, cambios en las circunstancias personales de los cónyuges tienen incidencias distintas dependiendo del órgano jurisdiccionalmente competente.

Un ejemplo especialmente clarificador de la anterior afirmación puede realizarse en el contexto del Convenio de la Haya de 1978⁶⁹⁴. De este modo, si, por ejemplo, los cónyuges del ejemplo anterior desearan que resultara de aplicación el derecho alemán, en principio, deberían presentar la demanda ante las autoridades francesas, por haber sido Alemania el Estado de su primera residencia habitual. Esta premisa se cumpliría siempre que no hubiera transcurrido un lapso de tiempo mayor a diez años desde que trasladaron su residencia habitual a Francia, pues si se presentara la demanda transcurrido ese tiempo, el ordenamiento jurídico que resultaría de aplicación sería el francés, a tenor de lo establecido en el Convenio de la Haya de 1978, que prevé un cambio automático de ley aplicable en favor de la ley del lugar de la nueva residencia si los esposos

⁶⁹⁴ Art. 7.2° CHLARM.

conviven de modo continuado en dicha nueva residencia durante más de diez años.

Lo anterior implica que cuando los cónyuges trasladan su residencia habitual durante un largo periodo a un Estado miembro donde la mutabilidad involuntaria de la ley aplicable se encuentra consagrada, deben saber que si se dirigen ante las autoridades de dicho Estado miembro podría resultar de aplicación un ordenamiento jurídico distinto al de sus expectativas. En definitiva, los cambios de residencia de un matrimonio pueden ocasionar importantes cambios en las posiciones jurídicas en el área del derecho de la propiedad⁶⁹⁵.

Los ejemplos propuestos han girado en torno a una hipotética disolución del régimen económico matrimonial, centrándose para ello en la heterogénea distribución de bienes que produce la aplicación de distintos regímenes económico matrimoniales. Sin embargo, aunque resultara de aplicación un régimen económico matrimonial del mismo tipo –comunitario, de participación o de separación– persistirían importantes interrogantes.

Así, por ejemplo, no es cuestión baladí el derecho en el cual se enmarca el mismo, pues por ejemplo mientras la comunidad de bienes del Código civil español considera como parte de la misma los bienes adquiridos desde la celebración del matrimonio⁶⁹⁶, la comunidad de bienes prevista en el Código civil holandés es de carácter universal, esto es, se

⁶⁹⁵ DETHLOFF, N.: “Arguments for the unification and harmonization of family in Europe”, en BOELE–WOELKI, K.: *Perspectives for the unification...*, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁹⁶ Art. 1345 Cc español.

consideraran de ambos cónyuges todos los bienes que éstos poseyeran, resultando irrelevante su fecha de adquisición⁶⁹⁷.

Del mismo modo, si bien hasta ahora se ha hecho referencia, especialmente, a la diversidad de los regímenes matrimoniales en cuanto a la composición del patrimonio y su posible distribución en caso de disolución, no debe pasarse por alto la incidencia de la ley aplicable en sede de administración del patrimonio. Así, por ejemplo, puede que los cónyuges creen poder disponer libremente de su patrimonio al pensar que están casados bajo un régimen de tipo participativo o de separación, cuando en realidad no pueden hacerlo y necesitan del consentimiento del otro por resultarles, realmente, de aplicación un régimen de tipo comunitario.

Precisamente la circunstancia de no saber bajo qué ordenamiento jurídico se encuentran reguladas las relaciones patrimoniales entre los cónyuges reduce la certeza legal y puede contribuir a dificultar la libre circulación de personas, pues se considera que los ciudadanos europeos serán menos favorables a residir y circular libremente en el territorio de la Unión Europea si su *status familiar* y los derechos derivados del mismo no están claros⁶⁹⁸. En este sentido, las expectativas jurídicas de las partes

⁶⁹⁷ Art. 1:93 y 1:94.1° Cc holandés.

⁶⁹⁸ QUEIROLO, I.: “La famiglia nella prospettiva della libera circolazione delle persone: il diritto al rincongiungimento familiare spettante ai cittadini dell’Unione europea e degli Stati terzi”, en SAVORANI, G. (ed.): *Famiglie In Movimento*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 41-70; BASEDOW, J.: “The Communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam”, *Common market law review*, vol. 37, núm. 3, 2000, p. 703; TENREIRO, M. y EKSTRÖM, M.: “Unification of private international law...”, *op. cit.*, p. 187 y BAARSMA, N.A.: *The europeanisation of international family law*, Ulrik Huber Inst. for Private Internat. Law, Groningen, 2010, p. 79.

pueden resultar truncadas, pues cuando una persona se traslada de un Estado miembro a otro no lo hace, por lo general, con el objetivo de cambiar su *status legal*⁶⁹⁹. Circunstancia que, lógicamente, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en que no puedan los cónyuges ejercer su autonomía de la voluntad, porque si pueden hacerlo dependerá de ellos fijar el régimen económico matrimonial y la decisión última de contar con certeza o vivir en la inseguridad será suya.

Esta inseguridad jurídica generada por la persistencia de ordenamientos jurídicos notablemente diferentes en el seno de la Unión Europea encuentra otra manifestación en la existencia del fenómeno de las *limping relationships*, referentes a los casos en que se haya creado un determinado *status legal* que resulta desconocido en otro ordenamiento jurídico o cuando se sujeta la creación de un determinado *status legal* a determinados requisitos inexistentes en otro. Del mismo modo, se producen situaciones de *limping relationships* cuando pronunciamientos judiciales o extrajudiciales no son reconocidos de acuerdo con las normas nacionales autónomas o cuando se producen cambios de posiciones legales por la aplicación de una determinada ley⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ DE BOER, T: “The second revision of the Brussels II Regulation: jurisdiction and applicable law”, en BOELE–WOELKI, K. (ed.): *European challenges...*, *op. cit.*, p. 321–322 y BAARSMA, N.A.: *The europeanisation of international...*, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁰⁰ VAQUERO LÓPEZ, C.: “Los regímenes matrimoniales en un espacio...”, *op. cit.*, p. 197; BEILFUSS, C.: “Relaciones e interacciones...”, *op. cit.*, p. 165 y DETHLOFF, N.: “Arguments for the unification and harmonization of family in Europe”, en BOELE–WOELKI, K.: *Perspectives for the unification...*, *op. cit.*, p. 43.

En definitiva, este fenómeno se refiere a que si la ley aplicable a una determinada relación jurídica varía de un Estado miembro a otro, ello puede implicar un cambio de consecuencias jurídicas⁷⁰¹.

Las *limping relationships* pueden resultar altamente perjudiciales para las personas involucradas, e incluso para los propios intereses de los Estados relacionados con la situación jurídica. Así pues, en términos generales, la existencia o no de un matrimonio y, en particular, los derechos de propiedad de un determinado bien, resultan relevantes desde la perspectiva del derecho de residencia, las leyes de nacionalidad, así como para el derecho laboral y fiscal. Del mismo modo, la existencia de una posición jurídica resulta relevante, en muchos casos, también como cuestión preliminar de una relación jurídica, pues cuando ésta no se reconoce, no se pueden derivar, como regla general, derechos de la misma⁷⁰².

Resulta evidente, por tanto, que en el seno de la Unión Europea, un área jurídicamente integrada, donde existe un número creciente de situaciones y relaciones internacionales, la falta de una normativa armonizada y transparente, y sin perjuicio de las posibles ventajas que desde un punto de vista de competencia normativa pueden derivarse, se encuentra lejos de facilitar los interrogantes relativos a los derechos de propiedad de las parejas internacionales.

⁷⁰¹ BAARSMA, N.A.: *The europeanisation of international...*, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁰² DETHLOFF, N.: "Arguments for the unification and harmonization of family in Europe", en BOELE-WOELKI, K.: *Perspectives for the unification...*, *op. cit.*, p. 46.

Los problemas surgidos se referirán tanto a la averiguación de los tribunales competentes para resolver los posibles conflictos en relación con la propiedad de los bienes, como a la determinación de la ley que la autoridad aplicará para resolver el asunto, si bien los cónyuges estarán especialmente interesados en el concreto régimen económico matrimonial que se aplica a su situación, para así saber qué bienes son de su propiedad. Como consecuencia última, los matrimonios internacionales sufrirán importantes costes económicos, retrasos temporales y costes asociados al estrés por la situación que rodea al régimen económico matrimonial.

En último termino, incluso aquellos cónyuges con un amplio conocimiento de las posibilidades que presente la disparidad y diversidad normativa pueden enfrentarse a cierta incerteza legal debido al desconocimiento, por ejemplo, de cómo se interpretará el concepto de “residencia habitual” en las normas de conflicto de un determinado Estado miembro –si es que uno de ellos, estratégicamente decidiera acudir ante las autoridades de un Estado miembro cuya aplicación de la norma de conflicto conduce a un determinado tipo de régimen económico matrimonial- o a la manera en que los jueces nacionales aplicarán el derecho extranjero. Por tanto, incluso en el caso de los cónyuges más informados, la inseguridad jurídica está latente.

En definitiva, si bien puede decirse que no todo son perjuicios, dado que la presencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos en el seno de la Unión Europea favorecería una “guerra” entre ellos y generaría posibles ventajas para los ciudadanos que podrían ampararse en aquel que más les beneficiara o que más se ajustase a sus expectativas, lo cierto es que la situación actual genera una enorme incertidumbre e inseguridad

jurídica, no sólo para aquellos cónyuges que no son conscientes de las implicaciones jurídicas que para la organización de su patrimonio tiene un matrimonio internacional, sino incluso también para aquellos con un alto grado de conocimiento de tal situación.

III. Las soluciones existentes en la actualidad

Como se ha señalado, la ausencia de una normativa común en el seno de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial es el agente potenciador del *forum shopping*, *law shopping* y la enorme incertidumbre e inseguridad jurídica a la que se enfrentan los matrimonios internacionales. Problemas jurídicos con una enorme relevancia para el ciudadano que han tratado de ser resueltos por instituciones y organismos de origen y naturaleza diverso, tanto desde un plano material (III.1), como desde un plano conflictual (III.2)⁷⁰³, con objetivos distintos, pero a la vez complementarios.

Así, mientras en el primero de ellos se pretende aspirar bien a que a que las distintas legislaciones nacionales de los Estados miembro vayan convergiendo –armonización de los regímenes económico matrimoniales-, bien a que los Estados miembro ofrezcan idénticos regímenes económico matrimoniales –unificación de los regímenes económico matrimoniales-, el segundo está encaminado a la unificación de las normas de conflicto en

⁷⁰³ Como pone de relieve la Comisión Europea en las opciones estratégicas (4.2) contenidas en el documento de trabajo de la Comisión Resumen de la evaluación del impacto..., op. cit., p. 4 y punto 4 de Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo..., op. cit., p. 5-6.

esta materia para que, con independencia del foro al que se dirigen las partes, el derecho aplicado por los operadores jurídicos sea el mismo⁷⁰⁴.

Las soluciones propuestas en materia de régimen económico matrimonial están encaminadas a satisfacer, en mayor o menor medida, dichos fines –la armonización sustantiva y la unificación material o conflictual- y su elección en esta parte de la tesis responde no sólo a su actualidad, sino a su propia consideración por la Comisión Europea⁷⁰⁵.

1. Soluciones focalizadas en el plano material

Ante la ausencia de competencia de la Unión Europea para la unificación y armonización del derecho sustantivo de familia, las soluciones ofrecidas en el plano material, hoy por hoy, deben provenir de otro tipo de instituciones u organismos internacionales. En tal sentido adquieren relevancia dos instrumentos jurídicos que buscan paliar los problemas descritos, como son el Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial común (III.1.1) y los principios de

⁷⁰⁴ Sobre la necesidad de contar con ambos tipos de soluciones, tanto conflictuales como materiales, para paliar la inseguridad jurídica y los costes asociados con la determinación de la ley aplicable y la pérdida o cambio de un status legal, *Vid.* DETHLOFF, N.: “Arguments for the unification and harmonization of family in Europe”, en BOELE-WOELKI, K.: *Perspectives for the unification...*, *op. cit.*, pp. 50-54.

⁷⁰⁵ La Comisión Europea propone en su Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo..., *op. cit.*, p. 5-6 que ante las divergencias pueden plantearse varios modelos que ofrecerían a los ciudadanos la seguridad jurídica necesaria, citando expresamente la armonización del derecho material –y que como se verá es el objetivo de los principios de la Comisión de derecho de familia europeo- y el dejar en manos de los Estados miembro la búsqueda de soluciones en el marco de acuerdos bilaterales, citando como ejemplo el Acuerdo franco-alemán. Por otro lado, el carácter protagonista del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978 se pone de manifiesto en el Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo (COM (2006) 400 final).

derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (III.1.2), que ofrecen uno o varios regímenes económico matrimoniales opcionales en sentido material.

1.1. El Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones

1.1.1. Introducción

El Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial⁷⁰⁶, concluido el 4 de febrero de 2010, consiste en un Convenio bilateral de derecho uniforme que recoge un régimen económico matrimonial secundario de carácter opcional para los cónyuges, fruto del proceso cooperación político-jurídica que Francia y Alemania iniciaron en 1963 mediante la firma del Tratado de Elíseo⁷⁰⁷.

En el año 2003, con ocasión del cuadragésimo aniversario del Tratado, los gobiernos de ambos países afirmaron que “en particular, deseamos que se hagan propuestas con el objetivo de una aproximación de las legislaciones sobre derecho civil, en especial, el derecho de familia”. En virtud de ello, en el año 2006, se creó un comisión de expertos encargada de elaborar un régimen matrimonial común. Como primera opción se consideró la posibilidad de que uno de los Estados adoptase el

⁷⁰⁶ El texto del Convenio puede encontrarse en el siguiente enlace: <http://consulathonoraireallemagnerennes.fr/SitewebConsulatFichiersliens/Site%20web%20Consulat%20Fichiers%20liens/Dossier%20presse%20regime%20matrimonial%20com mun.pdf> (último acceso 29.12.2014).

⁷⁰⁷ <http://www.france-allemande.fr/Traite-de-l-Elysee-22-janvier-1963,0029.html> (último acceso 29.12.2014).

régimen vigente en el otro, aunque finalmente dicha opción fue descartada por la complejidad y dificultades de encaje técnico que presentaba, al tener que acometerse una modernización del régimen legal de un Estado en paralelo con el del otro⁷⁰⁸. Por ello, en el año 2007 comenzó ya a trabajarse en una posibilidad más real, como era la creación de un régimen común opcional basado en el régimen de participación de las ganancias, que en Alemania es el régimen legal⁷⁰⁹ y en Francia cuenta con carácter facultativo⁷¹⁰.

El régimen económico matrimonial opcional se incorporó al derecho francés mediante la Ley n°213-98 de 29 de enero de 2013 y entró en vigor el 1 de mayo de 2013. Dicha ley autorizó la ratificación del Acuerdo entre ambos países y el contenido del Acuerdo se publicó en el *Journal Officiel* de 12 de junio 2013, como anexo al Decreto n° 2013-488 de 10 de junio de 2013. Por su parte, en Alemania, la Ley de 15 de marzo de 2012, publicada en el *Bundesgesetzblatt Jahrgang* el 22 de marzo de 2012, introdujo el art. 1519 en el Código civil alemán, referente a la posibilidad de que los esposos convengan por capitulaciones matrimoniales el régimen opcional de participación en las ganancias.

La elaboración de este Convenio, que contiene un régimen económico matrimonial opcional para los cónyuges, se justifica por los mismos motivos por los que es necesario el proceso de unificación y armonización del derecho de familia en Europa: el incremento del número

⁷⁰⁸ FUGARDO ESTIVLL, J.M.: *El nuevo régimen económico matrimonial de participación en las ganancias. Derecho matrimonial europeo*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 18.

⁷⁰⁹ Arts. 1363 a 1390 Cc alemán.

⁷¹⁰ Arts. 1569 a 1581 Cc francés.

de matrimonios con elemento de extranjería, y la consiguiente incertidumbre e inseguridad jurídica a la que se enfrentan los cónyuges en relación con la propiedad y administración de sus bienes⁷¹¹. En cualquier caso, si bien es cierto que la justificación de su aparición poco tiene de novedoso, lo cierto es que la manera en que pretende conseguirlo sí resulta pionera: se trata del primer ejemplo de unificación del derecho material de los regímenes económico matrimoniales a nivel intergubernamental⁷¹² consistente en el ofrecimiento de un régimen económico matrimonial de carácter opcional, en particular, el régimen de participación de las adquisiciones.

1.1.2. El régimen económico matrimonial contenido en el Acuerdo

El Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial opcional ofrece el régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones, en cuya virtud el patrimonio de los cónyuges permanece separado hasta la disolución del régimen, momento en el que, tras comparar los patrimonios iniciales y finales de cada uno de ellos, se genera un derecho de participación a favor del cónyuge que menos ganancias ha generado⁷¹³.

⁷¹¹ En el informe explicativo del Convenio, se indica que el 13% de matrimonios celebrados en Alemania y el 14, 59% de los celebrados en Francia fueron entre cónyuges de distinta nacionalidad.

⁷¹² DETHLOFF, N.: “The Franco–German Optional Matrimonial Property Regime – A Trailblazer for the Alignment of Family Law?”, *Rebels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, núm. 3, 2012, p. 538.

⁷¹³ Art. 2 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

El régimen de participación de las adquisiciones contenido en el Acuerdo franco-alemán está fuertemente inspirado en el régimen legal supletorio de Alemania, la comunidad de las ganancias acumuladas, y en el régimen convencional francés de participación de las adquisiciones. En cualquier caso, como se verá más adelante al analizar la composición, administración y distribución del patrimonio en caso de disolución del régimen económico matrimonial, la influencia de uno u otro es mayor en determinados aspectos del mismo, obteniéndose finalmente un balance equitativo en cuanto a la consideración de ambos regímenes nacionales.

A. *Composición del patrimonio*

Como ocurría con los regímenes económico matrimoniales de tipo participación analizados en el capítulo 1, durante la vigencia del régimen económico matrimonial, los patrimonios de ambos cónyuges permanecen bajo su propiedad individual. Sin embargo, al tiempo de su disolución, se distingue entre patrimonio inicial y final.

El patrimonio inicial es el patrimonio neto perteneciente a cada cónyuge en la fecha de entrada en vigor del régimen⁷¹⁴ e incluye, además, los bienes adquiridos gratuitamente por el cónyuge, como es el caso de los bienes recibidos por herencia o donación, y las indemnizaciones obtenidas por el daño moral o corporal⁷¹⁵. Sobre estas últimas resulta interesante remarcar que ha pesado más aquí la influencia del derecho francés, en cuyo régimen de participación de las ganancias se incluyen las

⁷¹⁴ *Ibid.*, Art. 8.1.

⁷¹⁵ *Ibid.*, Art. 8.2.

indemnizaciones en el patrimonio original y, por ende, se excluyen de la participación final. En Alemania esta posición ha generado importantes críticas, por no considerarse dichas indemnizaciones ni un derecho absolutamente personalísimo ni un derecho que resulte totalmente ajeno a la vida matrimonial⁷¹⁶.

El patrimonio inicial no incluye los frutos de los bienes que lo integran ni los bienes que pertenecían a uno de los cónyuges al inicio del régimen matrimonial pero que son donados a parientes en línea recta durante su vigencia⁷¹⁷. Esta regla está inspirada en el derecho francés⁷¹⁸ y no busca sino proteger las donaciones realizadas a favor de los descendientes⁷¹⁹.

El patrimonio final, por su parte, se compone de la masa patrimonial de cada cónyuge, una vez deducidas las deudas, en el momento de disolución del régimen⁷²⁰. Resulta interesante destacar que el régimen de participación de las adquisiciones incluye en dicho patrimonio final el valor de los bienes donados por un cónyuge durante la vigencia del régimen, salvo que se trate de donaciones ajustadas al nivel de vida de los cónyuges o las realizadas respecto del patrimonio inicial a favor de parientes en línea directa, así como los bienes cedidos con la intención de

⁷¹⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El acuerdo Franco–Aleman instituyendo un régimen económico matrimonial común”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm.10, 2010, p. 407.

⁷¹⁷ Art. 8.3 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

⁷¹⁸ Art. 1570 párr. 2º Cc francés.

⁷¹⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El acuerdo Franco–Aleman instituyendo...”, *op. cit.*, p. 407.

⁷²⁰ Art. 10.1 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

perjudicar al otro cónyuge y los despilfarros⁷²¹. De esta manera se evitan las conductas fraudulentas de uno de los cónyuges en aras de intentar reducir el derecho de participación del otro cónyuge⁷²².

B. Administración del patrimonio

La segunda cuestión relevante contenida en el Acuerdo se refiere a la administración del patrimonio del régimen económico matrimonial de participación de las ganancias. Para ello se parte, como norma general, de la autonomía respecto al goce y disposición del mismo⁷²³. Existen, sin embargo, dos restricciones.

La primera, referente al necesario consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre la vivienda familiar o el ajuar doméstico. El incumplimiento de esta condición acarrea la nulidad del negocio jurídico⁷²⁴, solución que parece asimilarse a la del derecho alemán, en la que un acto realizado unilateralmente sin el consentimiento del otro cónyuge se considera nulo de pleno derecho, y no tanto a la del derecho francés, cuya sanción sería la anulabilidad⁷²⁵.

Resulta llamativa la inclusión de una norma referente a la vivienda familiar y al ajuar doméstico, cuya protección se ubica en el derecho

⁷²¹ *Ibíd.*, Art. 10.2.

⁷²² Como se pone de manifiesto en el informe explicativo al Tratado en relación con el art. 10.

⁷²³ Art. 4 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

⁷²⁴ *Ibíd.*, Art. 5.1.

⁷²⁵ Como se pone de manifiesto en el informe explicativo al Tratado en relación con el art. 5.

francés en las disposiciones relativas al régimen primario⁷²⁶, cuanto el Tratado ofrece un régimen económico matrimonial secundario. La razón de dicha medida estriba en evitar que, siendo de aplicación este régimen al amparo del derecho alemán, el cónyuge perjudicado por la disposición de la vivienda sin su consentimiento, quede desprovisto de protección alguna⁷²⁷. En este sentido, debe recordarse que en derecho alemán, pese a existir normas que limitan la posibilidad de disposición del patrimonio en su totalidad⁷²⁸, no se contienen disposiciones referentes a la protección específica de la vivienda familiar y el ajuar doméstico⁷²⁹. Con esta previsión particular, ya resulte de aplicación el derecho alemán o francés, la protección ofrecida será la misma.

Con carácter similar se precisa a su vez que cada uno de los esposos puede contraer por sí solo obligaciones relacionadas con el mantenimiento de la familia y la educación de los hijos⁷³⁰. En estos casos, se produce una responsabilidad solidaria de ambos cónyuges, salvo que dichos gastos resulten excesivos para el nivel de vida de los esposos o siempre que dicha circunstancia fuera conocida o debiera haber sido conocida por la otra

⁷²⁶ Art. 215 Cc francés, aunque el Acuerdo franco-alemán utiliza la noción alemana de ajuar doméstico, al entenderse que esta expresión tiene un contenido de más amplio alcance que el que corresponde a la francesa “meubles meublants” (FUGARDO ESTIVLL, J.M.: *El nuevo régimen económico*, *op. cit.*, p. 21).

⁷²⁷ Como se pone de manifiesto en el informe explicativo al Tratado en relación con el art. 5.

⁷²⁸ Arts. 1365 y 1366 Cc alemán.

⁷²⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El acuerdo Franco–Alemán instituyendo...”, *op. cit.*, p. 405.

⁷³⁰ Art. 6.1 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

parte del contrato⁷³¹. De nuevo, estas medidas pertenecen al régimen primario en derecho francés⁷³², aunque bien es cierto que se contienen disposiciones similares en derecho alemán bajo la rúbrica “Efectos generales del matrimonio”⁷³³.

C. Disolución y liquidación del régimen económico matrimonial

Cuando se produce el divorcio, el fallecimiento de alguno de los cónyuges o un cambio de régimen económico matrimonial, tiene lugar la disolución del régimen económico matrimonial⁷³⁴. No se contiene en el Acuerdo información más precisa sobre dichas causas de disolución, resultando pues necesario completar su regulación con las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación⁷³⁵. En este sentido, debe destacarse que el cambio de régimen económico matrimonial no está sometido a los mismos requisitos en ambos Estados miembro. Así, en Francia, se exige un lapso de tiempo de dos años para proceder a la modificación del régimen económico matrimonial y, en el supuesto específico de que los cónyuges tengan hijos menores de edad o que los acreedores se opongan a tal cambio, es necesario contar con homologación judicial previa⁷³⁶. En Alemania, en cambio, no existen

⁷³¹ *Ibíd.*, Art. 6.2.

⁷³² Art. 220 Cc francés.

⁷³³ Art. 1357 Cc francés.

⁷³⁴ Art. 7 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

⁷³⁵ Como parece deducirse del informe explicativo del Tratado en relación con el art. 7.

⁷³⁶ Art. 1397 Cc francés.

normas específicas para llevar a cambio tal cambio⁷³⁷. Así pues, no resultará cuestión baladí el derecho aplicable, por la celeridad que ofrece el derecho alemán en comparación con el francés.

Disuelto el régimen económico matrimonial, llega el turno de proceder a su liquidación. Para ello, debe compararse el patrimonio inicial y final de cada cónyuge en aras de calcular las ganancias que cada uno ha obtenido. Si las ganancias de un cónyuge exceden las del otro, se genera un derecho de participación correspondiente a la mitad de dicha diferencia⁷³⁸, siempre que dicha cantidad no supere la mitad del patrimonio final del cónyuge acreedor⁷³⁹. El derecho de compensación debe, en principio, ejercerse mediante el pago de una cantidad pecuniaria, aunque cualquiera de los cónyuges puede solicitar al tribunal que dicha compensación se lleve a cabo mediante la transferencia de bienes⁷⁴⁰.

En relación con la valoración inicial del patrimonio, se contienen distintas reglas para bienes muebles e inmuebles. Así, los bienes inmuebles se valoran en la fecha de disolución del régimen⁷⁴¹, mientras que el valor de los bienes muebles se determina en la fecha de su inicio,

⁷³⁷ Con todo, la jurisprudencia ha desarrollado un cierto control del contenido de ciertas cláusulas contractuales de los pactos o capitulaciones matrimoniales, particularmente fundado en la protección de los buenos usos y costumbres, y aunque ello no tiene un impacto directo en el régimen de participación de las adquisiciones como tal, está por ver si la intervención del juez ante un eventual cambio de régimen económico matrimonial puede jugar también aquí. En este sentido, MARTINY, D.: “Aspects de droit international privé du régime optionnel franco-allemand”, *Revue critique droit international privé*, núm. 102, vol. 4, 2013, p. 848.

⁷³⁸ Art. 12.1 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

⁷³⁹ *Ibíd.*, Art. 14.

⁷⁴⁰ *Ibíd.*, Art. 12.2.

⁷⁴¹ *Ibíd.*, Art. 9.2.

cuando éstos se aportaron en el momento de creación del régimen, y en la fecha de su adquisición cuando se adquirieron durante la vigencia del mismo⁷⁴².

Ambos tipos de valoración generan distintas consecuencias para la determinación de las ganancias: en el caso de los bienes inmuebles se excluyen los incrementos de valor para el cálculo de las ganancias, mientras que la valoración de los bienes muebles en el momento inicial produce como consecuencia que los incrementos de valor se computen como ganancias a repartir⁷⁴³. La divergente solución parece, de nuevo, responder la búsqueda de consenso en el proceso de elaboración del texto convencional: para el caso de los bienes muebles se han seguido las reglas del derecho alemán⁷⁴⁴, y para los bienes inmuebles las del derecho francés⁷⁴⁵.

Finalmente, se puntualiza que en el supuesto de que la disolución del régimen económico matrimonial se produzca por divorcio o por otra decisión judicial, el derecho de participación se determinará en función de la composición y valor del patrimonio de los esposos en la fecha de interposición de la demanda judicial⁷⁴⁶.

⁷⁴² *Ibíd.*, Art. 9.1.

⁷⁴³ Como se pone de manifiesto en el informe explicativo al Tratado en relación con el art. 9.

⁷⁴⁴ Art. 1376.1 Cc alemán.

⁷⁴⁵ Art. 1571 Cc francés.

⁷⁴⁶ Art.13 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

*1.1.3. La interrelación entre el régimen ofrecido en el Acuerdo y el
Derecho internacional privado*

Según lo establecido en el Acuerdo, el régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones puede ser designado por los cónyuges siempre que la ley aplicable al régimen económico matrimonial, bien aplicable objetivamente, bien fruto de la autonomía de la voluntad conflictual, sea la ley de un Estado contratante⁷⁴⁷. Ante la ausencia de una mayor especificación, puede entenderse que se está haciendo referencia a las normas de Derecho internacional privado sea cual sea su origen, estatal, convencional o proveniente de la Unión Europea. En virtud de ello, puede anticiparse que, *a priori*, el instrumento unificado no resultará incompatible con la futura unificación conflictual que la Unión Europea está llevando a cabo en materia de régimen económico matrimonial a través de un Reglamento⁷⁴⁸.

La subordinación de la aplicación del instrumento opcional a la previa designación de la ley de un Estado contratante en virtud de las normas de Derecho internacional privado conlleva dos aspectos que es necesario distinguir. El primero hace referencia a la posibilidad de elegir dicho instrumento y, en este sentido, la elección sólo produce plenos efectos si la relación jurídica se rige por la ley de un Estado contratante. La segunda cuestión se refiere a la determinación, en el seno de los Estados contratantes, del derecho que regirá la relación jurídica, pues los

⁷⁴⁷ Podría también elegirse en supuestos puramente domésticos, al ser en éstos la aplicación de la ley de un estado contratante.

⁷⁴⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El acuerdo Franco–Alemania instituyendo...”, *op. cit.*, p. 398.

instrumentos opcionales no son textos completos. Así, por ejemplo, resulta necesario atender a las reglas referentes a la forma de los pactos o capitulaciones matrimoniales contenidas en el derecho interno que resulta de aplicación en virtud de las normas de conflicto del foro, al no regularse este aspecto en el instrumento opcional contenido en el Acuerdo⁷⁴⁹.

El hecho de que el Acuerdo se limite a ofrecer un instrumento opcional que recoge un régimen económico matrimonial en sentido material, acompañado de la actual ausencia de unificación conflictual de la materia en el seno de la Unión Europea conduce a situaciones especialmente curiosas en los matrimonios internacionales. Así, imagínese una pareja de ciudadanos alemanes con residencia actual en Holanda pero que desea trasladarse a Francia, para lo cual están interesados en elegir el régimen de participación de las adquisiciones franco-alemán. La designación de dicho régimen permite vislumbrar varios escenarios que ponen de manifiesto el juego del instrumento unificado con el derecho conflictual.

Así, desde la perspectiva del Derecho internacional privado alemán, la designación de este régimen sería válida, pues la ley aplicable al régimen económico matrimonial en ausencia de autonomía de la voluntad conflictual es la ley de la nacionalidad común de los cónyuges⁷⁵⁰, ley alemana, que es uno de los Estados miembro participantes del acuerdo.

⁷⁴⁹ LAGARDE, P.: “Instrument optionnel international et droit international privé-subordination ou indépendance”, en AA.VV: *A Commitment to private international law. Essays in honour of Hans Van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 291 y MARTINY, D.: “Aspects de droit international privé...”, *op. cit.*, p. 855.

⁷⁵⁰ Art. 14 (1) 1 Cc alemán.

Por el contrario, desde el punto de vista de la norma de conflicto francesa, el Convenio de la Haya de 1978, la ley aplicable al régimen económico matrimonial cuando los cónyuges no hubieran elegido el ordenamiento regulador sería la ley de la primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio⁷⁵¹, ley holandesa, que no es uno de los Estados contratantes y, por lo tanto, la designación del régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones no sería, en principio, posible.

Por tanto, si los matrimonios internacionales desean elegir este régimen económico matrimonial tendrán que prever el contenido de las normas de conflicto nacionales ante cuyos operadores se dirijan, que deberá conducir al derecho de un Estado que haya ratificado el Convenio. Lo relevante, por tanto, no será que se dirijan ante las autoridades de un Estado miembro que haya ratificado el Acuerdo –en estos momentos, únicamente Francia o Alemania-, sino que ante las autoridades de un Estado miembro en el que, por el juego de las normas de conflicto, se designe el derecho de uno de dichos Estados.

Existen, empero, dos posibilidades que permitirían la elección del régimen unificado más allá de la limitación a la que se acaba de hacer mención.

La primera de ellas, sería acompañar la designación del régimen de participación de las adquisiciones de la elección de la ley de un Estado contratante, siempre que sea posible en virtud de las normas de conflicto

⁷⁵¹ Art. 4.1º párr. CHLARM.

del foro. En el ejemplo anterior consistiría en que los cónyuges, con ocasión de su traslado a Francia, eligieran el derecho alemán –ley de su nacionalidad común- o el derecho francés –ley de su residencia habitual-⁷⁵², de modo que la elección del régimen económico franco-alemán ya se encontraría dentro de los límites que el propio Tratado establece⁷⁵³.

Por otro lado, en segundo lugar, cabría perfectamente la posibilidad de realizar una incorporación por referencia al Acuerdo a través del juego de la autonomía de la voluntad material. Para ello, eso sí, el derecho designado por la norma de conflicto debe permitir la designación de cualquier régimen económico matrimonial, aunque no sea uno de los ofrecidos en su propia legislación. En el ejemplo propuesto, debe tenerse presente que en virtud del derecho holandés los cónyuges pueden crear un régimen *ad hoc* y, por tanto, podrían elegir perfectamente el instrumento unificado⁷⁵⁴.

1.1.4. *La adhesión al Acuerdo de los Estados miembro de la Unión Europea*

Como se ha indicado anteriormente, el Convenio bilateral expresa su carácter abierto, esto es, cualquier Estado miembro de la Unión Europea puede adherirse al mismo⁷⁵⁵. Para conseguir este fin, las Ministras de justicia francesa y alemana remitieron a los Ministerios de Justicia de los distintos Estados miembro de la Unión Europea una invitación para

⁷⁵² Art. 3. 2º CHLARM.

⁷⁵³ LAGARDE, P.: “Instrument optionnel international...”, *op. cit.*, pp. 292-293.

⁷⁵⁴ Art. 1:121.2º Cc holandés.

⁷⁵⁵ Art. 21 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

promocionar este régimen económico matrimonial. Sin embargo, en la actualidad, únicamente han mostrado interés en su adhesión Luxemburgo, Bulgaria y Hungría⁷⁵⁶, habiendo pasado bastante desapercibido en la mayoría de Estados miembro, como también en España.

En nuestro ordenamiento jurídico, el régimen de participación de las ganancias es uno de los regímenes facultativos que fue introducido por la amplia reforma del derecho de familia desarrollada por la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*⁷⁵⁷. Por ello, la introducción del régimen económico matrimonial franco-alemán, que instaura un régimen de tipo participación, no resultaría extraña para España.

No obstante, pese a esta afirmación de partida, existen algunas disimilitudes entre ambos regímenes⁷⁵⁸. Así, por ejemplo, en el régimen de participaciones español, se prohíbe que si existen descendientes comunes se pacte una participación que no sea por mitad⁷⁵⁹, mientras que el régimen franco-alemán, permite modificar el derecho de participación sin excepción alguna⁷⁶⁰. Otra diferencia consiste en que mientras el régimen ofrecido en España determina sin mayor especificidad que se computarán como patrimonio final el valor de los bienes que uno de los cónyuges hubiere dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, así

⁷⁵⁶ FUGARDO ESTIVLL, J.M.: *El nuevo régimen económico...*, op. cit., p. 27.

⁷⁵⁷ BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 93.

⁷⁵⁹ Art. 1430 Cc.

⁷⁶⁰ Art. 3.3 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

como los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro⁷⁶¹, el régimen económico matrimonial creado por el Acuerdo limita dicha inclusión a los diez años anteriores a la disolución del régimen económico matrimonial o si concurrió el asentimiento del otro cónyuges⁷⁶².

Por otro lado, en algunas Comunidades Autónomas con derecho civil propio, como es el caso de Cataluña, también se ofrece el régimen de participación de las ganancias, aunque como ocurría en el caso del régimen general o común en España, con importantes distinciones respecto del régimen instaurado por el Acuerdo⁷⁶³. Una de estas diferencias consiste en que, mientras en derecho catalán los pactos que atribuyan una participación en las ganancias distinta a la mitad del incremento del patrimonio sólo son válidos si se establecen con carácter recíproco a favor de cualquiera de los cónyuges⁷⁶⁴, en el régimen franco-alemán se puede pactar sin restricción alguna, beneficiándose o perjudicando a cualquiera de los cónyuges⁷⁶⁵. Por otro lado, el régimen de participación en las ganancias catalán, añade algunos motivos de extinción del régimen que no se encuentran presentes en el régimen unificado, como son la separación de hecho de los cónyuges por un periodo superior a seis meses o el incumplimiento grave o reiterado del deber de información⁷⁶⁶.

⁷⁶¹ Arts. 1423 y 1424 Cc.

⁷⁶² Art. 10. últ. párr. Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

⁷⁶³ FUGARDO ESTIVLL, J.M.: *El nuevo régimen económico...*, op. cit., p. 97.

⁷⁶⁴ Art. 232-15.1 Cc catalán.

⁷⁶⁵ Art. 3.3 Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones.

⁷⁶⁶ Art. 232-16 Cc catalán.

Si finalmente España decidiera ratificar el Acuerdo, debe recordarse que sólo el Gobierno Central goza de competencia exclusiva en las relaciones internacionales⁷⁶⁷ y que los tratados y acuerdos internacionales, una vez publicados oficialmente forman parte del ordenamiento interno español y sólo podrán ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios tratados o acuerdos conforme a las normas generales de Derecho internacional⁷⁶⁸. No se contienen en el Acuerdo disposiciones relativas a la aplicación del Acuerdo en Estados plurilegislativos, por lo que la adhesión al mismo sólo podrá acometerse y deberá vincularse a través de los correspondientes mecanismos parlamentarios estatales⁷⁶⁹.

En este sentido, se ha criticado la inconveniencia de que la posibilidad de adhesión al régimen se haya ofrecido únicamente al Ministerio de Justicia Español y no a las Consejerías de Justicia de las Comunidades Autónomas con legislación propia en materia de régimen económico matrimonial, pues no cabe duda de que aunque el Acuerdo podría no haber resultado interesante en todo el territorio español, sí podría haberlo sido en algunas partes del mismo, especialmente en aquellas Comunidades Autónomas cuyos ciudadanos guardan vínculos personales con Francia y Alemania. La competencia exclusiva del Estado para concluir acuerdos internacionales dificulta, en cualquier caso, una aplicación divergente del acuerdo en España, habiéndose denunciado la

⁷⁶⁷ Art. 149.1.3º CE.

⁷⁶⁸ Art. 96 CE y 1.5 Cc.

⁷⁶⁹ FUGARDO ESTIVLL, J.M.: *El nuevo régimen económico...*, op. cit., pp. 95-96.

necesidad de que el Estado español asuma las consecuencias de la descentralización también en sus relaciones externas⁷⁷⁰.

1.1.5. Valoración global

Teniendo presente que el Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones cuenta ya con más de cuatro años de antigüedad, puede concluirse que no ha tenido el éxito esperado, al menos en términos de Estados miembro que incorporan el régimen unificado a los ofrecidos en sus legislaciones nacionales y, por tanto, no se erige como una solución global y definitiva en el proceso de unificación de los regímenes matrimoniales. Aún es más, el ofrecimiento de un nuevo régimen económico matrimonial puede suponer para los Estados miembro que no forman parte del Acuerdo una complicación de la situación actual pues el nuevo régimen económico matrimonial no es sino un nuevo derecho extranjero a aplicar por los operadores judiciales y extrajudiciales de cada ordenamiento jurídico. Las razones por las que este régimen matrimonial unificado no está teniendo la aceptación esperada son de diverso tipo y condición, si bien es cierto que algunas de ellas presentan una especial relevancia.

En primer lugar, el hecho de que únicamente Alemania y Francia hayan participado en su elaboración puede estar suponiendo una falta de interés del resto de Estados miembro, al considerar que las peculiaridades de sus regímenes económico matrimoniales no se han tenido en cuenta.

⁷⁷⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El Acuerdo Franco-Alemán instituyendo...”, *op. cit.*, pp. 414-415.

Así pues, debe recordarse que el régimen propuesto se inspira, únicamente, en los regímenes de participación de ambos ordenamientos jurídicos⁷⁷¹.

En cualquier caso, tampoco está garantizado su éxito ni en Francia ni en Alemania, por diversas razones. En el primero de ellos porque, pese a que desde 1965 se observan lentos progresos en cuanto a la adopción de los regímenes de participación⁷⁷², lo cierto es que sólo es adoptado por aproximadamente un tres por mil de los matrimonios que otorgan capitulaciones matrimoniales⁷⁷³, pudiendo concluirse pues que no ha sido recibido un enorme entusiasmo en Francia⁷⁷⁴. De hecho, el legislador francés, a diferencia del alemán, no ha insertado este régimen en su Código civil. Por su parte, en Alemania, la comodidad liquidadora del régimen económico legal vigente restringe el interés del nuevo régimen económico matrimonial, salvo en aquellos supuestos en que los cónyuges deseen limitar la legítima de los descendientes desheredados⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ *Ibíd.*, p. 415.

⁷⁷² MALAURIE, P. y AYNÈS, L.: *Les régimes matrimoniaux*, París, Defrénois, 3º ed., 2010, p. 329.

⁷⁷³ DAGOMA, S.: *Rapport au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le sénat, autorisant la ratification de l'accord entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts*, p. 12.

⁷⁷⁴ NAUDIN, E.: "Le régime matrimonial optionnel de la participation aux acquets établi par l'accord franco-allemand du février 2010: un modèle pour une future harmonisation européenne?", *Actes de la XV édition des journées juridiques franco-roumaines. Le droit comparé face à l'harmonisation des droits*, 2011, p. 28 y LETELLIER, H.: "Droit patrimonial de la Famille: les régimes matrimoniaux", en BALDUS, C. y MÜLLER-GRAFF, P.C. (eds.): *Droit privé européen: l'unité dans la diversité: Convergences en droit des biens de la famille et des successions?*, München, Sellier european law publishers, 2011, p. 146.

⁷⁷⁵ FUGARDO ESTIVLL, J.M.: *El nuevo régimen económico...*, *op. cit.*, p. 55.

Por otro lado, no debe perderse de vista que el régimen económico matrimonial franco-alemán, al no introducirse como régimen legal en los Estados miembro que han ratificado del Acuerdo requiere un cambio de régimen económico matrimonial lo que sumado al hecho de que los regímenes de tipo participación son de escasa tradición entre los Estados miembro⁷⁷⁶, puede explicar que el ofrecimiento de dichos régimen sea considerado en algunos Estados miembro como residual e innecesario.

Otro de los motivos que explican la falta de éxito de este Convenio es precisamente su gestación por la acción intergubernamental y no bajo la supervisión de un organismo como la Unión Europea, que viene consolidándose como el actor protagonista en el proceso de unificación y armonización del derecho de familia. Aunque la creación del régimen económico de participación de las adquisiciones se trata de un instrumento de derecho sustantivo y no conflictual, la situación acaecida puede asemejarse a la ocurrida en relación con la Conferencia de la Haya, cuyo proceso de codificación del Derecho internacional privado ha ido perdiendo relevancia en detrimento de la Unión Europea. Por tanto, teniendo presente que el derecho de familia es una materia sobre la que los Estados miembro intentar retener los mayores niveles de soberanía, parece evidente de una “cesión” de la misma sólo va a producirse ante un órgano de la máxima confianza como es la Unión Europea.

Como última hipótesis, se descarta que el contenido y el alcance del acuerdo no hayan sido asimilados en su totalidad por los Estados miembro. En cualquier caso, quizá pudo haberse insistido más en que este

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p, 30.

régimen para nada alteraba los regímenes ya existentes en cada ordenamiento jurídico ni tampoco las normas de conflicto, sino que simplemente pretendía ser una vía alternativa más. Tampoco diseñaba este Acuerdo un vigesimonoveno régimen económico matrimonial europeo añadido a los ya existentes en los distintos Estados miembro, sino que se establece un régimen económico matrimonial opcional de derecho interno con la peculiaridad de que este mismo régimen forma parte del derecho interno de los Estados firmantes del acuerdo, favoreciéndose así una aplicación uniforme del mismo⁷⁷⁷.

Por otro lado, debe indicarse que este Convenio podría incentivar la aparición de más tratados bilaterales que ofrezcan nuevos regímenes matrimoniales, produciéndose entonces una *race of unification models*, que supondría una multiplicación de los regímenes existentes en vez de contribuir al proceso de unificación material del derecho de familia⁷⁷⁸. De este modo, algunos Estados miembro, tomando en consideración factores como el mayor colectivo de inmigrantes que reciben en su territorio o el principal destino de emigración de sus nacionales, podrían ofrecer concretos regímenes económico matrimoniales, que facilitarían, no sólo la libre circulación de los ciudadanos entre los Estados miembro participantes, sino también la labor de los operadores jurídicos de aplicar dichos regímenes.

⁷⁷⁷ *Ibíd.*, p. 29.

⁷⁷⁸ FÖTSCHL, A.: “The common optional matrimonial property regime of Germany and France. Epoch-making in the unification of law”, *Yearbook of private international law*, vol. 11, 2009, p. 403: “...from a broader perspective, there is a far greater danger than non-accession, namely the chaos that would ensue if other States were minded to follow the French-German example and create their own bilateral solutions, which could even compete with the COMPR for accessions”.

En cualquier caso, el proceso que se estaría llevando a cabo sería el inverso al deseado, más bien una desintegración, en la que únicamente un determinado grupo de Estados miembro tiene en cuenta sus intereses particulares como justificación para proceder a la unificación.

Por último, es necesario recordar que hoy en día son pocos los cónyuges que eligen un régimen económico matrimonial, resultando pues de aplicación los regímenes económico matrimoniales legales previstos en el derecho de cada Estado miembro. Dado que el régimen previsto en el Convenio no viene a constituirse como el régimen aplicable en defecto de elección por las partes, su éxito aparecerá vinculado, entre otros factores, a la posible promoción que, especialmente en los círculos notariales, se de al mismo⁷⁷⁹. El objetivo en sí es ambicioso, pues como demuestra la práctica, los cónyuges todavía se muestran reacios a la elección tanto de un régimen económico matrimonial como de una ley aplicable.

Precisamente la circunstancia de que el régimen creado no sea el aplicable a falta de elección –único escenario, sin embargo posible, pues resulta impensable que los Estados miembro acepten modificar sus regímenes legales en detrimento del instrumento unificado- despliega importantes interrogantes en relación con los problemas descritos.

1) En primer lugar, la unificación normativa material se antoja insuficiente para corregir el *forum shopping*. El hecho de que las normas de conflicto de los Estados miembro y los regímenes legales sigan siendo distintos, mantiene la posibilidad de que el cónyuge más informado pueda

⁷⁷⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El acuerdo franco-alemán...”, *op. cit.*, p. 416

beneficiarse de esta situación y presentar la demanda ante los tribunales de un Estado miembro con una legislación favorecedora para sus intereses.

2) Por lo que respecta al *law shopping*, es evidente que un instrumento unificado sustantivo tampoco afecta en nada al divergente grado de autonomía de la voluntad conflictual, aún es más, lo potencial a nivel material, pues la elección de una determinada ley –la de un Estado miembro que haya ratificado el Convenio- ofrece un régimen adicional.

3) Finalmente, en relación con la incertidumbre e inseguridad jurídica, caben distintas posibilidades. Por un lado, podría argumentarse que la posibilidad de utilización de un régimen económico matrimonial que, *a priori*, se aplica y es el mismo en varios Estados miembro, produce enormes niveles de certeza legal⁷⁸⁰. Sin embargo, está por ver si la práctica jurídica de los Estados miembro que aplican el régimen de participación de las adquisiciones se desarrolla de la misma manera⁷⁸¹. Por otro lado, dado que el régimen unificado no es “completo” en todos sus aspectos y requiere de un derecho nacional para regular todos sus términos, los resultados serán divergentes según las autoridades del Estado miembro a la que se dirijan los cónyuges, y ello no sólo por la diversidad normativa conflictual, sino también por la material.

⁷⁸⁰ NICOLAS, H.: “Le régime matrimonial optionnel issu de l’accord franco-allemand du février 2010”, 2012, p. 6, disponible en : [http://www.helenicolasavocat.de/pdf/120608_intervention_regime_matrimonial_FRAL L.pdf](http://www.helenicolasavocat.de/pdf/120608_intervention_regime_matrimonial_FRAL_L.pdf) (último acceso 29.12.2014).

⁷⁸¹ DEVAUX, A.: “The Franco-German Agreement on the Optional Matrimonial Property Regime: A New Practical Tool in the Movement towards the Harmonization of the European Substantive Rules in Family Law”, *Indiana University Robert H. McKinney School of Law Legal Studies Research Paper Series*, 2014.

En definitiva, la importancia de este Convenio radica en que por primera vez, y aunque con carácter opcional, idénticas reglas de derecho sustantivo de familia pueden ser aplicadas en dos Estados miembro, constituyéndose la vía intergubernamental como una interesan vía para la unificación del derecho material⁷⁸².

1.2. Los principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales de los cónyuges

1.2.1. Introducción

Como se ha indicado al inicio del capítulo, hasta el momento presente, el proceso de integración europea no ha llevado aparejado, por las razones apuntadas, una unificación o armonización del derecho sustantivo de los distintos Estados miembro. Aunque se han desarrollado iniciativas armonizadoras en algunos sectores, como el derecho patrimonial⁷⁸³, la diversidad normativa de los Estados miembro sigue permaneciendo intacta en términos generales.

Con todo, en la última década se está asistiendo a un incremento del número de estudios de derecho comparado, que tienen como fin la búsqueda de principios comunes a los ordenamientos de los distintos Estados miembro⁷⁸⁴. Aunque estas iniciativas suelen provenir del ámbito

⁷⁸² DETHLOFF, N.: “The Franco–German Optional...”, *op. cit.* p. 538.

⁷⁸³ SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, pp. 43 y ss.

⁷⁸⁴ CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial”, en DI FILIPPO, M., CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ BENOT, A. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. (coords.): *Hacia un derecho conflictual*

académico y, por tanto, resultan ajenas a las instituciones de la Unión Europea, en algunos casos, como en el área de derecho de contratos, sí han sido tenidas en cuenta e incluso se han convertido en la base sobre la que se ha inspirado algún instrumento de la Unión Europea⁷⁸⁵.

Precisamente en el ámbito del derecho de familia deben destacarse los trabajos elaborados por la Comisión sobre derecho de familia europeo⁷⁸⁶ (en adelante, CEFL), que fue creada en el año 2001, como una iniciativa puramente académica, totalmente independiente de cualquier organismo o institución. Actualmente recoge a 26 jurisdicciones europeas⁷⁸⁷, representadas por expertos —académicos, jueces y abogados— en el área de derecho de familia y su objetivo primario es la armonización del derecho de familia en Europa⁷⁸⁸.

Para ello, se elaboran cuestionarios comunes sobre los temas objeto de investigación, a ser contestados por los miembros de cada jurisdicción europea, de suerte que el análisis comparado de los mismos da como

europo: realizaciones y perspectivas, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, p. 107.

⁷⁸⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM (2011) 635 final.

⁷⁸⁶ <http://ceflonline.net/> (último acceso 29.12.2014).

⁷⁸⁷ BOELE-WOELKI, K. y JÄNTERÄ JAREBORG, M.: “Initial results of the CEFL in the field of property relationships between spouses”, en BOELE WOELKI, K., MILES, J. y SCHERPE, J. (eds.): *The future of family property in Europe*, Intersentia, Cambridge, p. 54: “It should be noted that the CEFL principles are not only aimed for EU Member States but for all jurisdictions in Europe, as is reflected in the range of comparative surveys in the preparatory work of the forthcoming CEFL principles”.

⁷⁸⁸ BOELE-WOELKI, K.: “The working method of the Commission on European family law”, en BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, 2005, pp. 14–38 y BOELE-WOELKI, K.: “The principles of European family law: its aims and prospects”, *Utrecht Law review*, vol. 1, issue 2, pp. 160–168.

resultado una serie de principios, que pretenden servir de inspiración a los distintos legisladores nacionales europeos en la elaboración de sus normas internas de derecho de familia⁷⁸⁹. Su utilidad, empero, trasciende dichos límites ya que dichos principios pueden resultar interesantes desde un punto de vista científico, al estar basados en un estudio comparado de los distintos Estados participantes, y desde el punto de vista de una hipotética armonización futura del derecho europeo, desmarcándose como una base consensuada sobre la que podrían partir futuros instrumentos⁷⁹⁰.

Después de haber elaborado los principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados (2004)⁷⁹¹ y sobre la responsabilidad parental (2007)⁷⁹², la CEFL presentó en el año 2013 los

⁷⁸⁹ BOELE-WOELKI, K. y JÄNTERÄ JAREBORG, M.: “Initial results...”, *op. cit.*, p. 48: “If a national legislature takes this comparative material into account and –more importantly– finally decides to use the Principles as a source of inspiration when adopting new rules in family law, the ultimate goal of the CEFL has been achieved”. Recientemente, los principios de la CEFL inspiraron los legisladores portugueses (*Lei do divorcio* 2008), noruegos (*Children Act* 2010) y croatas (*Bill* 2013), en las reformas referentes al divorcio y a la responsabilidad parental, respectivamente.

⁷⁹⁰ CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003...”, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁹¹ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law regarding Divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Antwerpen, 2004. Sobre los mismos, *vid.*, ROTH, M.: “Future Divorce law—two types of divorce”, en BOELE WOELKI, K. (ed.): *Common core...*, *op. cit.*, 41 y ss.; AGELL, A.: “The underlying principles of consensual divorce”, en *Ibid.*, pp. 59 y ss.; FERRAND, F.: “Divorce and spousal agreements”, en *Ibid.*, pp. 71 y ss. y VERSCHRAEGEN, B.: “Comments on the Principles of European family law: Divorce and maintenance between former spouses”, en *Ibid.*, pp. 135 y ss.

⁷⁹² BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law regarding parental responsibilities*, Intersentia, Antwerpen, 2007. Sobre los mismos, *vid.*, MAIR, J. y ÖRÜCÜ, E. (eds.): *Juxtaposing legal systems and the principles of European family law on parental responsibilities*, Intersentia, Antwerpen, 2010; BOELE-WOELKI, K.: “The CEFL principles regarding parental responsibilities: predominance of common core”, en BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European challenges...*, *op. cit.*, pp. 63-83 y BOELE-WOELKI,

principios sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges⁷⁹³, cuyo contenido e implicaciones se estudiará a continuación⁷⁹⁴.

1.2.2. Los principios elaborados por la Comisión sobre derecho de familia europeo (CEFL)

A. Introducción

La organización de los principios relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges está basada en tres grandes bloques bien diferenciados: los derechos y deberes generales de los cónyuges (III.1.2.2.B), las capitulaciones matrimoniales acerca de las relaciones patrimoniales de los cónyuges (III.1.2.2.C) y los regímenes económico matrimoniales (III.1.2.2.D). Se trata de una estructura lógica, en la que la primera de las partes hace referencia a aquellas disposiciones de carácter eminentemente patrimonial y que se aplican por el mero hecho del matrimonio, resultando indisponibles para las partes. La segunda y la tercera se ocupan del estudio de los regímenes matrimoniales secundarios, ofreciéndose con carácter previo la autonomía de la voluntad y

K.: "Parental responsibility-CEFL's initial results", en BOELE WOELKI, K. (ed.): *Common core...*, *op. cit.*, pp. 141-168.

⁷⁹³ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 1-420.

⁷⁹⁴ Téngase en cuenta que la bibliografía utilizada en el análisis de los principios de la CEFL sobre las relaciones patrimoniales entre los cónyuges es escasa y que se limita a los capítulos de libro o comentarios que los propios creadores de los principios han realizado hasta el momento.

posteriormente dos regímenes matrimoniales legales, la participación en las ganancias y la comunidad de gananciales.

En el diseño de dichos principios, la CEFL ha empleado indistintamente un método *common core* o un método *better law*, como se irá viendo a lo largo de su exposición y análisis. En virtud del primero de ellos, la redacción de un determinado principio vendría justificada por el hecho de que representa la opción común entre los distintos ordenamientos jurídicos que han sido tenidos en cuenta para su elaboración⁷⁹⁵, mientras que el segundo sugiere la opción más apta y adecuada de entre todos ellos, aunque sea residual⁷⁹⁶. Junto a ello, debe tenerse presente que aunque los principios presenten en términos generales un carácter compacto y completo, existen determinadas cuestiones que no se encuentran reguladas en los mismos y que obligan, por ende, a atender al derecho del foro para poder ser respondidas.

B. *Derechos y deberes generales de los cónyuges*

El bloque de los derechos y deberes generales de los cónyuges que, recuérdese se aplican con independencia del concreto régimen económico matrimonial secundario que regule la relación patrimonial de los cónyuges y por el mero hecho del matrimonio, se articula en nueve principios bien

⁷⁹⁵ ANTOKOLSKIA, M.: “The “better law” approach and the harmonisation of family law”, en BOELE-WOELKI, K.: *Perspectives for the unification...*, *op. cit.*, p. 160: “The common core method seems easiest to use because it makes justifying the choice of a particular rule very simple: the rule has been chosen merely because it represents a majority of jurisdictions”.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 162: “...select the better rule among the diverging rules existing in the national jurisdictions, or to engineer a better rule if no existing solution seems satisfactory”.

diferenciados que pueden ser agrupados atendiendo a los fines que se protegen.

1) El primero de ellos, consagra la aplicación de todos los principios contenidos en esta parte –derechos y deberes generales de los cónyuges– sea cual sea el régimen económico matrimonial entre los cónyuges⁷⁹⁷. Como se indicó en el capítulo 1 de la tesis doctoral, estas disposiciones se aplican con independencia del régimen económico matrimonial secundario, bien convencional bien legal⁷⁹⁸, y en algunos ordenamientos jurídicos reciben el nombre de régimen económico matrimonial primario.

2) Por otro lado, en relación con el ámbito de aplicación personal, existe un principio que resalta la igualdad de los cónyuges⁷⁹⁹, en el sentido de que todas las disposiciones contenidas en este instrumento se aplican indistintamente al hombre y a la mujer, evitando todo tipo de discriminación por razón de género.

3) Por último, el tercero de los principios elaborados hace referencia a la capacidad jurídica de los cónyuges, remarcándose la independencia patrimonial de la que éstos gozan para celebrar negocios jurídicos entre

⁷⁹⁷ Principio 4:1 Aplicación general.

⁷⁹⁸ BOELE-WOELKI, K.: “General rights and duties in the CEFL principles on property relations between spouses”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Intersentia, Cambridge, 2014, p. 7.

⁷⁹⁹ Principio 4:2 Igualdad de los cónyuges.

ellos y con terceras personas⁸⁰⁰. Dicho principio, sin embargo, se sujeta a dos limitaciones⁸⁰¹.

La primera de ellas, referente a la protección de la vivienda familiar y del ajuar doméstico⁸⁰², pues cuando se realicen actos de disposición sobre los mismos, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges o la ratificación posterior de uno de ellos si el otro realizó el negocio de modo unilateral. La sanción a la que se enfrenta el incumplimiento de dicho principio es la anulabilidad del negocio jurídico, quedando el ejercicio de dicha acción regulado por el derecho nacional, en especial en lo referente a su plazo de interposición⁸⁰³. Con carácter similar se contiene un principio referente a la protección del arrendamiento que se utilizara como vivienda familiar⁸⁰⁴, siendo necesario el consentimiento de ambos cónyuges para modificar o cancelar el contrato de arrendamiento y resultando indispensable que dichas medidas sean notificadas a ambos por parte del arrendador.

La capacidad jurídica de ambos cónyuges se ve limitada tanto por el principio relativo a la obligación de información de ambos cónyuges respecto del patrimonio que ostentan, como en relación con los actos de administración importantes⁸⁰⁵. Este principio depende en gran medida del

⁸⁰⁰ Principio 4:3 Capacidad jurídica de los cónyuges.

⁸⁰¹ BOELE-WOELKI, K.: "General rights and duties in the CEFL principles on property relations between spouses", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁰² Principio 4:5 Protección de la vivienda familiar y del ajuar doméstico.

⁸⁰³ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 71.

⁸⁰⁴ Principio 4:6 Protección del arrendamiento relativo a la vivienda familiar.

⁸⁰⁵ Principio 4:8 Obligación de informar.

régimen económico matrimonial secundario que efectivamente regule las relaciones entre los cónyuges y del derecho nacional que resulte de aplicación. En este sentido, será bajo dicho marco jurídico donde se encuentre el modo de ejercicio del derecho sobre la vivienda familiar, el grado de información requerida, así como los concretos actos de disposición sobre los que se requiere la información. El objetivo de esta medida no es otro que el de salvaguardar el riesgo de que uno de los cónyuges utilice o disponga inadecuadamente de sus bienes propios o de aquellos pertenecientes a la comunidad en detrimento del otro, dando por tanto la oportunidad al cónyuge perjudicado de tomar las medidas necesarias⁸⁰⁶.

4) Por otro lado, otro de los principios indisponibles para las partes es la posibilidad de que un cónyuge pueda otorgar mandato al otro para que le represente en la realización de determinados actos jurídicos⁸⁰⁷, siendo esta una medida de *common core*. Esta disposición, como ocurría con la referente al deber de información, resulta incompleta, debiendo pues regularse en virtud del derecho nacional, que determinará las situaciones, implicaciones y requisitos de los poderes de representación, así como si el consentimiento debe prestarse por escrito o escritura notarial o si resulta válida una autorización implícita. Por otro lado, este principio se completa con una disposición de *better law*, únicamente contenida en el derecho de algunos Estados europeos, que indica que si un

⁸⁰⁶ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁸⁰⁷ Principio 4:7 Representación.

cónyuge no estuviere en condiciones de manifestar su voluntad, la autoridad competente podrá autorizar al otro cónyuge en la realización unilateral de negocios jurídicos, siempre que éstos tuvieran en cuenta los intereses de la familia⁸⁰⁸.

5) Finalmente, ambos cónyuges están obligados a contribuir a las necesidades de la familia de acuerdo con sus capacidades económicas, en especial en relación con el mantenimiento del hogar, las necesidades personales de los cónyuges y la educación de los hijos⁸⁰⁹. Sobre dicha obligación general cabe plantearse bajo qué límites, tanto de contenido como temporales, resulta posible pactar y en este sentido resulta, de nuevo, indispensable ahondar en el ordenamiento regulador de la situación jurídica para verificar dicha posibilidad.

C. Capitulaciones matrimoniales acerca de las relaciones patrimoniales de los cónyuges

El segundo bloque de principios elaborados por la CEFL hace referencia a la celebración de pactos o capitulaciones matrimoniales entre los cónyuges para escoger un régimen económico matrimonial⁸¹⁰.

El primero de los principios pertenecientes a este segundo bloque, aunque no define detalladamente tales acuerdos, sí clarifica que puede concluirse antes o durante el matrimonio, quedando perfectamente

⁸⁰⁸ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁸⁰⁹ Principio 4:4 Contribución a las necesidades de la familia.

⁸¹⁰ Principio 4:10 Concepto.

consagrada la mutabilidad del régimen económico matrimonial. Como se verá en el siguiente apartado, los concretos regímenes económico matrimoniales que se ofrecen son la participación en las ganancias y la comunidad de gananciales, permitiéndose pactar, eso sí, cualquier otro tipo de régimen económico matrimonial si el ordenamiento jurídico en el cual se encuadra el régimen económico matrimonial lo permite⁸¹¹. El contenido de tales acuerdos, sin embargo, puede versar no sólo sobre la elección de un determinado régimen económico matrimonial, sino también sobre la restricción del mismo a un determinado número de bienes o su aplicabilidad durante un periodo de tiempo⁸¹².

En cuanto a los caracteres de los pactos o capitulaciones matrimoniales, la CEFL únicamente contiene información sobre los requisitos formales, la revelación del patrimonio, las obligaciones del notario u otro profesional jurídico que ejerza funciones equivalentes, los efectos frente a terceros y la excepcional onerosidad. De ello se evidencia que será necesario atender al derecho nacional que resulte de aplicación en aras de completar sus rasgos definidores.

En primer lugar, por lo que respecta a los requisitos formales de los pactos o capitulaciones, los principios indican que éstos deben ser realizados ante un notario u otro profesional jurídico que ejerza funciones

⁸¹¹ LOWE, N.: "Marital property agreements", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, p. 17.

⁸¹² BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 166-167.

equivalentes⁸¹³. Ello significa, como mínimo, el asesoramiento imparcial y separado de cada uno de los cónyuges, el aseguramiento de que cada uno de ellos entiende las consecuencias jurídicas del acuerdo y la verificación de la libre prestación del consentimiento⁸¹⁴. No se contiene en los principios información sobre las posibles consecuencias que para el notario el funcionario equivalente podrá tener el desentendimiento de sus funciones, aunque se propone una solución de *common law* consistente en el establecimiento de una sanción disciplinaria⁸¹⁵.

Junto a ello, se indican como requisitos formales que el acuerdo debe ser firmado por ambos cónyuges y fechado y no se especifican exigencias adicionales tales como la presencia de testigos o la homologación judicial del acuerdo que, en su caso, serían exigidos por el derecho nacional que regula el régimen económico matrimonial⁸¹⁶.

Como último requisito y como solución de *better law* se exige la revelación del patrimonio de ambos cónyuges, de modo que el acuerdo se formalice en un entorno de absoluta transparencia⁸¹⁷. No propone, sin embargo, la CEFL los posibles efectos de la no revelación del patrimonio entre los cónyuges, quedando tal cuestión a ser resuelta por el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación⁸¹⁸.

⁸¹³ Principio 4:11 Requisitos formales.

⁸¹⁴ Principio 4:13 Obligaciones del notario u otro profesional jurídico que ejerza funciones equivalentes.

⁸¹⁵ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 129.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 122.

⁸¹⁷ Principio 4:12 Revelación de patrimonio.

⁸¹⁸ LOWE, N.: "Marital property agreements", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, p. 18.

En relación con los efectos frente a terceros, únicamente se indica que los pactos o capitulaciones matrimoniales son oponibles si la información contenida en el acuerdo constara en documento público o si los terceros tuvieran conocimiento de las cláusulas pertinentes de las capitulaciones⁸¹⁹, pero no se aporta información alguna en lo referente al registro del acuerdo ni al momento en que el acuerdo resulta vinculante. Como se viene indicando, en aquellos casos en que los principios no contengan una detallada regulación del aspecto en cuestión, deberá estarse al derecho nacional⁸²⁰.

Finalmente, y aunque en la mayoría de Estados miembro con tradición civilista no resulta posible⁸²¹, la CEFL establece en uno de sus principios que la autoridad competente podrá descartar o adaptar el contenido de las capitulaciones matrimoniales en casos de excepcional onerosidad para uno de los cónyuges⁸²². Aunque dicho principio no define bajo qué circunstancias puede producirse esta medida excepcional, la CEFL indica que su inclusión responde fundamentalmente a tres razones. La primera que, frecuentemente, en el momento de realización del acuerdo, ambas partes no contemplan un escenario negativo de la unión conyugal. En segundo lugar, se indica que algunas partes sufren importantes presiones por algunos miembros de la familia que alejan el contenido del acuerdo de lo que era su voluntad real. Finalmente se

⁸¹⁹ Principio 4:14 Efectos frente a terceros.

⁸²⁰ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 134.

⁸²¹ LOWE, N.: "Marital property agreements", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁸²² Principio 4:15 Excepcional onerosidad.

propone modificar el acuerdo si en el momento de su cumplimiento las circunstancias resultaban muy diferentes en relación con el momento en que el acuerdo se realizó⁸²³.

D. Regímenes económico matrimoniales ofrecidos

El tercer bloque de principios parte de la consideración de que en Europa existen dos grandes grupos de regímenes económico matrimoniales, a saber, los basados en un sistema de comunidad (III.1.2.2.D.b) y los cimentados en la separación de bienes, entre los que se incluirían los sistemas de participación (III.1.2.2.D.a). A partir de este dato se han buscado los caracteres comunes de los distintos subtipos de regímenes de comunidad y participación existentes en Europa, que son reformulados en forma de principios para articular el concreto ofrecimiento de dos regímenes económico matrimoniales, como se verá a continuación.

a. La participación de las ganancias

El régimen de participación de las ganancias ofrecido por la CEFL tiene por objetivo promover la autosuficiencia, la igualdad de género y la autonomía de los cónyuges, aunque tomando igualmente en consideración la solidaridad y justicia entre ellos. Para ello se parte de la separación de patrimonio durante la vigencia del régimen económico matrimonial,

⁸²³ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 138.

generándose al tiempo de su disolución un derecho de participación correspondiente a la mitad del balance positivo de las ganancias acumuladas durante el matrimonio⁸²⁴.

i. Composición del patrimonio

Durante la vigencia del régimen económico matrimonial el régimen de participación de las ganancias considera como separados los patrimonios de ambos cónyuges, aunque ello constituye una ficción en cuanto a que al tiempo de la disolución del mismo resulta pertinente distinguir entre las ganancias y la propiedad reservada de cada cónyuge. El elemento central de este régimen económico matrimonial son los bienes que son calificados como ganancias, porque es sobre los mismos sobre los que se genera un derecho de participación al tiempo de su disolución.

Con carácter general, las ganancias comprenden todos los bienes adquiridos durante el régimen que no sean bienes reservados, incluyendo en particular los ingresos y rentas de cada cónyuge derivados de los salarios y del patrimonio así como los bienes adquiridos mediante dichos ingresos y rentas⁸²⁵. Resulta interesante puntualizar que el origen de los ingresos o rentas resulta indiferente, en el sentido de que pertenecerán a este grupo también los obtenidos de los bienes reservados. Se trata de una

⁸²⁴ MARTINY, D.: "The participation in Acquisitions regime", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁸²⁵ Principio 4:18 Ganancias.

solución de *better law* que busca promover la solidaridad de los cónyuges, tratando todos los beneficios de modo similar⁸²⁶.

Por su parte, la propiedad reservada de cada cónyuge comprende los bienes adquiridos con anterioridad al inicio del régimen; las donaciones, herencias y legados recibidos durante el régimen; los bienes obtenidos en sustitución de bienes reservados; los bienes que son de naturaleza personal; los bienes exclusivamente referentes a la profesión de un cónyuge y las plusvalías de todo este elenco de bienes⁸²⁷. La idea que subyace tras los mismos es que el cónyuge no propietario no ha contribuido a la adquisición de bienes y por ello resulta injustificado que se genere un derecho de participación⁸²⁸.

Tan importantes como los bienes son las deudas que se pueden generar en el seno del matrimonio. Sobre esta cuestión el régimen de participación de las ganancias diseñado por la CEFL ofrece una solución de *common core* que no presenta peculiaridades⁸²⁹, considerándose las deudas suscritas por un cónyuge de carácter personal⁸³⁰ y estableciéndose que de las deudas personales responden las ganancias y la propiedad reservada del cónyuge deudor⁸³¹.

⁸²⁶ MARTINY, D.: “The participation in Acquisitions regime”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, pp. 28-29.

⁸²⁷ Principio 4:19 Propiedad reservada.

⁸²⁸ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 159-161.

⁸²⁹ MARTINY, D.: “The participation in Acquisitions regime”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, p. 31.

⁸³⁰ Principio 4:21 Deudas personales.

⁸³¹ Principio 4:22 Recobro de deudas personales.

ii. Administración del patrimonio

A cada cónyuge le corresponde la administración independiente de sus bienes, por lo que no es necesario el consentimiento del otro cónyuge para administrar o disponer de los bienes privativos⁸³². En cualquier caso, no deben perderse de vista las disposiciones referentes a la protección de la vivienda familiar y del ajuar doméstico y las relacionadas con la protección del arrendamiento relativo a la vivienda familiar, que exigen el consentimiento de ambos cónyuges a efectos de realizar determinados negocios jurídicos sobre los mismos, con independencia incluso de si tales bienes son considerados ganancias o propiedades reservadas de uno de los cónyuges⁸³³.

iii. Disolución y liquidación del régimen económico matrimonial

El régimen de participación de las ganancias contenido en los principios no presenta peculiaridades en cuanto a las causas de disolución del mismo, como son el fallecimiento de los cónyuges; la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación legal y la modificación del régimen económico matrimonial mediante pactos o capitulaciones matrimoniales⁸³⁴.

La CEFL ha optado por no incluir entre dichas causas la separación de hecho de los cónyuges, al resultar difícil de probar cuándo comenzó la

⁸³² Principio 4:23 Administración de bienes.

⁸³³ MARTINY, D.: "The participation in Acquisitions regime", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, p. 31.

⁸³⁴ Principio 4:24 Causas de disolución.

separación, especialmente en aquellos momentos que en que los cónyuges “entran y salen” de la vivienda familiar como resultado de desavenencias seguidas de reconciliaciones. Otra circunstancias que justifica la disolución del régimen económico matrimonial y que se encuentra contenida en los principios es la decisión de la autoridad competente fundada en causa grave, como puede ser la mala gestión de los bienes o el incumplimiento de los deberes de información para perjudicar al otro cónyuge⁸³⁵.

La disolución del régimen económico matrimonial, coincidente con la fecha de la determinación de las ganancias que serán tomadas en cuenta para la liquidación, depende precisamente de la causal de la disolución del mismo⁸³⁶. En este sentido, resulta interesante remarcar que, en los casos relacionados con divorcio, anulación o separación legal del matrimonio y decisión de la autoridad competente, se estará a la fecha de presentación de la demanda y no al momento en que el juez haya dictado sentencia, evitándose así estrategias procesales de una de las partes consistentes en recurrir continuamente para influenciar en el conjunto de las ganancias que serán tenidas en cuenta. Por otro lado, la fecha relevante cuando el régimen se disuelve por la mutabilidad del mismo deberá determinarse mediante el derecho nacional, no aportándose más información en los principios⁸³⁷.

⁸³⁵ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, op. cit., pp. 177-178.

⁸³⁶ Principios 4:25 Fecha de disolución y 4:26 Determinación y valoración de las ganancias.

⁸³⁷ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, op. cit., pp. 182-184.

En cuanto a la fecha de valoración de dichos bienes, en el proceso de elaboración de los principios los redactores de la CEFL debatieron entre la fecha de disolución del régimen económico matrimonial y la fecha de liquidación⁸³⁸. Con la primera de estas opciones, se aseguraba que ninguno de los cónyuges pudiera dilatar el inicio del proceso de liquidación para afectar al valor de los bienes, amén de dotar de una enorme predictibilidad al régimen económico matrimonial. Sin embargo, su principal desventaja es que podía perjudicar gravemente a uno de los cónyuges cuando, fruto de la diferenciación temporal entre la fecha de disolución y la de liquidación, se producía una modificación del valor de mercado de las ganancias. En virtud de ello, se optó por considerar como fecha relevante para la determinación del valor de las ganancias⁸³⁹, la fecha de liquidación del régimen económico matrimonial, en la que ambos cónyuges comparten por igual los riesgos derivados de los cambios de valor⁸⁴⁰.

De acuerdo con el régimen diseñado, la fase de liquidación se completa con las medidas de protección del cónyuge afectado por la realización de actos perjudiciales del otro al realizar donaciones excesivas, disipar bienes o disminuir intencionadamente el valor de las ganancias en perjuicio del otro cónyuge⁸⁴¹. Igualmente, resulta necesario llevar a cabo un ejercicio de compensación a la hora de calcular la participación de un

⁸³⁸ MARTINY, D.: “The participation in Acquisitions regime”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, p. 32.

⁸³⁹ Principio 4:26 Determinación y valoración de las ganancias.

⁸⁴⁰ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 190-191.

⁸⁴¹ Principio 4:27 Actos perjudiciales.

cónyuge en el patrimonio del otro para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, y por ello se hará compensación a las ganancias de un cónyuge por contribuciones a cargo de las mismas en beneficio de sus bienes reservados y viceversa⁸⁴².

iv. La participación de los cónyuges en el patrimonio

Disuelto y liquidado el régimen de participación de las ganancias, es turno de determinar los derechos de participación patrimoniales. Para ello, deben calcularse las ganancias netas de cada uno de los cónyuges y aquel que las tuviere mayores deberá repartir la mitad de las mismas con el otro. Como norma general, se prevé en los principios el pago en metálico del crédito de participación, aunque a solicitud del cónyuge deudor y mediando causa grave, la autoridad competente puede autorizar el aplazamiento del pago o el pago de los plazos⁸⁴³.

El reparto igualitario del balance positivo de las ganancias generadas por los cónyuges puede verse excepcionado en dos situaciones⁸⁴⁴.

La primera, referente a los casos en que los cónyuges han concluido un convenio sobre la participación de las ganancias⁸⁴⁵, determinando, por ejemplo, un porcentaje distinto de reparto. Como es evidente, resulta también posible excluir determinados bienes de la calificación de

⁸⁴² Principio 4:28 Compensación.

⁸⁴³ Principio 4:31 Participación igual en las ganancias netas.

⁸⁴⁴ MARTINY, D.: "The participation in Acquisitions regime", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁸⁴⁵ Principio 4:29 Convenio sobre la participación.

ganancias y clasificarlos como reservados, así como alterar la regla de valoración de los bienes⁸⁴⁶.

Por otro lado, en casos de excepcional onerosidad, la autoridad competente podrá adaptar la participación o descartar o modificar cualquier convenio concluido entre los cónyuges⁸⁴⁷. Algunas de estas circunstancias se contienen en los propios principios, como son la realización de actos perjudiciales en detrimento del otro cónyuge⁸⁴⁸ o la adjudicación de la vivienda familiar y del ajuar doméstico a uno de los cónyuges en interés de la familia⁸⁴⁹, aunque también deberá estarse a la duración del matrimonio o al daño patrimonial causado por el comportamiento indebido de uno de los cónyuges.

b. La comunidad de gananciales

El segundo régimen ofrecido por la CEF es el de la comunidad de gananciales, bajo la cual los bienes adquiridos durante el matrimonio, distintos de donaciones, herencias y legados, son considerados como pertenecientes a la comunidad y, por tanto, divididos a partes iguales en el momento de la disolución del régimen. Este régimen económico matrimonial promueve la solidaridad y la equidad de ambos cónyuges

⁸⁴⁶ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 203-204.

⁸⁴⁷ Principio 4:32 Adaptaciones por la autoridad competente.

⁸⁴⁸ Principio 4:27 Actos perjudiciales.

⁸⁴⁹ Principio 4:30 Adjudicación de la vivienda familiar y del ajuar doméstico.

durante el matrimonio y al tiempo de su disolución⁸⁵⁰. Además, una de sus principales virtudes es que “protege” al cónyuge que no es propietario de ningún bien o que no está integrado en el mercado laboral. La comunidad de gananciales promueve la certeza legal tanto de ambos cónyuges como respecto de terceros durante el matrimonio y favorece la simplicidad al tiempo de la disolución del mismo en comparación con el régimen de participación⁸⁵¹.

i. Composición del patrimonio

La comunidad de ganancias diseñada por la CEFL distingue, como resulta propio de los regímenes comunitarios, tres masas patrimoniales: la propia de cada uno de los cónyuges –patrimonio privativo- y la común de ambos –la comunidad-⁸⁵².

Con carácter general se contiene en uno de los principios una definición, no exhaustiva, de los bienes que componen la comunidad. Para ello se ha tenido en cuenta tanto la naturaleza como el origen de los bienes en el momento de su adquisición. Así, se citan como ejemplos de bienes que componen la comunidad los ingresos y rentas derivados de la actividad profesional de los cónyuges bien de su patrimonio común o privativo; los bienes adquiridos conjunta o individualmente por los cónyuges durante la comunidad de gananciales y las donaciones o legados

⁸⁵⁰ FERRAND, F.: “The community of acquisition regime”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁵¹ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 220.

⁸⁵² Principio 4:34 Concepto de la comunidad de gananciales.

a ambos cónyuges o a uno de ellos con la condición de que pertenezcan a la comunidad⁸⁵³.

Por su parte, el patrimonio privativo de cada cónyuge comprende los bienes adquiridos antes del inicio de la comunidad, las donaciones, herencias y legados recibidos durante el régimen, los bienes adquiridos para la profesión de un cónyuge y los bienes de naturaleza personal adquiridos durante el régimen⁸⁵⁴. Sobre estos últimos, es importante puntualizar que este principio no define qué se entiende por bienes de tal naturaleza y tampoco si se incluyen dentro de los mismos los derechos de propiedad intelectual, así como las indemnizaciones por daños personales o los bienes de extraordinario valor. Su inclusión como bienes de la comunidad o bienes privativos será determinada en cada caso por el derecho nacional⁸⁵⁵.

Mención aparte merecen los bienes adquiridos por sustitución, inversión o reinversión. En estos casos, la norma general es que los bienes adquiridos de tal manera, sin pago adicional, siguen considerándose bienes privativos. En cambio, cuando se ha producido un pago adicional con cargo a los fondos de la comunidad, debe distinguirse entre aquellas situaciones en que el pago adicional no supere o iguale el valor del bien

⁸⁵³ Principio 4:35 La comunidad.

⁸⁵⁴ Principio 4:36 Patrimonio privativo.

⁸⁵⁵ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 236.

sustituido o de la inversión o reinversión, de aquellas en las que sí⁸⁵⁶. En el primero de los casos, se generará un derecho de compensación del cónyuge beneficiario respecto de la comunidad, y en el segundo, el bien será considerado como perteneciente a la comunidad, aunque esta última deberá compensar al cónyuge que “cedió” el bien⁸⁵⁷.

Como reverso del activo de la comunidad de gananciales que se acaba de presentar, se encuentra el pasivo, resultando pertinente para ello distinguir entre el tipo de deuda –generada privativa o ganancialmente–, y la responsabilidad de los cónyuges respecto de las deudas gananciales y/o privativas.

En relación con el pasivo ganancial, los principios recogen junto con las deudas contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, aquellas destinadas a satisfacer los gastos de la familia, en especial las relacionadas con los alimentos de los niños. Aunque no se explícita como tal, se presume que se consideran como deudas gananciales no sólo las provenientes de los hijos comunes, sino también las derivadas de los niños pertenecientes a un matrimonio anterior. Sin embargo, dichas deudas no podrán ser cubiertas mediante el patrimonio privativo del otro cónyuge⁸⁵⁸.

Por otro lado, como contrapartida de los bienes que se consideran gananciales, merecen tal calificación las deudas cuyo origen son las actividades profesionales de uno de los cónyuges o las deudas relativas a

⁸⁵⁶ FERRAND, F.: “The community of acquisition regime”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁸⁵⁷ Principios 4:37 Sustitución y 4:38 Inversión o reinversión.

⁸⁵⁸ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 253.

las donaciones o legados pertenecientes a la comunidad. Finalmente, dado que de la administración de la comunidad puede ocuparse cualquiera de los cónyuges en nombre de ambos, las deudas derivadas de tal actividad también se considerarán como gananciales⁸⁵⁹.

Las deudas privativas, por su parte, también están íntimamente relacionadas con el patrimonio reservado de cada cónyuge, y por ello merecen tal mención las deudas contraídas antes del inicio de la comunidad de gananciales, las deudas relativas a donaciones, herencias y legados recibidos por uno de los cónyuges durante el régimen y las deudas relativas al patrimonio privativo. Otras deudas que merecen la calificación de privativas son aquellas que sean personales por su naturaleza o propósito, tales como las indemnizaciones o multas que uno de los cónyuges deba pagar a un tercero o los alimentos de los que es acreedor algún familiar de alguno de ellos⁸⁶⁰. Finalmente, y de nuevo relacionado con la administración de la comunidad, el hecho de que determinados actos requieran una administración conjunta, implica que si éstos son realizados únicamente por uno de ellos, las deudas derivadas del mismo serán consideradas privativas⁸⁶¹.

Por lo que respecta al cobro de las deudas gananciales resulta evidente que la comunidad será la encargada de satisfacer en primer lugar el recobro de tales deudas, y faltaría por ver hasta qué punto los bienes

⁸⁵⁹ Principio 4:40 Deudas gananciales.

⁸⁶⁰ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 259.

⁸⁶¹ Principio 4:41 Deudas privativas.

privativos de ambos cónyuges responderán cuando la deuda no puede ser satisfecha con los bienes pertenecientes a ambos. La CEFL propone nuevamente una solución de *better law* consistente en distinguir aquellas situaciones en las que existe responsabilidad conjunta de ambos cónyuges de aquellas en las que no⁸⁶². De este modo, los bienes personales del cónyuge que no contrató la deuda sólo podrán ser “atacados” si ambos cónyuges son deudores solidarios⁸⁶³. El orden en que los terceros pueden dirigirse ante dichas masas patrimoniales dependerá del derecho nacional que regule la situación jurídica⁸⁶⁴.

Finalmente, el cobro de las deudas personales puede llevarse a cabo respecto del patrimonio privativo del cónyuge deudor, los ingresos y rentas del cónyuge deudor y los bienes gananciales, en la medida de su confusión con los bienes privativos del cónyuge deudor. Aunque la CEFL no establece un orden jerárquico entre estos colectivos respecto de cuál debe ejecutarse primero, lo cierto es que las deudas personales de uno de los cónyuges deberán cobrarse, en primer lugar y si fuera posible, con el patrimonio privativo del cónyuge deudor⁸⁶⁵. Posteriormente, debería acudir a los ingresos y rentas que éste hubiera generado, en lo que supone un loable balance entre la protección de la comunidad y el tercero acreedor, pues el mayor volumen de la comunidad suele provenir

⁸⁶² FERRAND, F.: “The community of acquisitions regime”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, pp. 49-50.

⁸⁶³ Principio 4:42 Recobro de las deudas gananciales.

⁸⁶⁴ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 263-264.

⁸⁶⁵ Principio 4:43 Recobro de las deudas privativas.

precisamente de los ingresos de la actividad profesional de los cónyuges⁸⁶⁶.

ii. La administración del patrimonio

Los principios sobre los que se articula la administración de la comunidad de gananciales ofrecida por la CEFL distinguen claramente entre la administración de la comunidad y la administración de los bienes privativos. Sobre estos últimos huelga decir que corresponde a cada cónyuge la administración de los bienes personales sin la interferencia del otro cónyuge⁸⁶⁷. La administración de la comunidad, por su parte, sí se regula más detalladamente, como se verá a continuación.

La gestión de la comunidad, como norma general, puede correr a cargo de ambos cónyuges, por lo que cualquiera de ellos tiene derecho a administrar los bienes gananciales por sí solo. Sin embargo, existen determinados actos que por su relevancia, requieren el consentimiento conjunto de ambos cónyuges para poder ser ejecutados⁸⁶⁸. Se está haciendo referencia, entre otros, a la adquisición, alienación e hipoteca de bienes inmuebles; la conclusión de contratos de préstamo, garantía y seguros de valor significativo y las donaciones significativas⁸⁶⁹. Se trata de actos que pueden tener consecuencias legales y económicas y afectar a los

⁸⁶⁶ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 271.

⁸⁶⁷ Principio 4:47 Administración del patrimonio privativo.

⁸⁶⁸ Principio 4:44 Administración de la comunidad.

⁸⁶⁹ Principio 4:45 Actos que requieren una administración conjunta.

intereses de ambos cónyuges. La CEFL ha optado por no ofrecer una definición precisa de tales actos relevantes, por la enorme diversidad de operaciones posibles y por la íntima relación con el derecho contractual y de la propiedad⁸⁷⁰.

La sanción, caso de no contarse con el consentimiento de ambos cónyuges, es la posibilidad de solicitar la anulación del negocio por parte de aquel que no lo prestó⁸⁷¹. No se contiene en los principios información referente a las consecuencias que para los terceros puede tener esta circunstancia, resultando pues necesario ahondar en el derecho nacional que regula la relación entre ambos⁸⁷².

Por otro lado, junto con la solicitud de anulación del negocio jurídico, caben dos situaciones más en las que la autoridad competente puede intervenir en relación con los actos de administración de la comunidad⁸⁷³. El primero de ellos, referente a situaciones en las que un cónyuge rehusare, injustificadamente, prestar su consentimiento a un acto que requiere una administración conjunta, pudiendo el otro solicitar a la autoridad competente autorización para realizar el acto por sí solo⁸⁷⁴. Por otro lado, también cabe la situación contraria, esto es, que bajo determinadas circunstancias, la autoridad competente prive a uno de los

⁸⁷⁰ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 284-285.

⁸⁷¹ Principio 4:46 Anulación de actos de administración.

⁸⁷² BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 290.

⁸⁷³ FERRAND, F.: "The community of acquisition regime", en en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, pp. 51-55.

⁸⁷⁴ Principio 4:44 Administración de la comunidad.

cónyuges de la administración total o parcial de la comunidad. Así, la incapacidad mental, la gravosa gestión de los bienes o la violación de los deberes de información podría atribuir al otro cónyuge, al menos mientras dure dicha situación, la administración exclusiva de la comunidad⁸⁷⁵.

iii. La disolución y liquidación del régimen económico matrimonial

La determinación de cuál sea el contenido y composición del patrimonio carece de sentido último si no viene acompañada de la fijación clara de cuáles sean las reglas referentes a la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales diseñada por la CEFL.

En primer lugar, en relación con las causas de disolución del régimen económico matrimonial, no se encuentran peculiaridades respecto de aquellas enumeradas para el régimen de participación de las ganancias siendo éstas el fallecimiento de uno de los cónyuges, el divorcio o separación y el cambio de régimen económico matrimonial⁸⁷⁶.

Las diferencias, eso sí, son palpables en relación con la fecha en la que se produce la disolución del régimen, distinguiéndose aquí los efectos entre cónyuges y frente a terceros. La razón de ser de dicha medida estriba en que en el régimen de participación de las ganancias los patrimonios de los cónyuges permanecen siempre separados, mientras que en la comunidad de gananciales existirá una comunidad de bienes que será

⁸⁷⁵ Principio 4:48 Privación del derecho a administrar la comunidad.

⁸⁷⁶ Principio 4:49 Causas de disolución.

propiedad de ambos cónyuges durante la vigencia del régimen y, por tanto, susceptible de afrontar las deudas con los terceros acreedores⁸⁷⁷. De este modo, las causales de disolución relacionadas con la anulación del matrimonio divorcio o separación legal, mutabilidad del régimen económico matrimonial y separación de bienes ordenada por la autoridad competente, tendrán eficacia frente a terceros únicamente cuando se publique la sentencia de disolución del matrimonio, el convenio que modifica el régimen económico matrimonial o la demanda, respectivamente⁸⁷⁸.

En relación con la computación del activo y del pasivo dentro de la fase de liquidación, destacan las disposiciones referentes a la determinación y valoración de los bienes gananciales, derechos de compensación y al rango de las deudas de la comunidad. La primera de ellas sigue una solución similar a lo estipulado en los principios que regula el régimen de participación de las ganancias, pues los bienes se determinan en la fecha de su disolución y se valoran en la fecha de su distribución⁸⁷⁹. En la segunda cuestión, relativa a los derechos de compensación, se propone evitar el enriquecimiento injusto, y para ello se prevé que cuando la comunidad haya contribuido al incremento del patrimonio privativo de uno de los cónyuges, ésta sea compensada y viceversa⁸⁸⁰. Finalmente, por lo que respecta a las deudas de la comunidad, la CEFL presenta una solución de *better law*, en la que las

⁸⁷⁷ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 183-184.

⁸⁷⁸ Principio 4:50 Fecha de disolución.

⁸⁷⁹ Principio 4:52 Determinación y valoración de los bienes gananciales.

⁸⁸⁰ Principio 4:53 Compensación.

deudas de la comunidad y los derechos de compensación tienen el mismo rango⁸⁸¹, pues se considera injustificado otorgar un derecho preferente de cobro a acreedores o cónyuges⁸⁸².

iv. La distribución del patrimonio

Finalmente, en el diseño de la distribución del régimen de la comunidad de gananciales elaborado por la CEFL, se presenta una regla general y una serie de excepciones⁸⁸³. La regla general es que los cónyuges pueden realizar cualquier tipo de acuerdo en relación con el reparto de los bienes gananciales⁸⁸⁴ y, en su defecto, se procederá al reparto de los mismos por mitades iguales.

Por lo que respecta a las excepciones se prevé, en primer lugar, que la autoridad competente bien modifique o descarte cualquier convenio entre los cónyuges referente a la distribución de los bienes gananciales, bien adapte la distribución de mitades iguales a otra más adecuada⁸⁸⁵. Según establece la CEFL, una de las razones que justificaría dicha medida sería el que fuera absolutamente necesario para atender a las necesidades de alimentos de uno de los cónyuges. La solución que aquí se está articulando no es precisamente de *common core*, pues la mayoría de

⁸⁸¹ Principio 4:54 Rango de las deudas de la comunidad.

⁸⁸² BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 330.

⁸⁸³ FERRAND, F.: "The community of acquisitions regime", en en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, pp. 59-61.

⁸⁸⁴ Principio 4:55 Convenio sobre la distribución.

⁸⁸⁵ Principio 4:57 Distribución igual y adaptaciones.

Estados miembro consideran que la reclamación de alimentos es el cauce adecuado ante este tipo de situaciones, más no la distribución inequitativa de los bienes de la comunidad⁸⁸⁶.

Con carácter excepcional, también se regula la adjudicación de la vivienda familiar, el ajuar doméstico y los bienes profesionales a uno de los cónyuges⁸⁸⁷, teniendo en cuenta para ello el interés superior del niño o la precaria situación financiera de uno de los cónyuges⁸⁸⁸.

1.2.3. *La aplicabilidad de los principios a un litigio internacional: aspectos de Derecho internacional privado*

Ninguno de los bloques de principios de la CEFL contiene sugerencia alguna en relación con su aplicación a los supuestos con repercusión transfronteriza. Del mismo modo, tampoco se “invita” a las partes para que acuerden que su relación jurídica pueda regularse por dichos principios en este tipo de casos. En su elaboración, sus creadores optaron por no incluir ninguna disposición relacionada con su ámbito de aplicación⁸⁸⁹, fundamentalmente porque una disposición de tal índole no

⁸⁸⁶ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 338.

⁸⁸⁷ Principio 4:56 Adjudicación de la vivienda familiar, el ajuar doméstico y los bienes profesionales.

⁸⁸⁸ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 336.

⁸⁸⁹ BOELE-WOELKI, K.: *Unifying and harmonizing...*, *op. cit.*, p. 163.

tendría, en principio, eficacia jurídica alguna por lo que respecta a la resolución de un litigio⁸⁹⁰.

A ello contribuye el hecho de que, en la actualidad y con carácter general, sólo el derecho elaborado por las autoridades legislativas competentes puede resultar aplicable a los supuestos internacionales⁸⁹¹. En otras palabras, los principios comparten el *status* “no oficial” de la *lex mercatoria*⁸⁹². De este modo, la determinación de si unos principios pueden regular una determinada cuestión depende, o bien de que las normas de Derecho internacional privado del foro permitan la elección de un derecho no estatal o bien de que el derecho designado por las normas de conflicto permita una incorporación por referencia a favor de tales principios⁸⁹³.

⁸⁹⁰ En relación con los principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales y su aparente imposibilidad para determinar su ámbito de aplicación MICAHELOS, R.: “Preamble I: purposes, legal nature and scope of the PICC; applicability by courts: use of the PICC for the purpose of interpretation and supplementation and as a model”, en VOGENAUER, S., KLEINHERSTERKAMP, J. y DU PLESSIS, J.E. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University press, Oxford, 2009, pp. 21-80 y BONELL, M.J.: “The UNIDROIT Principles a Decade after their first appearance: What have they achieved and what are their prospects of the future?”, en CASHIN RITAINE, E. Y LEIN, E. (eds.): *The UNIDROIT Principles 2004: Their impact on contractual practice, jurisprudence and codification*, Schulthess, Zurich-Basel-Genf, 2007, pp. 259-260.

⁸⁹¹ Básicamente por considerarse que otros cuerpos normativos, especialmente la *lex mercatoria*, adolecen de elementos como estructura, sistematización y transparencia y que, por tanto, las necesidades de previsibilidad y veracidad no quedan quedar garantizadas. Vid. BOELE-WOELKI, K.: *Unifying and harmonizing...*, op. cit., p. 163 y FOUNTOULAKIS, C.: “The parties’ choice of neutral law’ in international sales contract”, *European journal of law reform*, vol. 7, núms. 3-4, 2006, pp. 303-329.

⁸⁹² PERALES VISCASILLAS, P.: “The role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the interpretation and GAP-filling of CISG”, en JANSSEN, A. y MEYER, O. (eds.): *CISG Methodology*, Sellier, Munich, 2009, p. 313.

⁸⁹³ BOELE-WOELKI, K.: *Unifying and harmonizing...*, op. cit., p. 161.

Junto a lo anterior, y tal y como se indica en el Preámbulo de los principios de la CEFL, su elaboración tiene por objeto el contribuir a la armonización del derecho de familia en Europa y, por tanto, *a priori*, no fueron diseñados para ser derecho directamente aplicable. Sin embargo, como indican algunos representantes de la CEFL, hay una gran diferencia entre los principios elaborados en el inicio de su actividad y los que vienen confeccionados en la actualidad. Así, los principios relativos al divorcio y a la concesión de alimentos entre ex cónyuges, están más diseñado en línea con el concepto de principios, mientras que los relativos a la responsabilidad parental y relaciones patrimoniales entre cónyuges contienen un elenco más detallado de normas⁸⁹⁴. Por tanto, la idea que subyace es que si bien la esencia de los principios es contribuir a la armonización del derecho de familia, su carácter detallado denota su aptitud para regular, casi con carácter completo, un litigio entre las partes⁸⁹⁵.

Hasta el momento presente, las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembro no permiten la elección de un derecho de fuente no estatal en el ámbito de derecho de familia y, por tanto, no resulta posible su elección como derecho aplicable al régimen económico matrimonial. Cuestión distinta es que los cónyuges, una vez designado el derecho estatal por la norma de conflicto decidan hacer uso de la autonomía de la voluntad material y realicen una incorporación por referencia al contenido de dichos principios. En cualquier caso, dichos principios sólo resultarán de aplicación sólo si y en la medida en que la ley

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 205.

⁸⁹⁵ BOELE-WOELKI, K.: "Why and how to accommodate an Optional European Family Law", en AA.VV: *Festschrift für Dieter...*, *op. cit.*, p. 39.

reguladora del régimen económico matrimonial así lo permita. Existe, por tanto, una clara diferenciación entre la ley reguladora del régimen económico matrimonial y la posibilidad de que las partes incorporen por referencia un derecho no estatal a una determinada parte de su contrato matrimonial⁸⁹⁶.

Junto a ello, otra cuestión relevante es plantearse qué derecho –el de un Estado o el de “producción privada”- resultaría más adecuado para regular una situación internacional o si el “poder soberano” del Estado es el mejor preparado para legislar ante tal tipo de relaciones. En los últimos años, se está asistiendo a un incremento de los cuerpos de leyes de producción distinta a la estatal que ha hecho precisamente plantearse la función y el rol de la norma de conflicto, pues el derecho privado parece que se está “desnacionalizando”. Desde algunos sectores doctrinales se incide en que lo verdaderamente relevante debería ser no tanto el origen del instrumento legislativo en cuestión, sino su calidad y adecuación para ofrecer una solución adecuada para las partes⁸⁹⁷. Por ello se insiste en que los instrumentos armonizadores de derecho sustantivo, concebidos como expresión de principios universales, constituyen el *common core* de los distintos sistemas de derecho privado y, por tanto, ofrecen una solución mas adecuada cuando la situación jurídica está conectada, por definición, con mas de un ordenamiento jurídico⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶ BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, p. 38.

⁸⁹⁷ OSER, D.: *The Unidroit principles of international commercial contracts: a governing law?*, Leiden, Nijhoff, 2008, pp. 11-13.

⁸⁹⁸ BOELE-WOELKI, K.: *Unifying and harmonizing...*, *op. cit.*, p. 231.

En definitiva, la posibilidad de elección de un derecho no estatal en el ámbito del derecho de familia dependería de dos factores. El primero, que se disponga de dicho cuerpo normativo, y en este sentido, los principios de la CEFL relativos a las relaciones patrimoniales entre cónyuges son los suficientemente aptos y completos como para regular un litigio referente al régimen económico matrimonial, dejando apenas cuestiones para ser reguladas por el derecho nacional. La CEFL ha demostrado que es posible elaborar una serie de principios comunes y que las diferencias normativas son menores de lo que, *a priori*, se esperan.

Por otro lado, dado que su aplicabilidad está especialmente prevista para los supuestos internacionales, resulta necesario, y sin perjuicio de la posibilidad de que los cónyuges realicen una incorporación por referencia para regular determinados aspectos de sus pactos o capitulaciones matrimoniales, de que las normas de conflicto en cuestión permitan la elección de un derecho no estatal⁸⁹⁹. Tal posibilidad no está prevista en el momento presente en este sector⁹⁰⁰, al estar éste relacionado con los valores sociales, morales y culturales de cada Estado⁹⁰¹, por lo que puede concluirse que en la actualidad se cuenta con un instrumento de alta calidad técnica pero que adolece del cauce legal necesario para ser aplicado.

⁸⁹⁹ BOELE-WOELKI, K.: “Why and how to accommodate an Optional European Family Law en AA.VV: *Festschrift für Dieter...*, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁰⁰ JÄNTERA-JAREBORG, M. “Family law in the European judicial Space-Concerns regarding Nation-State’s autonomy and legal coherence”, en HOLLO, E.J. (ed.): *National Law and Europeanisation - Kansallinen oikeus ja liittovaltiollistuva Eurooppa*. Helsinki; Suomalainen Lakimiesyhdistys, Gummerus. 2009, pp. 29-61.

⁹⁰¹ MATTEUCCI, M.: “L’*évolution en matière d’unification du droit*”, *Revue de droit comparé*, vol. 13, núm. 2, 1961, p. 268.

1.2.4. Valoración global

El éxito o fracaso de los principios de la CEFL referentes a las relaciones patrimoniales entre cónyuges puede valorarse desde una doble perspectiva: la puramente técnica, en el sentido de analizar la calidad de los principios adoptados, y otra de carácter más globalizadora, en la que se tiene presente el grado en que dichos principios son capaces de reducir o atenuar parte de los problemas descritos.

En primer lugar, por lo que respecta al contenido de los principios en sí, no puede negarse su carácter completo e íntegro, hasta el punto de poder ser calificados no ya de principios que tienen por fin la armonización del derecho de familia en Europa⁹⁰², sino más bien de Ley modelo e incluso, de derecho perfectamente apto para ser aplicable⁹⁰³. Como se ha determinado a lo largo del análisis del contenido concreto de los principios, éstos vienen acompañados de unos comentarios referentes a la justificación y el sentido jurídico del principio en cuestión, lo que denota sin duda alguna su vocación práctica. En dichos comentarios, además, se hace referencia a los casos en que es necesario consultar el derecho nacional, aunque como ha quedado demostrado, ello sólo se encuentra previsto para detalles muy específicos.

La calidad técnica de los principios puede justificarse por dos circunstancias. Primero porque para su redacción se han elaborado cuestionarios comunes que han sido respondidos por representantes de las

⁹⁰² BOELE-WOELKI, K. y JÄNTERÄ JAREBORG, M.: “Initial results...”, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁰³ BOELE-WOELKI, K.: “Why and how to accommodate an Optional European Family Law”, en AA.VV: *Festschrift für Dieter...*, *op. cit.*, p. 39.

distintas jurisdicciones europeas y, por tanto, en mayor o menor medida, las particularidades de los distintos regímenes económico matrimoniales han sido tenidas en cuenta. Para ello, y como también se ha demostrado, en ocasiones se ha optado por el método que a juicio de la CEFL mejor protege todos los intereses de las partes involucradas -método *common core*- y en la redacción de otros principios, por el que mayores ventajas presenta –método *better law*-. Esto resulta posible como consecuencia de la segunda ventaja, que no es sino la circunstancia de que los principios son meras propuestas doctrinales, elaborados por un grupo de expertos que no ejercen representación estatal alguna⁹⁰⁴ y que, además, están creando normas que, en principio, no serán jurídicamente vinculantes.

Su buena acogida y general valoración positiva ha venido acompañada, empero, de algunas dudas sobre aspectos muy concretos que pueden llegar a poner en entredicho la opción escogida en algunos de estos principios. Así, en relación con el régimen de participación de las ganancias, se ha llegado a manifestar la inconveniencia de separar en el tiempo la determinación de las ganancias –en la fecha de disolución del régimen- y su valoración –en la fecha de liquidación del régimen-, a la vez que se ha indicado que el sistema de compensación de las ganancias resulta realmente complicado. Los principios también han despertado ciertos interrogantes en relación con el modo de compensación de aquel cónyuge que trabaja o ayuda en el negocio de su consorte, sobre el que nada se dice y que obliga, por tanto, a acudir al derecho interno del operador jurídico. De este modo, se ha resaltado la importancia de contar

⁹⁰⁴ CALLIES, G-P.: “The making of transnational contract law”, *Indiana journal of global legal studies*, vol. 14, núm.2, 2007, p. 475.

con unos principios claros y sencillos que permitan a las partes resolver sus disputas sin necesidad de acudir a los tribunales⁹⁰⁵.

Por otro lado, como se enunciaba al principio de este apartado, cabe plantearse hasta qué punto la existencia de dichos principios puede resolver los problemas descritos. Para resolver esta cuestión resulta pertinente recordar que las normas de conflicto de los Estados miembro reguladoras del régimen económico matrimonial no prevén, en la actualidad, la elección de un derecho no estatal para regular el régimen económico matrimonial, por lo que, a lo sumo, podría aspirarse a una incorporación por referencia a favor de los principios, eso sí, siempre dentro de los límites del derecho designado por las normas de conflicto.

De esta manera, los regímenes económico matrimoniales secundarios contenidos en los principios no vendrían a sustituir a los regímenes legales de los distintos Estados miembro ni, *a priori*, tampoco podrían ser derecho directamente elegido por los cónyuges que realizaran pactos o capitulaciones matrimoniales, por lo que no se prevé una reducción de los abusos de *forum shopping* y de las deficiencias derivadas del *law shopping*. Sin embargo, la puesta a disposición para los ciudadanos y operadores jurídicos de estudios comparados de regímenes económico matrimoniales, sí podría reducir la incertidumbre e inseguridad, que era el tercero de los problemas al que se hacía mención en la primera parte del capítulo, al disponerse de una mayor información

⁹⁰⁵ GRAY, J. y QUINZÁ REDONDO, P. “The fifth conference of the Commission on European family law”, *European review of private law*, núm. 1, vol. 22, pp. 157-164.

referente a la legislación de los Estados miembro reguladora de tal materia⁹⁰⁶.

Cuestión distinta son los beneficios que a medio plazo puede producir la existencia de unos principios comunes en materia de régimen económico matrimonial. En virtud de ello, tal y como ha ocurrido con los principios de divorcio y alimentos y responsabilidad parental, si en un futuro próximo el legislador de algún Estado miembro decidiera reformar las disposiciones referentes al régimen económico matrimonial –bien los regímenes legales, bien los caracteres de los pactos o capitulaciones matrimoniales y los concretos regímenes que se pueden elegir- y dicho fenómeno se produjera en, al menos dos Estados miembro, entonces los problemas derivados de la diversidad normativa material se irían reduciendo. De este modo, ante regímenes económico matrimoniales similares, las situaciones de *forum shopping* serían menos atractivas y los beneficios derivados de la posibilidad de “comprar” un determinado régimen económico matrimonial irían convergiendo.

Sin duda, el principal avance puede venir referido a la utilización del trabajo de la CEFL no ya como principios armonizadores, sino mediante su adopción para llevar a cabo la creación de un régimen económico matrimonial europeo. En este sentido, resulta coherente pensar que si finalmente la Unión Europea decidiera ofrecer un instrumento unificado

⁹⁰⁶ Como se indica en el informe Impact Assessment study on community instruments concerning matrimonial property regimes and property of unmarried couples with transnational elements, elaborado por la EPEC (European evaluation consortium), pp. 21-22, una de las políticas de acción que podría emprenderse, aunque insuficiente para resolver todos los problemas descritos, sería el ofrecimiento de información a los ciudadanos de la Unión Europea para que fueran conscientes de que los regímenes económico matrimoniales son distintos entre los Estados miembro.

en materia de régimen económico matrimonial a nivel sustantivo aprovechara, si no todo, gran parte del estudio elaborado por la CEFL. Este instrumento opcional, aunque no reduciría el *forum shopping* cuando los cónyuges no han elegido el régimen económico matrimonial sí reduciría los supuestos de *law shopping* y sin duda también favorecerían la certeza legal pues se trataría de un régimen disponible, *a priori*, en todos los Estados Miembro de la Unión Europea.

2. Soluciones focalizadas en el plano conflictual: el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales

2.1. Introducción

La problemática de las relaciones económico matrimoniales ha estado también en la agenda de otras organizaciones y grupos. Entre ellos, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional, que en 1978, y en el seno de la 13^o sesión⁹⁰⁷, elaboró el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales⁹⁰⁸. Dicho Convenio entró en vigor el 1 de septiembre de 1992 en Francia, Holanda y Luxemburgo⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ BATIFFOL, H.: “La treizième session de la Conférence...”, *op. cit.*, pp. 451-484 y DUTOIT, B.: “La Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé sous le signe du droit de la famille”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 14, núm. 3, 1978, pp. 449-479.

⁹⁰⁸ La versión española del Convenio se encuentra disponible en BORRAS RODRÍGUEZ, A. y GONZÁLEZ CAMPOS, J.: *Recopilación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 201-207 y también en <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt25es.pdf> (último acceso 29.12.2014).

⁹⁰⁹ Este Convenio se encuentra igualmente firmado por Austria y Portugal, aunque no han procedido a su posterior ratificación (REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention de La*

La elaboración de este Convenio resultó especialmente complicada por la diversidad, ya mencionada, de regímenes matrimoniales previstos en cada derecho interno, así como por la singularidad de las normas de conflicto de cada Estado que participó en su elaboración, lo que motivó la necesidad de buscar acuerdos sobre aspectos claves tales como la posible autonomía de la voluntad, los criterios subsidiarios aplicables en defecto de elección o la unidad o escisión de la ley aplicable al régimen económico matrimonial⁹¹⁰.

El objetivo principal de esta norma multilateral es aportar reglas de conflicto uniformes para los Estados parte del mismo, de suerte que la ley aplicable al régimen económico matrimonial sea la misma con independencia de la autoridad competente que deba discernir sobre los asuntos vinculados a éste. Así pues, el Convenio se articula sobre la idea de que la unificación de las normas de Derecho internacional privado vendría a resolver gran parte de los problemas que se han expuesto. Sin embargo su falta de éxito –recuérdese sólo tres Estados lo han ratificado– provoca que se trate de una herramienta con escaso poder resolutivo.

2.2. *Ámbito de aplicación del Convenio*

El Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales cuenta con claras normas en relación con su aplicabilidad en el tiempo, lo que viene marcado por la entrada en vigor del mismo, y en este sentido, se aplica a todos los cónyuges casados a

Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux: Commentaires et formules, Defrénois, Paris, 2^o ed., 2008. p. 34).

⁹¹⁰ VON OVERBECK, A.E.: “La Convention de la Haye...”, *op. cit.*, pp. 105-106.

partir del 1 de septiembre de 1992⁹¹¹. Igualmente el Convenio admite que los cónyuges casados antes de la entrada en vigor del Convenio pueden optar por la posibilidad del cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial⁹¹².

Junto a ello, en segundo lugar, se prevé también que todo Estado contratante del Convenio pueda, mediante declaración, extender la aplicación del Convenio a otros cónyuges⁹¹³. Mediante esta declaración un Estado puede, con carácter imperativo, someter el conjunto del Convenio, y lo que es más importante, sus conexiones objetivas, a los cónyuges casados antes de la entrada en vigor del Convenio. Hasta el momento presente esta posibilidad no ha sido utilizada por ninguno de los tres Estados que han ratificado el Convenio, lo que ha sido valorado positivamente por la doctrina, pues una declaración de este tipo, en particular por lo que respecta al cambio automático de ley aplicable, produciría graves injusticias para los cónyuges y complicaría la labor de los operadores jurídicos⁹¹⁴.

⁹¹¹ Art. 21.1º CHLARM. Para los matrimonios celebrados antes del 1 de septiembre de 1992 se permite, en primer lugar, la elección expresa de la ley aplicable y, en ausencia de ésta, debe determinarse la voluntad de los esposos, desempeñando para ello el primer domicilio conyugal una presunción de que existe voluntad de someterse a dicha ley. La jurisprudencia de la *Court de Cassation, civile, chambre civile I*, referente a supuestos de hecho anteriores a la entrada en vigor del Convenio es aún abundante, como queda demostrado en la sentencias de fecha de 30 de enero de 2013 (núm. 12-15.951), 26 de septiembre de 2012 (núm. 11-20.463), 11 de mayo de 2012 (núm. 11-20.462), 28 de marzo de 2012 (núm. 11-12.995), 26 de octubre de 2011 (núm. 10-23.298), 8 de julio de 2010 (núm. 09-12.474), 12 de mayo de 2010 (09-65.524), 3 de febrero de 2010 (09-12.002), 8 de julio de 2009 (08-15.255) y 22 de octubre de 2008 (07-16.385).

⁹¹² REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, op. cit., p. 19.

⁹¹³ Art. 21.2º CHLARM.

⁹¹⁴ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, op. cit., p. 19.

En cuanto al ámbito de aplicación espacial, las reglas de conflicto uniformes establecidas en el Convenio se aplican en todos los Estados que hayan ratificado el Convenio, con independencia de la nacionalidad o de la residencia habitual de los cónyuges o de que la ley aplicable no fuera la de un Estado contratante⁹¹⁵.

Finalmente, desde el punto de vista material, el Convenio no ofrece una definición del concepto de régimen económico matrimonial, dependiendo pues de la ley del foro la determinación de si las reglas de participación de los cónyuges relativas a las cargas familiares o la protección de la vivienda familiar se engloban dentro de dicho concepto o si pertenecen a la normativa referente al régimen primario⁹¹⁶. En Francia, Estado parte del Convenio, tales conceptos se clasifican como leyes de policía o de aplicación inmediata y no pueden descuidarse sea cual sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial⁹¹⁷. Junto a ello, el Convenio excluye algunas materias estrechamente vinculadas con el régimen económico matrimonial, como son las obligaciones alimenticias entre cónyuges, los derechos sucesorios del cónyuge superviviente y la capacidad de los cónyuges⁹¹⁸.

⁹¹⁵ Art. 2 CHLARM.

⁹¹⁶ LIENARD-LIGNY, M.: “Régime matrimonial...”, *op. cit.*, pp. 316-317; WATTÉ, N.: “L’autonomie de la volonté dans les Conventions de la Haye”, *Revue belge de droit international*, vol. 24, núm. 1, 1991, pp. 416-418 y FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el derecho francés. Normativa interna y Derecho internacional privado*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 703-704.

⁹¹⁷ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 8.

⁹¹⁸ Art. 1 CHLARM.

2.3. Determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en el momento del matrimonio

El Convenio de La Haya toma como base de todo el sistema diseñado al principio de autonomía de la voluntad. Un principio limitado, en cuanto se modulan las opciones permitidas a las partes (II.2.3.1), y que se acompaña de un conjunto de normas aplicables en aquellas situaciones en que las partes no han querido, podido o sabido elegir el derecho aplicable (II.2.3.2).

2.3.1. La autonomía de la voluntad conflictual: la designación de la ley aplicable por los cónyuges

El Convenio de La Haya permite a las partes la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, aunque dicha elección no podrá ser ilimitada, como sí ocurre en materia contractual⁹¹⁹.

En particular, los cónyuges sólo podrán designar la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de ellos; la ley del Estado de la residencia habitual de cualquiera de ellos; y la ley del primer Estado en cuyo territorio uno de los cónyuges establezca su primera residencia habitual después del matrimonio⁹²⁰. La elección de esta última ley responde al deseo de los cónyuges de someter el régimen económico matrimonial a la ley del Estado al que se trasladarán una vez celebrado el matrimonio, con la condición de que efectivamente establezcan en dicho Estado su

⁹¹⁹ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, op. cit., p. 22.

⁹²⁰ Art. 3.2º CHLARM.

residencia habitual. El problema que plantea dicha conexión es que el operador jurídico ante en que se hace la elección no podrá verificar el cumplimiento de tales circunstancias⁹²¹.

La autonomía de la voluntad viene seguidamente limitada por el hecho de que los cónyuges sólo pueden designar una única ley para regir todas sus relaciones, con excepción de la posibilidad de elección de la *lex rei sitae*, que permite en lo que se refiere a los inmuebles o algunos de ellos, optar por la ley del lugar en que tales inmuebles estén situados⁹²². Mediante la designación de esta ley, los cónyuges pueden evitar las discrepancias surgidas en relación con la elección de la ley de un Estado no contratante que somete las relaciones pecuniarias entre los cónyuges sobre los bienes inmuebles a la ley del lugar de su situación, pero tiene como inconveniente la escisión de regímenes económico matrimoniales que se producirá en el momento de su liquidación⁹²³.

Por lo que respecta a la ley aplicable a la forma, debe indicarse que las conexiones previstas son las mismas para el contrato matrimonial –la designación de un régimen matrimonial en términos sustantivos- y para la ley aplicable –una elección de Derecho internacional privado en sentido estricto-, pues en ambos casos se establece que la validez de la elección cuando se cumplan los requisitos de la ley interna designada o de la ley interna del lugar en que se haya celebrado el negocio jurídico. El carácter

⁹²¹ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 24.

⁹²² Art. 3.3° CHLARM.

⁹²³ Sobre esta cuestión, *vid.*, BATIFFOL, H.: “La treizième session de la Conference...”, *op. cit.*, p. 456; LOUSSOUARN, Y.: “La Convention de la Haye sur la loi applicable aux regimes matrimoniaux”, *Journal du droit international*, 1979, vol. 106, pp. 9-10; LIENARD-LIGNY, M.: “Régime matrimonial en droit international...”, *op. cit.*, pp. 319-320 y REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 23.

alternativo de ambas leyes viene acompañado de dos requisitos mínimos que deberán cumplirse en todo casos, como son la fecha y la firma de los cónyuges en el documento en que se haya formalizado la elección⁹²⁴.

2.3.2. *Conexiones objetivas*

Cuando los cónyuges no han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial, entran en juego las conexiones objetivas establecidas en el Convenio de La Haya. Aunque aparentemente la conexión residencia habitual ocupa un papel protagonista, las excepciones que provocan la aplicación de la ley de la nacionalidad común de los cónyuges permiten concluir que se ha obtenido un balance bastante equitativo entre ambas conexiones⁹²⁵. Por su parte, la aplicación de la ley que presente los vínculos más estrechos, únicamente jugará en casos residuales.

1) Como se ha indicado, la primera conexión en ausencia de autonomía de la voluntad es la ley interna del Estado en cuyo territorio establezcan su primera residencia habitual los cónyuges después del matrimonio⁹²⁶. Esta disposición se inspira en el clásico sistema de Derecho internacional privado francés, en el que cuando los cónyuges no habían elegido la ley aplicable al régimen matrimonial, se aplicaba el criterio del primer domicilio matrimonial. Esta conexión no aparece definida en el Convenio, por lo que deberá ser interpretada como una

⁹²⁴ Arts. 12 y 13 CHLARM.

⁹²⁵ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, op. cit., p. 34.

⁹²⁶ Art. 4.1º CHLARM.

noción fáctica, debiendo evitarse el establecimiento rígido de una duración mínima para determinar esta primera residencia habitual⁹²⁷.

2) Por su parte, la conexión nacionalidad se aplicará en tres supuestos bien diferenciados.

A) El primero de ellos supone la aplicación subsidiaria de dicha conexión cuando los cónyuges no han establecido su residencia habitual común después de la celebración del matrimonio⁹²⁸. Mediante esta disposición se busca resolver, en especial, los supuestos relacionados con los inmigrantes mayormente provenientes de África del norte en los que la mujer permanece en el Estado de origen y el hombre tiene un trabajo en otro Estado⁹²⁹, aunque lo cierto es que esta realidad es cada vez más cambiante y se tiende a la reagrupación familiar.

⁹²⁷ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 34; ; ID.: “Dix ans d’application de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, *Répertoire du Notariat Deffrénois*, núm. 13, 2002, pp. 899; ID.: “Les nouvelles Conventions de la Haye et le droit patrimonial de la famille”, *Hague Yearbook of international law*, núm. 7, 1994, pp. 59 y ID.: “La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, *Répertoire du Notariat Deffrénois*, núm. 5, 1992, pp. 26. En la sentencia de la *Court de Cassation, civile, chambre civile 1*, de 14 de mayo de 2014, núm. 12-29.922, el tribunal entendió que la primera residencia habitual después del matrimonio se entiende necesariamente como la residencia donde se establecen inmediatamente después del matrimonio. Se trata de un caso de 2 cónyuges marroquíes: él vivía en Francia desde 1983, se casaron el 13 de agosto de 2001 y ella no se trasladó a Francia hasta el 1 de junio de 2002. Durante el lapso de tiempo 10 meses, ella seguía trabajando en Marruecos y él viajaba regularmente a Marruecos a ver a su mujer, n pudiendo determinarse que había un residencia habitual común posterior a la celebración del matrimonio en Francia.

⁹²⁸ Art. 4.2º párr. ap. 3 CHLARM.

⁹²⁹ REVILLARD, M.: “Primer bilan d’application de la Convention de la Haye de 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, en BORRAS, A., BUCHER, A., STRUYCKEN, T. Y VERWILGHEN, M. (eds.): *E Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague-Boston-London, 1996, p. 375; ID.: “Dix ans d’application de la Convention...”, *op. cit.*, p. 899 y ID.: “Les nouvelles Conventions...”, *op. cit.*, p. 59;

B) Por otro lado, el Convenio prevé la posibilidad de que un Estado realice una declaración en favor de la ley nacionalidad que excepcione la aplicación de la ley de la residencia habitual. Con esta declaración, un Estado contratante puede proteger la aplicación de su ley interna en aquellos supuestos en que se vean envueltos sus nacionales⁹³⁰. El límite para que un Estado lleve a cabo dicha manifestación es el momento de la ratificación o la entrada en vigor de dicho Convenio para el Estado y puede ser “retirada” en cualquier momento. En la actualidad, ni Francia ni Luxemburgo han realizado dicha declaración, habiendo sido únicamente formulada por Holanda⁹³¹.

Un ejemplo de dicha disposición podría versar sobre dos cónyuges holandeses, casados en Holanda pero que establecen su primera residencia habitual después del matrimonio en París. Pues bien, la regla general implicaría la aplicación de la ley francesa, pero la reserva de ley realizada por Holanda supondría que, en todos los Estados contratantes del Convenio, los cónyuges se encuentran casados bajo la ley holandesa.

Los efectos de dicha declaración se encuentran, empero, limitados por el propio Convenio tan sólo para aquellos casos en que los cónyuges conservan su residencia habitual en el territorio del Estado en que tenían su residencia desde al menos cinco años antes de la

⁹³⁰ Art. 4.2º párr. ap. 1 y art. 5.1º párr. CHLARM.

⁹³¹ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 38; ID.: “Dix ans d’application de la Convention...”, *op. cit.*, p. 899; ID.: “Les nouvelles Conventions...”, *op. cit.*, p. 59 y ID.: “La Convention de La Haye...”, *op. cit.*, p. 261.

celebración del matrimonio o en un Estado que no forma parte del Convenio pero cuyo Derecho internacional privado prescriba la aplicación de la ley nacional⁹³². Se trata de un supuesto que regula la excepción de la excepción, inédito en la práctica jurisprudencial, y que está justificado por el hecho de que si los cónyuges han establecido su residencia habitual antes del matrimonio y continúan residiendo allí, dicha integración justifica la preeminencia de la ley de la residencia habitual⁹³³.

Siguiendo el ejemplo anterior, si los cónyuges holandeses hubieran vivido durante seis años antes de la celebración del matrimonio en París, la excepción realizada por Holanda no se aplicaría y su régimen económico matrimonial estaría regulado por la ley francesa.

C) El tercer supuesto bajo el que se produce la aplicación de la ley de la nacionalidad, hace referencia a la convergencia de los sistemas de conflictos de leyes en favor de dicha ley. En virtud de dicha excepción, cuando los cónyuges tengan la nacionalidad de un Estado no contratante del Convenio y establezcan su primera residencia habitual en el territorio de un Estado que ha hecho la declaración a favor de la ley de la nacionalidad o en un Estado que no es parte del Convenio, pero cuyo Derecho internacional privado conduzca a la aplicación de su derecho nacional, entonces tendrá lugar la aplicación de su ley nacional común⁹³⁴. Esta disposición consagra un supuesto de reenvío de segundo grado, lo que resulta sorprendente

⁹³² Art. 5.2º párr. CHLARM.

⁹³³ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 39 y ID.: “Dix ans d’application de la Convention...”, *op. cit.*, p. 899;

⁹³⁴ Art. 4.2º párr. ap. 2 CHLARM.

teniendo en cuenta que el reenvío se encuentra excluido por el propio Convenio, y busca evitar en la práctica los supuestos de *forum shopping* permitiendo a los Estados envueltos en el supuesto ofrecer una solución idéntica⁹³⁵. Esta disposición ha sido duramente criticada, por obligar al operador jurídico en cuestión a tener a su disposición un listado de los Estados que no son parte del Convenio pero que aplican la ley de la nacionalidad de los cónyuges⁹³⁶.

Así por ejemplo, dos cónyuges italianos que establecen su primera residencia habitual en Holanda –Estado parte que ha realizado una declaración en favor de la ley de la nacionalidad- o en España –Estado no parte del Convenio pero cuya norma de conflicto conduce a la aplicación de la ley nacional común-, verán aplicado el derecho italiano si se dirigen ante las autoridades de un Estado parte del Convenio.

4) Finalmente, como conexión de cierre, se propone la ley interna del Estado con el cual, teniendo en cuenta todas las circunstancias, presente los vínculos más estrechos⁹³⁷. Dicho concepto se corresponde con el de centro de intereses pecuniarios de los cónyuges, que era el criterio

⁹³⁵ BATIFFOL, H.: “La treizième session de la Conference...”, *op. cit.*, p. 458; LOUSSOUARN, Y.: “La Convention de la Haye sur la loi applicable...”, *op. cit.*, p. 13; REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 39; ID.: “Dix ans d’application de la Convention...”, *op. cit.*, p. 899; ID.: “Les nouvelles Conventions...”, *op. cit.*, p. 60;

⁹³⁶ DROZ, G.: “Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 81, núm. 4, 1992, p. 650 y REVILLARD, M.: “Primer bilan d’application de la Convention de la Haye...”, *op. cit.*, p. 375.

⁹³⁷ Art. 4.3º párr. CHLARM.

residual utilizado por la jurisprudencia francesa en los casos en que la determinación del domicilio común de los cónyuges no resultaba clara⁹³⁸.

2.4. *La mutabilidad de la ley aplicable durante el transcurso del matrimonio*

Los redactores del Convenio de La Haya fueron conscientes de la posibilidad de que la ley seleccionada directa o indirectamente para regular las relaciones económicas pudiera verse alterada por el cambio de las circunstancias de los cónyuges. En tal sentido, el Convenio aborda la problemática de la mutabilidad de la ley aplicable durante el transcurso del matrimonio, distinguiendo para ello entre la mutabilidad voluntaria y la mutabilidad automática, si bien el ejercicio de la primera de ellas deja inoperante a la segunda, como se verá a continuación.

2.4.1. *Mutabilidad voluntaria*

La mutabilidad voluntaria de la ley aplicable al régimen económico matrimonial implica que los cónyuges podrán someter su régimen matrimonial a una ley interna distinta de la que era aplicable hasta entonces. Esta posibilidad está disponible el Convenio tanto para los cónyuges casados con contrato matrimonial o documento relativo a la elección de la ley aplicable, como para aquellos cuya situación está regulada por las conexiones objetivas.

⁹³⁸ REVILLARD, M.: “Primer bilan d’application de la Convention de la Haye...”, *op. cit.*, p. 376; ID.: “Dix ans d’application de la Convention...”, *op. cit.*, p. 899.

En particular, los cónyuges podrán designar, con carácter unitario para todo el fenómeno del régimen económico matrimonial, la ley del Estado de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, sin perjuicio de la posible designación de la *lex rei sitae*⁹³⁹. Esta elección se somete, con carácter general a los mismos requisitos formales que el contrato de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial o de designación de un régimen económico matrimonial⁹⁴⁰.

La finalidad de esta aceptación estriba en intentar maximizar las aparentes ventajas que se derivan de la misma, como son la posibilidad de adaptar las relaciones pecuniarias de los cónyuges a su nuevo entorno mediante la elección de una ley más actualizada o el evitar la aplicación de las conexiones objetivas⁹⁴¹. Junto a ello, la mutabilidad voluntaria conflictual también permite conseguir la mutabilidad del régimen económico matrimonial cuando el ordenamiento jurídico de origen no prevé tal posibilidad, si bien dicho cambio de régimen no será reconocido en este último Estado⁹⁴².

⁹³⁹ Art. 6 CHLARM.

⁹⁴⁰ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁴¹ VON OVERBECK, A.E.: “La Convention de la Haye...”, *op. cit.*, p. 110.

⁹⁴² REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 53. Un ejemplo especialmente clarificador se encuentra en la sentencia de la Court d’appel de Paris (2 Ch. A) de 3 de noviembre de 1993, referente a un matrimonio sujeto al régimen legal cubano, que consiguió “burlar” la inmutabilidad del régimen económico matrimonial consagrada en el Código Civil cubano eligiendo una nueva ley como rectora del régimen económico matrimonial, que permitía la mutabilidad del régimen matrimonial. Más recientemente, la sentencia de la *Court d’Appel de Lyon, 2ème chambre*, de 4 de abril de 2011, núm. 10/02303, sobre los cónyuges portugueses, casados en Portugal bajo un régimen matrimonial portugués y que habiendo trasladado su residencia habitual a Francia, eligen la comunidad universal de bienes del derecho francés, esquivando así la inmutabilidad material del derecho portugués.

Aunque no se determinada expresamente en el Convenio, se deduce por algún sector de la doctrina que al establecerse que la nueva ley designada se aplicará al conjunto de los bienes de los cónyuges, se está consagrando su potencial carácter retroactivo, sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos por terceros⁹⁴³. Si los cónyuges no estuvieran conformes con esta situación, resta la posibilidad de liquidar el régimen económico matrimonial anterior y, en virtud de ello, todos los actos y negocios jurídicos posteriores se someterán el nuevo régimen económico matrimonial.

Del mismo modo, y éste es uno de los principales interrogantes del Convenio, tampoco se determina si la posibilidad de designación de la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de los cónyuges permite la elección directa de un régimen convencional previsto en la nueva ley o si, por el contrario, los cónyuges sólo pueden aspirar, inicialmente, a la aplicación del régimen legal previsto en el nuevo ordenamiento jurídico. Así pues, en Francia, el cambio de ley permitido por el Convenio fue interpretado por parte de la doctrina de modo restrictivo y prudente, entendiéndose que sólo podía conducir a la aplicación del régimen legal de la nueva ley aplicable. La elección de un régimen convencional sólo sería posible en la medida en que la ley designada lo permitiera y de acuerdo con las condiciones establecidas –en particular, la necesaria autorización del juez que la anterior regulación del Código civil francés recogía⁹⁴⁴- para pasar de un régimen legal a uno convencional⁹⁴⁵.

⁹⁴³ DUTOIT, B.: “La Treizième session de la Conférence...”, *op. cit.*, p 459.

⁹⁴⁴ Antiguo art. 1397.1º Cc francés.

⁹⁴⁵ DROZ, G.: “Les nouvelles règles de conflit...”, *op. cit.*, pp. 657-658 y LEQUETTE, Y.: “Le droit international privé de la famille à l'épreuve...”, *op. cit.*, p. 172.

En virtud de esta interpretación, cuando los cónyuges elegían la ley francesa pero querían adoptar un régimen convencional contenido en la misma, debían obtener la homologación judicial, mientras que si escogían el mismo régimen al amparo de otra ley designada, podían esquivar las formalidades de la homologación⁹⁴⁶. Dicho de otro modo, se entendía que tales condiciones sólo se aplicarían en el caso en que la ley rectora del régimen las estableciera, más no cuando la ley aplicable no requiriera esas autorizaciones, en cuyo caso el cambio de régimen económico matrimonial podría ser transcrito sin el cumplimiento de ellas⁹⁴⁷.

Se trata, empero, de una contrariedad del “pasado” en Francia, pues mediante la aprobación de la Ley nº 97-987, de 28 de octubre de 1997, que adapta el Convenio a Francia, se dispuso que los cónyuges podían, con ocasión de la designación de la ley aplicable, antes o durante el transcurso del matrimonio, designar la naturaleza del régimen matrimonial elegido por ellos. Junto a ello, la Ley nº 2007-308, de 5 de marzo de 2007, eliminó el requisito general de la homologación judicial para llevar a cambio el cambio de régimen económico⁹⁴⁸, quedando sin sentido las estrategias procesales relativas a este requisito.

⁹⁴⁶ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁴⁷ Así quedó demostrado también por la jurisprudencia en un caso de la *Court d'appel de Chambéry, Chambre civile, de 20 de junio de 1995*, referente a un matrimonio con primer domicilio matrimonial en Francia, sin contrato matrimonial y por tanto sometidos al régimen matrimonial legal francés. En este caso, los cónyuges deseaban acogerse al régimen de separación de bienes del Cc suizo y el tribunal entendió que no era necesaria la homologación judicial, como sí lo habría sido en el supuesto en que se hubiera elegido tal régimen bajo la ley francesa.

⁹⁴⁸ Con todo, la homologación judicial en Francia todavía es requerida cuando los cónyuges tienen hijos menores de edad o cuando los acreedores se oponen a tal cambio (arts. 1397.4º y 5º Cc francés).

Finalmente, tampoco resuelve el Convenio si el simple cambio de ley aplicable implica, *per se*, la entrada en escena del régimen legal de dicho ordenamiento jurídico. En este sentido, deben distinguirse dos situaciones. Si la designación de la ley aplicable no venía precedida de la elección concreta de un régimen económico matrimonial en virtud de la ley anterior, cabe entender que los cónyuges se encuentran sometidos al régimen legal de la nueva ley aplicable, sin perjuicio de los comentarios realizados sobre la posibilidad de elegir un régimen convencional. Sin embargo, aquellos cónyuges que contaban con un contrato matrimonial que designaba un determinado régimen económico matrimonial, si posteriormente cambian la ley aplicable, podrán mantener el mismo régimen económico matrimonial siempre que exista en el nuevo ordenamiento regulador, no viéndose “obligados” a la aplicación del régimen legal de la nueva ley aplicable⁹⁴⁹.

2.4.2. *Mutabilidad automática*

Junto a la mutabilidad voluntaria, y con objeto de remediar la excesiva rigidez de los factores de conexión y la aplicación de una ley con la que los cónyuges ya no se encuentren vinculados⁹⁵⁰, el Convenio regula

⁹⁴⁹ DROZ, G.: “Les nouvelles règles de conflit...”, *op. cit.*, pp. 658-659 y STRUYCKEN, A.V.M.: “Régimes matrimoniaux-Banc d’essai de la codification internationale du droit international privé”, en BORRAS, A., BUCHER, A., STRUYCKEN, T. Y VERWILGHEN, M. (eds.): *E Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz...*, *op. cit.*, p. 459.

⁹⁵⁰ VON OVERBECK, A.E.: “Explanatory Report”, en CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *Actes et documents de la Treizième sesión. Tome II. Matrimonial property regimes*, Bureau Permanent de la Conférence, La Haya, 1978, pp. 329-377.

la mutabilidad automática de la ley aplicable⁹⁵¹. En virtud de ésta, cuando los cónyuges se encuentran sometidos a una ley aplicable a falta de elección, se prevé un cambio involuntario de ley si los esposos fijan su residencia habitual en el Estado de su nacionalidad común⁹⁵², o; si conviven de modo continuado en dicha nueva residencia durante más de diez años, o; si establecen su primera residencia habitual en un determinado lugar y anteriormente resultaba de aplicación la ley de la nacionalidad común⁹⁵³.

Pues bien, esta norma fue duramente criticada por algún sector doctrinal francés, que señala los problemas de inseguridad jurídica e incertidumbre que puede crear para los propios cónyuges, confiados, por ejemplo en estar casados al amparo de un ordenamiento jurídico donde el régimen económico matrimonial secundario legal es el de la comunidad de bienes, pudiéndose encontrar realmente sometidos al régimen legal de separación de bienes recogido como régimen legal en otro derecho, debido a un cambio “de oficio” de ley aplicable⁹⁵⁴.

⁹⁵¹ Art. 7.º CHLARM.

⁹⁵² Por ejemplo, en la sentencia de la *Court de Cassation, civile, chambre civile I*, de 12 de abril de 2012, núm. 10-27.016, referente a dos franceses que se casan y viven durante un año en Nueva York y que después establecen su residencia habitual en Francia.

⁹⁵³ Como ocurrió en el caso de la sentencia de la *Court de Cassation, civile, chambre civile I*, de 12 de febrero de 2014, núm. 12-29.297, referente al matrimonio de dos turcos que en el momento de la celebración del matrimonio tenían distintas residencias habituales: él vivía en Francia y ella en Turquía. Dado que no es hasta un año después que ella traslada su residencia habitual a Francia, al principio les era de aplicación la ley turca, pero con el establecimiento de su residencia habitual en Francia, les es de aplicación la ley francesa en relación con los bienes futuros.

⁹⁵⁴ CLAVEL, S.: *Droit international privé, op. cit.*, pp. 429-430; COURBE, P.: *Droit international privé, op. cit.*, p. 182; MAYER, P. y HEUZÉ, V.: *Droit international privé,*

Para resolver dichas dificultades, y aunque no se establece manifiestamente en el Convenio, podría admitirse una declaración expresa de los cónyuges para oponerse a la mutabilidad automática o bien el establecimiento de un contrato matrimonial que “perpetúe” la ley aplicable objetivamente en un momento determinado⁹⁵⁵, junto a la propia autonomía de la voluntad conflictual que establece el Convenio. En este sentido, parece lógico pensar que si a los cónyuges les es posible elegir en cualquier momento del tiempo una nueva ley, con mayor razón deberían poder confirmar la aplicación de la ley que ya les es aplicable a través de una elección explícita que les permita excluir la mutabilidad automática⁹⁵⁶. La forma de esta declaración debería contar con los mismos requisitos formales que los acuerdos de elección de régimen económico matrimonial o de ley aplicable.

En cuanto a los efectos temporales de la mutabilidad automática, la regla general es justo la contraria a la de la mutabilidad voluntaria, pues se establece aquí que la nueva ley sólo tendrá efectos hacia el futuro y que los bienes pertenecientes a los cónyuges con anterioridad a tal cambio quedarán sometidos a la “antigua” ley aplicable⁹⁵⁷. Esta disposición fue criticada por la posible escisión que puede generar entre los bienes de los cónyuges, que serán sometidos a distintos regímenes económico matrimoniales cada vez que intervenga un cambio automático de ley aplicable, así como por las dificultades probatorias y de estimación de los bienes en el momento de la liquidación del régimen económico

op. cit., p. 557 y LEQUETTE, Y.: “Le droit international privé de la famille à l'épreuve...”, *op. cit.*, p. 167-170.

⁹⁵⁵ DUTOIT, B.: “La Treizième session de la Conférence...”, *op. cit.*, p. 460.

⁹⁵⁶ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 60.

⁹⁵⁷ Art. 8.1° CHLARM.

matrimonial⁹⁵⁸. Para atenuar dichos efectos, el propio Convenio prevé que los cónyuges podrán pactar una eficacia *ex tunc* de la nueva ley aplicable⁹⁵⁹.

2.5. Reglas de protección de terceros y medidas de publicidad relativas a los regímenes matrimoniales

Por lo que se refiere a la protección de terceros, la regla general es que los efectos sobre una relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero, se someten a la ley aplicable establecida en virtud del Convenio. Sin embargo, los Estados contratantes pueden prever que el régimen económico matrimonial no pueda oponerse a un tercero a menos que se hayan cumplido determinadas medidas de publicidad o que el tercero conociera o debiera conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial⁹⁶⁰. En este sentido, los Estados contratantes son libres de regular las medidas de protección que deseen, y que sólo serán aplicables por sus propios tribunales, viéndose los cónyuges abocados a la existencia de reglas distintas en función del foro⁹⁶¹.

⁹⁵⁸ BATIFFOL, H.: “La treizième session de la Conference...”, *op. cit.*, p. 463 y REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 62.

⁹⁵⁹ Art. 8.2º CHLARM.

⁹⁶⁰ Art. 9 CHLARM.

⁹⁶¹ VON OVERBECK, A.E.: “Explanatory Report”, *op. cit.*, p. 353; LOUSSOUARN, Y.: “La Convention de la Haye sur la loi applicable...”, *op. cit.*, p. 13; REVILLARD, M. y *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 66.

Esta cuestión es de especial relevancia en el ordenamiento jurídico francés –país contratante del Convenio-⁹⁶², en cuya virtud cabe distinguir los supuestos de designación de la ley aplicable antes del matrimonio y los supuestos de designación de la ley aplicable durante el matrimonio.

1) En el primero de los casos, los futuros contrayentes deben presentar al encargado del Registro civil el acto jurídico expedido por la notario o funcionario público autorizante del mismo, que debe contener el nombre y los apellidos de los futuros esposos, su lugar de residencia, la fecha del instrumento, así como la identificación y residencia del fedatario autorizante⁹⁶³.

2) Por otro lado, cuando los cónyuges han designado la ley aplicable durante el matrimonio⁹⁶⁴, se distinguen los supuestos en que la inscripción del matrimonio es conservada por la autoridad francesa, en cuyo caso se anotará en la inscripción el acto de designación de la ley aplicable al matrimonio, y los supuestos en que no se conserve la inscripción del matrimonio por autoridad francesa, en cuyo caso, y siempre que el documento relativo a la designación de la ley aplicable al régimen matrimonial se haya otorgado en Francia en forma auténtica o si uno de los cónyuges es francés, el acto de designación deberá publicarse en el repertorio civil anexo⁹⁶⁵.

⁹⁶² Sobre este particular, *vid.*: REVILLARD, M.: “La loi du 28 octobre 1997 modifiant le Code civil pour l’adapter aux stipulations de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, Defrénois 1997, art. 36700, p. 1377 y ss. y REVILLARD, M.: “Les mesures de publicité relatives aux régimes matrimoniaux en matière internationale”, Defrénois 1998, art. 36882, pp. 1201 y ss.

⁹⁶³ Arts. 76.9°, 1394.2° y 1397-3.1° Cc francés.

⁹⁶⁴ Arts. 1397-3.2° Cc francés y 1303-1 Código de procedimiento francés.

⁹⁶⁵ El repertorio civil anexo es un registro creado en el año 1965, dependiente del Servicio Central del Estado civil francés del Ministerio de Asuntos Exteriores que está

Es necesario remarcar que no se prevé en Francia la publicidad del acto otorgado en el extranjero referente a la designación de la ley aplicable durante el matrimonio en relación con los supuestos en que la inscripción no se conserve por autoridad francesa y referentes a casos de sujetos de nacionalidad no francesa. En estos supuestos, en aplicación estricta de la ley, el régimen sólo podrá ser oponible a terceros si los cónyuges manifiestan cuál es la ley aplicable a su régimen matrimonial⁹⁶⁶. Sin embargo, en estos casos, la doctrina propone la protocolización ante fedatario público francesa del acto de designación de la ley aplicable en el extranjero, a partir de cuyo momento el documento tendrá forma auténtica en Francia y podrá ser objeto del sistema de publicidad previsto⁹⁶⁷.

Finalmente, en relación los actos jurídicos otorgados en Francia por cónyuges extranjeros, el notario francés deberá averiguar si los cónyuges han otorgado o no capitulaciones matrimoniales. De ser así, el pacto o capitulación matrimonial deberá acompañarse de una traducción a la lengua francesa y producirá plenos efectos sin necesidad de exequátur, siendo suficiente que en el negocio jurídico en cuestión conste el régimen económico matrimonial adoptado por los cónyuges⁹⁶⁸.

radicado en Nantes y tiene, entre otros, por finalidad la conservación de actos como las como las copias de los actos de designación de la ley aplicable y de los certificados expedidos por personas en el ejercicio de sus competencias para autorizar estos actos, cuando su mención de halle prevista en el art. 1303-1 Código de procedimiento francés y no pueda efectuarse por ausencia del acta de inscripción del matrimonio conservada por una autoridad francesa (FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *Regímenes económicos del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 716-717).

⁹⁶⁶ Art. 1397-4.2° Cc francés.

⁹⁶⁷ REVILLARD, M.: *Pratique de la Convention...*, *op. cit.*, p. 68.

⁹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 76.

2.6. Valoración general

El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales constituyó en su día el primer intento global de unificación conflictual en materia de régimen económico matrimonial, y aunque no resultó aparentemente atractivo para los Estados participantes en su elaboración, se trata de un instrumento innovador en la materia, cuyo trabajo no sólo ha inspirado las reformas de conflicto de algunos Estados miembro de la Unión Europea o no, sino que también sienta las bases de una futura unificación conflictual en el seno, precisamente, de la Unión Europea⁹⁶⁹. Para ello, conviene detenerse ahora en tres de los argumentos que pueden explicar la reticencia de los Estados en adherirse al mismo. Junto a ellos, existen otros factores que, aunque no habiendo resultado decisivos, no han contribuido a un mayor número de Estados participantes.

En primer lugar, no fueron del todo bien recibidos los supuestos relacionados con la mutabilidad automática de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Esta solución buscaba remediar la excesiva rigidez de la fijación de las conexiones objetivas al momento de la celebración del matrimonio, provocando “de oficio” la aplicación de la ley que estuviera más conectada con las circunstancias actuales de los cónyuges. Dicha nueva ley únicamente desplegaría efectos hacía el futuro y jugaría cuando los cónyuges no hubieran hecho uso de la autonomía de la voluntad.

Sin duda se trata de una solución de consenso, entre ordenamientos jurídicos como el español o el alemán, que dan solución al conflicto móvil

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 5.

fijando las conexiones objetivas⁹⁷⁰ y ofreciendo simultáneamente la autonomía de la voluntad y otros como el suizo, cuya norma de conflicto dispone que en caso de cambio de domicilio de los esposos a otro Estado, resultará de aplicación la ley del nuevo domicilio, incluso con carácter retroactivo al día de la celebración del matrimonio⁹⁷¹. De este modo, el Convenio de La Haya parecía ofrecer una respuesta equilibrada entre el principio de seguridad jurídica y la aplicación de una ley vinculada con los cónyuges⁹⁷². Sin embargo, puede deducirse que la mayoría de Estados consideraban que debía ser la autonomía de la voluntad conflictual la encargada de “actualizar” la ley para los cónyuges, considerando desmedida la mutabilidad automática⁹⁷³.

Otra de las soluciones de consenso a las que llegó el Convenio de La Haya versa sobre el ofrecimiento de que las partes puedan elegir la ley del lugar donde los inmuebles están situados, así como la posibilidad de que los inmuebles adquiridos en el futuro queden sometidos a la ley de su situación. Con esta solución se abandonaba el principio de unidad del régimen económico matrimonial, unánime en prácticamente todas las normas de Derecho internacional privado de carácter civilista, aunque sólo parcialmente, pues sólo afecta en lo concerniente a los bienes

⁹⁷⁰ Arts. 9.2 y 9.3 Cc español y arts. 14 y 15 Cc alemán, respectivamente.

⁹⁷¹ Art. 55 Ley federal suiza de Derecho internacional privado.

⁹⁷² DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, op. cit., p. 359.

⁹⁷³ LIENARD-LIGNY, M.: “Régime matrimonial en droit international...”, op. cit., p. 328; DROZ, G.: “Les principaux traités multilatéraux relatifs aux régimes matrimoniaux, successions et libéralités” en AA.VV: *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités – Droit international privé et Droit comparé*, Baconnière, Neuchâtel, p. 237 y DROZ, G.: “Régimes matrimoniaux...”, op. cit., p. 63.

inmuebles⁹⁷⁴. El objetivo de este precepto era buscar un acercamiento con los países anglosajones, en los que las partes pueden designar distintas leyes para regular las diferentes partes de su patrimonio, con el fin de que dichos Estados procedieran a una ratificación del Convenio⁹⁷⁵.

Parece pues que en los Estados pesaron más los argumentos relacionados con las complicaciones respecto de la liquidación del régimen económico matrimonial que el incentivo que para las partes podría suponer el estudiar las consecuencias de fraccionar el régimen para que no se produjeran desigualdades entre distintos regímenes aplicables a los bienes de cada uno de los cónyuges⁹⁷⁶.

En tercer lugar, tampoco parece convincente el balance ofrecido entre las conexiones objetivas, en las que se establece, en primer lugar, la ley de la residencia habitual de los cónyuges posterior a la celebración del matrimonio, pero se excepciona a favor de la ley de la nacionalidad bajo determinados supuestos que son, si cabe, potencialmente causantes de dificultades en la labor de aplicación del Convenio. El Convenio de La Haya fue elaborado en un momento en que la conexión nacionalidad todavía seguía siendo la primera de las conexiones objetivas en materia de régimen económico matrimonial en las legislaciones de los Estados negociadores y quizás por este motivo se incluyó una disposición de esta índole. El resultado final fue una norma harto compleja que dibujaba una aplicación desigual del Convenio.

⁹⁷⁴ DROZ, G.: “Les nouvelles règles de conflit...”, *op. cit.*, pp. 644-646.

⁹⁷⁵ VON OVERBECK, A.E.: “Explanatory Report”, *op. cit.*, p. 331.

⁹⁷⁶ BATIFFOL, H.: “La treizième session de la Conference...”, *op. cit.*, p. 456.

Finalmente, se encuentran tres argumentos que aunque no son razones de peso suficientes como para justificar la no adhesión de los Estados, sí despiertan ciertos interrogantes en relación con el valor añadido que el Convenio podría prestar para sustituir a las normas de conflicto nacionales.

Así pues, se echa en falta una mayor delimitación del ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya. El instrumento unificado ni define de modo abstracto el concepto de régimen económico matrimonial, ni ofrece un listado positivo de los aspectos particulares cubiertos por el mismo. Únicamente excluye tres materias conexas con el régimen económico matrimonial, dejando en una “zona gris” conceptos como el régimen económico matrimonial primario, que dependerán del Estado que conozca del asunto y, por ende, podrían conducir a una aplicación desigual del Convenio.

El segundo argumento que hubiera mejorado la calidad del Convenio habría sido el ofrecimiento de una regla uniforme en materia de protección de terceros, pues la norma actual deja a cada Estado la posibilidad de establecer determinadas condiciones para la oponibilidad de la ley del régimen a los terceros. Con la regulación actual no queda claro cuándo jugarán las condiciones de publicidad si el cónyuge vive en un Estado y el tercero en otro, pudiendo además producirse supuestos en los que la cuestión se plantease en un Estado distinto al de la residencia habitual del cónyuge o del tercero⁹⁷⁷.

⁹⁷⁷ DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales...*, op. cit., p. 385-386.

Tampoco regula se regula en el Convenio ni en su *Rapport explicatif*, las relaciones entre la autonomía y mutabilidad conflictual y los supuestos relacionados con la designación y modificación dl régimen económico matrimonial en sentido material, por lo que no deben resultar extrañas las múltiples estrategias posibles para “burlar” la inmutabilidad o los requisitos contenidos en un ordenamientos jurídico para llevar a cabo la mutabilidad, tanto de ley aplicable como de régimen económico matrimonial.

Con todo, no se quiere dejar de incidir en que la valoración global del Convenio es muy positiva. Por primera vez, un determinado número de Estados se puso de acuerdo en la adopción de unas reglas de conflicto uniformes en la materia, que tienen como principal sello distintivo el ofrecimiento de la autonomía de la voluntad conflictual y la posible modificación de la ley aplicable. Fueron, sin duda, las soluciones de consenso las que a la postre llevaron a la elaboración de un Convenio muy interesante técnicamente, pero sumamente complicado en su aplicación práctica. Estos factores serán tenidos en cuenta en el proceso de unificación que la Unión Europea está llevando a cabo en materia de régimen económico matrimonial, como se verá en el siguiente capítulo.

**PARTE 2: EL FUTURO ESCENARIO DEL RÉGIMEN
ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LA UNIÓN
EUROPEA**

CAPÍTULO 4. ACCIONES LEGISLATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

I. Consideraciones previas

El análisis efectuado en el capítulo 3 evidencia que la disparidad normativa material y conflictual descrita en los capítulos 1 y 2 genera una serie de problemas –*forum shopping*, *law shopping* e incertidumbre e inseguridad jurídica para los matrimonios internacionales– que no han encontrado una solución global y definitiva hasta la actualidad. En este sentido, se ha demostrado que las soluciones ofrecidas en el plano material o no han tenido el éxito esperado –Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial- o bien adolecen del instrumento jurídico necesario para ser operativas en la práctica –Principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales de los cónyuges-. Por otro lado, se ha puesto de relieve como el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978, pese a ser el primer y único instrumento disponible desde el punto de vista de la unificación conflictual de la materia, goza de un ámbito de aplicación espacial muy limitado y, por tanto, se trata de una herramienta con escaso poder resolutivo.

La Unión Europea no es indiferente ante tales problemas, pues como se ha puesto de relieve en la introducción, afectan a un número importante de ciudadanos de la Unión Europea, y por ello trabaja en la actualidad en la creación de un marco normativo común en materia de régimen económico matrimonial. Las soluciones propuestas por la Unión Europea

se encuentran, eso sí, limitadas por sus propios poderes de acción si se toman en consideración las posibles acciones legislativas que ésta podría emprender desde un punto de vista conflictual y material.

Por lo que respecta a la vertiente conflictual, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, la maquinaria europea no ha dejado de funcionar. En un principio, los Reglamentos de la Unión Europea se centraron en la competencia judicial internacional y en el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales⁹⁷⁸, aunque recientemente la Unión Europea está llevando a cabo igualmente su proceso de unificación en el campo de la ley aplicable⁹⁷⁹. El Derecho de familia ha sido el verdadero protagonista de todo este fenómeno⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22-12-2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO L* de 16 de enero de 2001) (en adelante, Reglamento Bruselas I) y Reglamento n° 2201/2003 del Consejo, de 27-11-2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental (*DO L* 338 de 23 de diciembre de 2003) (en adelante, Reglamento Bruselas II *bis*).

⁹⁷⁹ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17-6-2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*DO L* 177 de 4 de julio de 2008) (en adelante, Reglamento Roma I), Reglamento (CE) n° 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11-7-2007, relativo a las obligaciones extracontractuales (*DO L* 199 de 31 de julio de 2007) (en adelante, Reglamento Roma II) y Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20-12-2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DO L* 343 de 29 de diciembre de 2010) (en adelante, Reglamento Roma III). Además, incluyendo en un mismo instrumento legislativo la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución, encontramos Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18-12-2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos (*DO L* 7 de 10 de enero de 2009) (en adelante, Reglamento 4/2009) y Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4-7-2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DO L* 201 de 27 de julio de 2012) (en adelante, Reglamento de sucesiones).

⁹⁸⁰ BOELE-WOELKI, K.: "Cross-border relations in Europe: towards a European matrimonial property law based upon cooperation between private international law and

pudiendo hablarse así del proceso de europeización del Derecho internacional privado de familia, en el que Reglamento en materia de régimen económico matrimonial está llamado a ser su último exponente.

En relación con la perspectiva material, conviene recordar, tal y como se ha puesto de relieve a lo largo toda la investigación, que la Unión Europea carece de competencia para unificar o armonizar el derecho sustantivo de familia, lo que no es óbice, eso sí, para poder plantearse si ésta tiene competencia y bajo qué límites y condiciones para crear un régimen económico matrimonial europeo que funcione como alternativa a los concretos regímenes económico matrimoniales ofrecidos en cada Estado miembro.

Estas dos posibles acciones legislativas, una más embrionaria que la otra –la referente a la creación de un régimen económico matrimonial europeo– están llamadas a constituir el futuro panorama de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial, que busca facilitar la vida diaria de sus ciudadanos intentando mitigar los problemas a los que éstos hacen frente en relación con la organización de sus bienes en supuestos transfronterizos.

Habida cuenta de esta circunstancia, la primera parte del capítulo realizará un estudio de las soluciones ofrecidas en el plano conflictual en el seno de la Unión Europea, es decir, de la Propuesta de Reglamento de

substantive law” en LOOS, M. y KEIRSE, A. (eds.): *Alternative ways to ius commune: the Europeanisation of private law*, Intersentia, Cambridge, p. 34.

régimen económico matrimonial⁹⁸¹ (II), con un pormenorizado análisis en las normas de conflicto contenidas en ella, y que sustituirán, cuando el texto legal sea de aplicación, a las existentes en cada Estado miembro, de acuerdo con lo analizado en el capítulo 2.

El análisis efectuado tendrá un carácter completamente dinámico en el sentido de que no sólo se tendrán en cuenta las disposiciones contenidas en la Propuesta Reglamento sino que también se indicará donde los expedientes interinstitucionales, a través de las versiones revisadas del texto del Reglamento han ido modificando su contenido, con especial énfasis en la Octava versión del texto elaborada por el Grupo de expertos⁹⁸².

La segunda parte del capítulo, referida a la perspectiva material del régimen económico matrimonial, se ocupará de la proposición, diseño y justificación de un régimen económico matrimonial opcional ofrecido por el legislador de la Unión Europea (III).

⁹⁸¹ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM (2011) 126 final).

⁹⁸² Consejo de la Unión Europea, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales de 19 de diciembre de 2013, 18027/13 JUTSTCIV 320. Esta versión del Reglamento no es accesible públicamente.

II. Soluciones introducidas en el plano conflictual: La Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial

1. Los orígenes de un instrumento unificado en materia de régimen económico matrimonial

Los orígenes de la elaboración de un Reglamento sobre régimen económico matrimonial se sitúan en 1998, siendo una de las prioridades del Plan de Acción de Viena de 1998⁹⁸³ la adaptación de las normas en materia de régimen económico matrimonial por los problemas derivados de la coexistencia de distintas leyes y jurisdicciones.

Del mismo modo, el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁹⁸⁴ resaltaba en 2001 la necesidad de realización de un instrumento jurídico sobre competencia internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de disolución de los regímenes matrimoniales.

En el año 2003, la Comisión encargó al Instituto Asser y al departamento de Derecho internacional de la Universidad Católica de Lovaina un Estudio sobre los regímenes matrimoniales de las parejas casadas y sobre el patrimonio de las parejas no casadas en el DIPr y el Derecho interno de los Estado miembro de la Unión Europea, enmarcado

⁹⁸³ Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia – Texto adoptado por el Consejo Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998 (DO C19 de 23 de enero de 1999).

⁹⁸⁴ DO C12 de 15 de enero de 2001.

en el proceso de creación del “Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia” del programa de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999⁹⁸⁵.

Un año después, el Programa de la Haya de 2004⁹⁸⁶ recogía entre sus prioridades para reforzar la eficiencia de la justicia y mejorar el reconocimiento mutuo y el acceso efectivo a la justicia en asuntos civiles, la elaboración de un libro verde sobre las consecuencias patrimoniales de las relaciones matrimoniales y de la convivencia de pareja.

Este Libro Verde, sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo⁹⁸⁷, se publicaría en 2006, y sin duda sus respuestas sentarían muchas de las bases de lo que posteriormente se convertiría en Propuesta de Reglamento.

Por otro lado, el programa de Estocolmo adoptado por el Consejo Europeo en diciembre de 2009⁹⁸⁸ reconocía que el fomento de la aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones debía extenderse a los regímenes matrimoniales. En este programa, el Consejo Europeo invitaba a la Comisión a la elaboración de un plan de acción, que fue presentado el 20 de abril de 2010⁹⁸⁹, donde ya explicitaba en la agenda de la Comisión la elaboración de una Propuesta de Reglamento sobre las

⁹⁸⁵ Conclusiones de la presidencia del Consejo europeo extraordinario de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999 (COM (2001) 0628 final).

⁹⁸⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» (COM (2005) 184 final, DO C236 de 24 de septiembre de 2005).

⁹⁸⁷ COM (2006) 400 final.

⁹⁸⁸ Véase el texto definitivo: Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DO C115 de 4 de mayo de 2010).

⁹⁸⁹ COM (2010) 171 final.

cuestiones de competencia, ley aplicable, y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial.

El 27 de octubre de ese mismo año, la Comisión Europea presentó el Informe 2010 sobre la ciudadanía de la Unión: la eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la UE⁹⁹⁰, donde se ponía de manifiesto la inseguridad evidente en cuanto al régimen económico de las parejas internacionales, así como las dificultades burocráticas para la obtención de certificados de registro civil, problemas que afectan a un volumen importante de ciudadanos de la UE. Ante estos problemas, de nuevo, la Comisión se comprometió a la tarea de facilitar a las parejas internacionales las cuestiones de tribunal competente, y ley aplicable a sus derechos patrimoniales mediante la proposición de un instrumento legislativo.

Finalmente, el 16 de marzo de 2011, la Comisión Europea presentó al Consejo una Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales⁹⁹¹, acompañada de una Comunicación sobre la disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas

⁹⁹⁰ COM (2010) 603 final.

⁹⁹¹ COM (2011) 126 final. Ese mismo día también fue presentada la Propuesta de Reglamento relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (COM (2011) 127 final).

internacionales⁹⁹² y de un Estudio de impacto de la Propuesta de Reglamento⁹⁹³ (en adelante, Propuesta de Reglamento).

Desde entonces, el camino recorrido ha sido largo, pues la Propuesta de Reglamento cuenta ya con tres años de antigüedad y se han presentado varios borradores modificados de ésta que han ido resolviendo o mitigando no sólo las cuestiones técnicas del texto en sí, sino también su coordinación con los restantes instrumentos de derecho de familia y sucesiones⁹⁹⁴.

La situación actual de los trabajos impacta obviamente en el análisis del texto unificado en materia de régimen económico matrimonial, por lo que, si bien se hará especial hincapié en la Propuesta de Reglamento, en numerosas ocasiones, tal y como se ha avanzado en la introducción, se contrastarán las soluciones que ésta propone con los últimos trabajos en torno a la misma, en particular con la Octava versión del texto elaborada tras las reuniones del Grupo de expertos (en adelante, Octava versión revisada), de la que, previsiblemente, se esperan apenas cambios en relación con el texto definitivo en materia de régimen económico matrimonial.

⁹⁹² COM (2006) 125 final.

⁹⁹³ COM (2006) 328 final.

⁹⁹⁴ Consejo de la Unión Europea. Estado de los trabajos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales y de la Propuesta del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, de 24 de noviembre de 2014, 15888/1/14 JUSTCIV 304.

2. La nueva regulación introducida por la Propuesta de Reglamento más allá de los aspectos de ley aplicable

El examen de la regulación de la ley aplicable en materia de régimen económico matrimonial no puede realizarse sin situarla previamente en el contexto general del Reglamento. Es por ello que deben analizarse los distintos aspectos regulados en el mismo. En este sentido, a continuación se hará un sucinto análisis de las cuestiones más destacables de la nueva regulación de la Unión Europea, incidiendo en los puntos más interesantes más allá de los de la ley aplicable, que ocupan un papel protagonista en la tesis doctoral, como son el ámbito de aplicación (II.2.1), las normas de competencia judicial internacional (II.2.2) y las disposiciones elaboradas sobre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales (II.2.3).

2.1. *Ámbito de aplicación*

Para que el futuro Reglamento de régimen económico matrimonial se pueda aplicar a un caso concreto, éste debe estar dentro del ámbito de aplicación espacial, personal, material y temporal del mismo⁹⁹⁵.

⁹⁹⁵ No se hará referencia a este último al no disponerse todavía de la versión definitiva del Reglamento.

2.1.1. *Ámbito de aplicación espacial*

En relación con el ámbito espacial, casi con toda seguridad, el Reglamento será aplicable en 25 Estados miembro de la Unión Europea. Reino Unido e Irlanda ya han declarado que no ejercerán el derecho de *opt in* sobre el Reglamento⁹⁹⁶, y conviene recordar que Dinamarca no se encuentra vinculada por los instrumentos adoptados en virtud del art. 81 TFUE y únicamente puede determinar, mediante la vía convencional, que las disposiciones de los Reglamentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, se apliquen también en su territorio⁹⁹⁷.

2.1.2. *Ámbito de aplicación personal*

El Reglamento de régimen económico matrimonial se aplicará con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de los cónyuges o terceros que contratan con ellos e incluso aunque la ley designada en virtud de las normas de conflicto sea la de un Estado no

⁹⁹⁶ Conviene recordar en este punto que las consecuencias financieras de un divorcio en Inglaterra y Gales no distinguen entre la división de la propiedad o la pensión de alimentos, como en los sistemas de Derecho civil. Las *order* emitidas por el Tribunal ofrecen un resultado global, comúnmente llamado *tool box* o *global package solution* (Vid. en el capítulo 1, III.3). Este hecho, junto con la inexistencia del concepto de régimen económico matrimonial en Inglaterra y Gales, vendrían a explicar el por qué dichos Estados no han decidido ejercer su derecho de *opt in* en el Reglamento (SCHERPE, J.: “Towards a matrimonial property regime for England and Wales?”, en PROBERT, R. y BARTON, C., *Fifty years...*, *op. cit.*, p. 143).

⁹⁹⁷ La Octava versión revisada ya incorpora en sus Considerandos que ni Reino Unido e Irlanda ni Dinamarca se encuentran vinculados por el Reglamento ni sujetos a su aplicación, en virtud de sus respectivos Protocolos. Conviene recordar, sin embargo, que el Reino Unido e Irlanda pueden ratificar, en un futuro, su intención de adoptar el Reglamento conforme al art.4 del Protocolo núm.2º sobre la posición de Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Miembro de la Unión Europea (art. 21 de la Propuesta de Reglamento), quedando por tanto definido un ámbito de aplicación universal.

2.1.3. Ámbito de aplicación material

Por lo que respecta al ámbito de aplicación material del Reglamento, junto con la exclusión de los aspectos fiscales, aduaneros y administrativos, la Propuesta de Reglamento determina expresamente que no debe aplicarse a determinadas materias del ámbito del derecho civil distintas del régimen económico matrimonial pero que guardan un vínculo con el mismo. En particular, se está haciendo referencia a la capacidad de los cónyuges⁹⁹⁸, las obligaciones de alimentos⁹⁹⁹, los actos de liberalidad entre cónyuges¹⁰⁰⁰, los derechos sucesorios del cónyuge superviviente¹⁰⁰¹, las

⁹⁹⁸ Que, ante la ausencia de un instrumento unificado de Derecho internacional privado de la Unión Europea, seguirá estando regulada por las normas de conflicto del foro. En España, art.9.1 Cc.

⁹⁹⁹ Cuestión regulada en el Reglamento 4/2009. En este sentido, conviene recordar que la distinción entre las obligaciones alimenticias entre ex cónyuges y el régimen económico matrimonial radica, según el TJUE (STJUE de 27-3-1979, en el asunto C-143/78, *de Cavel* (nº1), de 6-3-1980, en el asunto C-120/79, *de Cavel* (nº2) y, de 27-2-1997 en el asunto C-220/95, *Van den Boogaard v Laumen*), en que mientras el primero de ellos hace referencia a la manutención fijada en atención a las necesidades y recursos de cada cónyuge, el régimen económico matrimonial está relacionado con el reparto de los bienes (sobre esta cuestión *vid.*, TORGA, M.: “Drawing a demarcating line between spousal maintenance obligations and matrimonial property in the context of the new instruments of European Union private international law”, en BEAUMONT, P., HESS, B., WALKER, L. Y SPANCKEN, S. (eds.): *The recovery of maintenance in the EU and worldwide*, Oxford, 2014, pp. 425-442.

¹⁰⁰⁰ Cubiertos por el Reglamento Roma I. La Octava versión revisada ya no lo excluye del ámbito de aplicación material del Reglamento.

¹⁰⁰¹ Expresamente incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento sobre sucesiones (art.23.2.b).

sociedades entre cónyuges¹⁰⁰² y la naturaleza de los derechos reales sobre un bien y la publicidad de estos derechos.

La Octava versión revisada que, como se ha indicado, será tenida en cuenta a lo largo de todo el análisis, perfila todavía más las materias que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, haciendo referencia a las pensiones (1) y regulando detalladamente en sus Considerandos la cuestión de la naturaleza de los derechos reales y la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, en consonancia con lo establecido en el Reglamento sobre sucesiones (2).

1) Así, en primer lugar, el art. 1.3.e.a y el Considerando 13a de la Octava versión establecen que el derecho de ajuste o transferencia entre los cónyuges en relación con los planes de pensiones por jubilación o las pensiones de incapacidad devengadas pero no pagadas durante el matrimonio, se encuentran excluidos del ámbito del Reglamento y quedarán, por tanto, regulados por los específicos sistemas existentes en cada Estado miembro¹⁰⁰³. Sin embargo, sí regulará la ley aplicable en

¹⁰⁰² Regulado por la *lex societatis*. La Octava versión revisada, como ocurriera con las liberalidades entre cónyuges, tampoco lo excluye del ámbito de aplicación.

¹⁰⁰³ La inclusión o exclusión de las pensiones en el Reglamento fue uno de los puntos más delicados en su negociación, por existir enormes diferencias en derecho sustantivo, pues en algunos Estados miembro, tras el divorcio, los derechos derivados de las pensiones son también tenidos en cuenta para las reclamaciones relacionadas con la división de los bienes, la compensación o la participación, mientras que en otros quedan excluidos (*Vid.* report de MARTINY, D.: “Matrimonial property regimes-Scope of application and jurisdiction”, de la Conferencia *Matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships*, organizada en Nicosia el 9 de octubre de 2012 por la Comisión Europea y ERA). Así pues, por ejemplo, en España, se distingue entre el derecho a percibir la pensión –bien privativo en el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales- y la pensión en sí misma, como fruto de aquel derecho, que será, como norma general, ganancial (art.1340 Cc). Junto a ello hay que diferenciar entre las pensiones de invalidez, de invalidez permanente y los planes de pensiones en todas sus formas (por incapacidad laboral, por jubilación...), pues su

virtud del Reglamento la clasificación de las pensiones, las cantidades que ya han sido pagadas a uno de los cónyuges durante el matrimonio y la posible compensación que deberá recibirse en caso de pensiones suscritas con bienes comunes.

2) En relación con la tipología y naturaleza de los derechos reales que afecten a bienes inmuebles y muebles¹⁰⁰⁴, si bien éstos aparecen con carácter general excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, lo cierto es que se permite la creación o transmisión de un derecho sobre bienes inmuebles y muebles, tal y como prevea la ley aplicable al régimen económico matrimonial (Considerando 13 Octava versión revisada). No obstante, ello no debe afectar al *numerus clausus* de derechos reales reconocidos en un Estado miembro, en el sentido de que no se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real no previsto en su ordenamiento jurídico¹⁰⁰⁵.

clasificación como bien privativo o gananciales está sujeta a enormes especificidades (sobre esta cuestión, *vid.*, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Derecho de familia y de la persona. Regímenes económico matrimoniales*, Tomo V, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 240-246). Por otro lado, en Estados miembro como Alemania, la igualación de las pensiones es una institución independiente del régimen económico matrimonial, que cuenta de hecho con una norma de conflicto propia (art.17.3 Cc alemán) (sobre la relación entre las pensiones y el régimen económico matrimonial en derecho sustantivo alemán, *vid.* DETHLOFF, N. y MARTINY, D.: “German report. Question 62”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law...*, *op. cit.*, p. 629).

¹⁰⁰⁴ Aunque el concepto de derecho real es ampliamente conocido entre los Estados miembro, no es común, sin embargo, la tipología existente (MARTINY, D.: “Lex rei sitae as a...”, *op. cit.*, pp. 119-133).

¹⁰⁰⁵ En España, la DGRN parece seguir, empero, la doctrina del *numerus apertus* (RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J.S.: “Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España”, *Cuadernos de Derecho registral*, Madrid, p. 117). En este sentido,

Sin embargo, dándose esta circunstancia y en aras de beneficiar “la libre circulación de derechos reales”, se prevé que el Estado miembro en el que se invoque tal derecho real lo “adapte” conforme al más cercano existente en su ordenamiento jurídico (Considerando 13 Octava versión)¹⁰⁰⁶.

Junto a ello, tampoco regula el Reglamento la inscripción de los derechos sobre bienes muebles e inmuebles en un Registro, incluidos los requisitos legales, la manera de realizar la inscripción (Considerando 13 c Octava versión revisada) y los efectos que ésta produce (Considerando 13 d Octava versión revisada). Será por tanto la ley del Registro la que establezca las condiciones y el modo en que se tendrá acceso a la publicidad registral, la documentación que es necesario aportar, las autoridades que deben verificar el cumplimiento de acceso a los registros

vid. las recientes resoluciones de la DGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168) y 28 de julio de 2012 (RJ 2012/10379).

¹⁰⁰⁶ Contenido correspondiente, además, con el art.20.c) de la Octava versión revisada. La verificación de la existencia o inexistencia en el derecho de un Estado miembro de un derecho real designado en virtud de la ley aplicable al régimen económico matrimonial resulta una ardua tarea que busca no imponer un ordenamiento sobre el otro, sino buscar la coordinación entre dos sistemas legales (HEREDIA CERVANTES, I.: “*Lex sucessionis y lex rei sitae* en el Reglamento de sucesiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. 11, 2011, p. 431). En este sentido, pueden distinguirse dos situaciones. En primer lugar, cuando las diferencias de los derechos en liza sean escasas no está justificado el mecanismo de adaptación, que sólo cabrá cuando se otorguen prerrogativas diferentes a los titulares del derecho real (por ejemplo, el derecho de usufructo holandés se diferencia del derecho usufructo conocido en la mayor parte de las legislaciones europeas, en que permite al usufructuario consumir los bienes que constituyen el objeto del usufructo). Por otro lado, cabe que el derecho real no exista como tal en el Estado miembro en el que se invoque, pero sí exista una figura similar, en cuyo caso habrá que analizar el contenido concreto de tales derechos (por ejemplo, el *trust* es una institución estrictamente anglosajona, pero que guarda cierto paralelismo con la figura del fideicomiso que existe en algunos Estados miembro de tradición civilista). Sobre esta cuestión, aunque en el terreno sucesorio, *vid.*, WAUTELET, P.: “Article 31”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n°650/2012 du juillet 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 479-491.

nacionales¹⁰⁰⁷, así como los efectos de la inscripción, en particular, si ésta tiene eficacia constitutiva o meramente declarativa¹⁰⁰⁸.

Por otro lado, más allá de las cuestiones expresamente excluidas que se acaban de analizar, el ámbito de aplicación material del Reglamento quedará también definido mediante una aproximación a los conceptos de “situación transfronteriza” (1), “matrimonio” (2) y “régimen económico matrimonial” (3), que, aunque en mayor o menor medida aparecen mencionados en el Reglamento, se encuentran rodeados de una enorme incertidumbre.

1) En relación con el concepto de “situación transfronteriza” se plantean, como punto de partida dos interrogantes. En primer lugar, si el Reglamento se aplica, únicamente a los litigios de régimen económico matrimonial que presenten un elemento de extranjería, y en segundo lugar, qué debe entenderse por tal tipo de situaciones¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁷ Siguen quedando, por tanto, sometidos al derecho en que esté situado el registro, los requisitos necesarios para la admisibilidad de los documentos extranjeros como título válido para la inscripción. Sin embargo, la superioridad jerárquica del derecho la Unión Europea sobre la normativa interna implica que algunas de las exigencias del derecho interno para obtener el acceso al registro quedarán descartadas cuando un documento provenga de una autoridad de un Estado miembro de la Unión Europea (sobre esta cuestión, *vid.*, HEREDIA CERVANTES, I.: “*Lex sucessionis y lex rei sitae...*”, *op. cit.*, pp. 434-435).

¹⁰⁰⁸ En este sentido, conviene tener presente que en la inscripción declarativa, sistema existente en España, Italia, Francia o Bélgica, no se exige como requisito esencial para la transmisión del dominio o constitución y transmisión del derecho real la inscripción, que sí resulta necesaria, sin embargo, para la oponibilidad frente a terceros. Por otro lado, en la inscripción constitutiva, sistema seguido en Alemania u Holanda, la inscripción es necesaria para la transmisión y constitución del derecho real (WAUTELET, P.: “Article 1”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen...*, *op. cit.*, p. 129).

¹⁰⁰⁹ En la presente parte de la tesis se utilizarán indistintamente los términos “matrimonio internacional”, “matrimonio con elemento de extranjería” y “matrimonio transfronterizo” con fines puramente ilustrativos y sin ninguna intención de manifestar su sinonimia.

A) Por lo que respecta a la primera cuestión y aunque no cabe duda de que la respuesta debe ser afirmativa, no debe dejar pasarse por alto que la ausencia de referencia alguna al concepto de “elemento extranjero” a lo largo del contenido del Reglamento en nada contribuye a optimizar la claridad y funcionalidad del texto legal. En este sentido, llama la atención el hecho de que todos los instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea que sólo regulan el sector de la ley aplicable establezcan al inicio de su articulado que su aplicación sólo se limita a los asuntos que “impliquen un conflicto de leyes”¹⁰¹⁰, mientras que los Reglamentos que contienen normas de competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de decisiones¹⁰¹¹ o también de ley aplicable¹⁰¹², únicamente mencionan la institución, en términos de derecho sustantivo, que se ocupan de regular, sin referencia alguna a que su aplicación se encuentra asociada a los supuestos que presenten un elemento de extranjería¹⁰¹³. En virtud de ello, sería conveniente que esta “tendencia” cambiara, y que todos los “nuevos” Reglamentos, no sólo aquellos que regulan únicamente el sector de la ley aplicable, hicieran referencia explícita al “elemento extranjero” en su art. 1.1¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ Reglamentos Roma I y Roma II.

¹⁰¹¹ Reglamento 44/2001 y Reglamento Bruselas II *bis*.

¹⁰¹² Reglamentos 4/2009 y Reglamento de sucesiones.

¹⁰¹³ VIARENGO, I.: “The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes. Some General Remarks”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, p. 203.

¹⁰¹⁴ Teniendo en cuenta, además, que la Propuesta de Reglamento adolece de la clausula de inaplicación a conflictos de leyes internos, que sin embargo, sí fue incluida en la Octava versión revisada.

B) Junto a ello, cabe plantearse qué debe entenderse por “situación transfronteriza” en materia de régimen económico matrimonial y, en este sentido, pueden extraerse ciertas claves del Libro Verde de la Comisión, en el que se indicaba que la consulta tenía por objeto esclarecer la incertidumbre e inseguridad jurídica a la que se enfrentaban “nacionales de Estados miembro diferentes o la presencia de parejas en un Estado miembro del que no son nacionales, presencia que conlleva a menudo la adquisición de bienes situados en el territorio de varios países de la Unión”¹⁰¹⁵. Sin embargo, esta afirmación no puede ser calificada como una definición oficial o exhaustiva del elemento de extranjería que acompaña al régimen económico matrimonial, pues existen algunas situaciones de difícil calificación.

Así, por ejemplo, imagínese un matrimonio con nacionalidad común y residencia habitual en el Estado miembro de su nacionalidad, pero que poseen distintas cuentas bancarias abiertas en varios Estados miembro o, alternativamente, que tienen acciones o participaciones en empresas localizadas en distintos Estados miembro. Estos casos, aparentemente, no entrarían dentro de la “definición” ofrecida por el Libro Verde, pero no cabe duda de que los bienes a los que hacen referencia se engloban dentro del régimen económico matrimonial de la pareja. Para evitar tal indefinición, sería muy positivo que la versión definitiva de Reglamento ofreciera algún ejemplo o ayuda en

¹⁰¹⁵ COM (2006) 400 final, p. 3.

la interpretación de la noción de “elemento de extranjería” en el contexto del régimen económico matrimonial.

2) Otro de los conceptos rodeados de una enorme incertidumbre en la aplicación del Reglamento es el de “matrimonio”, pues no cabe duda de que los tribunales de un Estado miembro deben decidir, primero, si calificar a una determinada relación como tal, para posteriormente resolver sobre sus efectos jurídicos. Los Reglamentos adoptados en estas materias no definen, con carácter autónomo, qué debe entenderse por unión matrimonial¹⁰¹⁶. Sin embargo, especialmente en relación con los instrumentos adoptados recientemente, parece existir cierto consenso en cuanto al carácter neutro de tales Reglamentos¹⁰¹⁷, por lo que cada Estado miembro podría decidir unilateralmente una cuestión tan particular y relevante como es la de si los matrimonios entre personas del mismo sexo entran dentro de su ámbito de aplicación material¹⁰¹⁸.

En este orden de ideas, aquellos Estados miembro que no reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo en su derecho nacional no están, presumiblemente, obligados a aplicar a tal tipo de uniones los

¹⁰¹⁶ Así, por ejemplo, el Reglamento Bruselas II *bis* no ofrece una definición ni de matrimonio ni de cónyuge. Además, el Reglamento Roma III establece expresamente que la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio están fuera de su ámbito de aplicación (art.1.2.b)).

¹⁰¹⁷ SOTO MOYA, M.: *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 87-95.

¹⁰¹⁸ En relación con el Reglamento Bruselas II *bis*, *vid.* la respuesta de Mr. Vitorino en representación de la Comisión el 12 de marzo de 2002: “As regards the relations between ‘spouses’, its purpose is to establish rules on jurisdiction and to allow recognition in a Member State of a divorce, a separation or an annulment of marriage given in another Member State in accordance with the law which is applicable according to its private international law. Even if it cannot be excluded that the Regulation applies to procedures concerning the divorce of a same sex couple, this does not translate into an obligation on the courts neither to pronounce or recognise the divorce nor to recognise the marriage’ (OJ 2003/C 28 E/002)”.

Reglamentos referentes a los matrimonios y sus consecuencias jurídicas¹⁰¹⁹. A *sensu contrario*, se espera que aquellos Estados miembro que han hecho extensiva la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo apliquen, en consonancia, los instrumentos de la Unión Europea a este tipo de cónyuges¹⁰²⁰. Junto a ello, es importante tener en cuenta que el concepto de matrimonio debería entenderse en cada Estado miembro con idéntico carácter a la hora de aplicar los distintos Reglamentos de Derecho internacional que regulan sus consecuencias jurídicas –divorcio, alimentos, régimen económico, etc.-¹⁰²¹.

Por lo que respecta a la materia particular del régimen económico matrimonial, la Comunicación de la Comisión que acompaña a la Propuesta de Reglamento establece expresamente que el texto legal tiene carácter neutro respecto a la orientación sexual¹⁰²², a la par que el

¹⁰¹⁹ Especialmente explícito el art.13 Reglamento Roma III. Ante este tipo de circunstancias, pueden imaginarse tres tipos de escenarios. En primer lugar, un Estado miembro que no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo en su derecho sustantivo puede negar todos los efectos jurídicos de tal unión y, por tanto, todas las consecuencias patrimoniales derivadas de esa relación. En segundo lugar, puede suceder que el derecho de un Estado miembro no prevea esta figura jurídica, pero que sin embargo reconozca alguna o todas las implicaciones que para los bienes de esas personas produce el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado fuera de sus fronteras. Finalmente, una tercera posibilidad consistiría en “reducir” de categoría a la unión de tales personas, y en vez de considerarla matrimonio, asimilarla a la de las uniones registradas (WAUTELET, P. “Private international law aspects of same-sex marriage and partnerships in Europe”, en BOELE-WOEKI, K. y FUCHS, A. (eds.): *Legal recognition of same-sex marriage in Europe*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 164-165).

¹⁰²⁰ SOTO MOYA, M.: *Uniones transfronterizas...*, *op. cit.*, p. 91 y WAUTELET, P. “Private international...”, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰²¹ Así, por ejemplo, el Considerando 10 del Reglamento Roma III establece la necesaria coherencia con el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II *bis*, lo cual resulta perfectamente extensible al Reglamento sobre régimen económico matrimonial.

¹⁰²² COM (2011) 125 final, p. 6.

Considerando 10 deja en manos del derecho nacional de los Estados miembro el concepto de matrimonio. Por tanto, nada parece impedir que las cuestiones relacionadas con el régimen económico matrimonial de un matrimonio de personas del mismo sexo entren dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento en aquellos Estados miembro en los que tal tipo de matrimonios está previsto en su derecho sustantivo.

Esta postura se ha ido manteniendo en los progresivos borradores modificados de la Propuesta de Reglamento, y buena muestra de ello son los art. 1.2.aa y Considerando 11c) que de la Octava versión revisada, que establecen que el Reglamento de régimen económico matrimonial no resultará de aplicación para la determinación de la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio, que seguirá quedando cubierto por el derecho nacional de los Estados miembro, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado. Esta posición, además, se refuerza en el Considerando 28 de dicha versión, al indicarse que el reconocimiento y la ejecución bajo el régimen del Reglamento no implicará el reconocimiento del matrimonio que subyace tras el litigio de régimen económico matrimonio que dio origen a la resolución.

3) Finalmente, uno de los grandes retos de la Propuesta de Reglamento por lo que respecta al ámbito de aplicación que se está analizando, se refiere a la definición de régimen económico matrimonial, cuestión controvertida teniendo en cuenta la enorme diversidad existente en derecho sustantivo. Quizás por esta circunstancia el texto legal opta por una definición bastante escueta, que abarca el “*conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros*” (art. 2.a) de la Propuesta de Reglamento), completada en el

Considerando 11 al establecerse que “*debe incluir todas las cuestiones civiles de los regímenes económico matrimoniales que estén relacionadas tanto con la gestión corriente de los bienes de los cónyuges como con la liquidación del régimen, y que surjan como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de sus miembros*”.

Una de las principales críticas de tal concepto viene referida a la cuestión de si los efectos personales del matrimonio entran dentro del ámbito de aplicación material del texto de régimen económico matrimonial. Así pues, aunque la definición facilitada se refiere expresamente a los efectos patrimoniales, llama la atención como la Propuesta de Reglamento de las uniones registradas sí excluye tal tipo de efectos de su ámbito de aplicación, cosa que no ocurre en la Propuesta de Reglamento. En virtud de ello, se ha sugerido que el Reglamento adopte una postura explícita que, por otro lado, también sería necesaria para la calificación del régimen económico matrimonial primario¹⁰²³.

Los últimos borradores de la Propuesta parecen poner punto y final a gran parte de la incertidumbre que rodea al concepto de régimen

¹⁰²³ Vid. report de LAGARDE, P. de la *Conferencia Clearer patrimonial regimes for international couples*, organizado por el Consejo de notarios de la Unión Europea en Bruselas el 17 de octubre de 2011 y report de MARTINY, D.: “Matrimonial property regimes-Scope of application and jurisdiction”, de la Conferencia *Matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships*, organizada en Nicosia el 9 de octubre de 2012 por la Comisión Europea y ERA. En la misma línea también: FONTANELLAS MORELL, J.M.: “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en PARRA, C. (ed.): *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Bosch Editor, Barcelona, 2012, p. 261 y MOTA, H.: “El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, núm. 2, p. 431.

económico matrimonial, mediante un doble mecanismo. En primer lugar, en el Considerando 11 de la Octava versión revisada se establece expresamente que el significado de régimen económico matrimonial debe ser interpretado autónomamente y que bajo el mismo caben todas aquellas reglas que los cónyuges no pueden modificar, así como aquellas opcionales que pueden acordar en virtud de la ley designada o que resultan aplicables en ausencia de elección. En definitiva, parece que esta definición abarca, en primer lugar, los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico –régimen económico matrimonial primario-, y también el régimen económico matrimonial legal y convencional –régimen económico matrimonial secundario-. Como puede observarse, se adopta claramente una visión civilista del fenómeno de régimen económico matrimonial.

Por otro lado, la Octava versión revisada, en línea con el art. 23 del Reglamento sobre sucesiones, incorpora una disposición sobre el ámbito de la ley aplicable, que viene a perfilar el concepto de régimen económico matrimonial, incluyéndose dentro del mismo, en particular: la clasificación de los bienes de los cónyuges en diferentes categorías durante y después del matrimonio; la transferencia de bienes de una categoría a otra; la responsabilidad por deudas del otro cónyuge; los poderes, derechos y obligaciones de ambos cónyuges y de cada uno de ellos con respecto a los bienes; la disolución del régimen económico matrimonial, así como la participación, distribución o liquidación de los bienes; los efectos frente a terceros de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y la validez material del acuerdo matrimonial.

En definitiva, puede concluirse que el ámbito de aplicación material del Reglamento se encuentra bien acotado en la Octava versión revisada, mediante una lista más detallada de las materias que se encuentran excluidas y ofreciendo una definición autónoma de régimen económico matrimonial que, en mayor o menor medida, resuelve las dudas que la Propuesta de Reglamento planteaba.

2.2. *La competencia judicial internacional*

Como se ha indicado en la introducción, la Propuesta de Reglamento unifica los tres sectores del Derecho internacional privado, entre los que se encuentra la competencia judicial internacional. Para ello, el texto legal distingue con carácter protagonista dos bloques temáticos relacionados con las consecuencias patrimoniales del matrimonio en su Capítulo 2, a saber, supuestos relacionados con la disolución del régimen económico matrimonial como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 3 de la Propuesta de Reglamento) o a raíz de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio (art. 4 de la Propuesta de Reglamento)¹⁰²⁴.

¹⁰²⁴ Aunque el análisis de la competencia judicial internacional que se va a llevar a cabo no pretende ser exhaustivo, sí refleja en gran medida, y en la mayoría de los casos, cómo va a funcionar en la práctica el texto unificado en materia de régimen económico matrimonial. Las disposiciones excluidas del análisis de este apartado son la competencia en caso de reconversión (art.8), sustanciación del asunto en un órgano jurisdiccional (art. 9), comprobación de la competencia (art.10), comprobación de la admisibilidad (art.11), litispendencia (art.12), conexidad (art.13) y medidas provisionales y cautelares (art.14), así como en relación con la Octava versión, el sobreseimiento de la causa incoada de oficio en caso de elección de la ley (art.5 a 1) y la competencia basada en la comparecencia (art.5b).

En ambos casos, el legislador de la Unión Europea se ha marcado como objetivo que el tribunal competente para conocer de dichos procedimientos -régimen económico matrimonial y divorcio o régimen económico matrimonial y sucesiones- sea el mismo, al tratarse de materias estrechamente vinculadas entre sí. En virtud de ello, el texto de la Propuesta se refiere explícitamente al Reglamento Bruselas II *bis* y al Reglamento de sucesiones¹⁰²⁵, aunque empleando diferentes técnicas, como se analizará¹⁰²⁶.

Por otro lado, la Propuesta de Reglamento concreta en su art. 5 los tribunales competentes para conocer de otros casos -entre los que se encuentra no sólo la posible sustitución o modificación del régimen económico matrimonial, sino también aquellos supuestos en que los cónyuges no se hayan puesto de acuerdo en extender la competencia en materia de régimen económico matrimonial a los tribunales competentes en materia de divorcio-. A continuación, el art. 6 prevé un foro de competencia subsidiaria cuando ningún órgano jurisdiccional sea competente en virtud de los arts. 3, 4 y 5, y el art. 7 recoge un *forum necessitatis* para situaciones en las que, no siendo de aplicación las disposiciones anteriores, los tribunales de un Estado miembro se declaren competentes, excepcionalmente, para conocer de un asunto con el que guarden un vínculo suficiente.

¹⁰²⁵ Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento, apartado 5.2. *Vid.* también VIARENGO, I.: “The EU Proposal...”, *op. cit.*, p. 201; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, p. 237 y A. BONOMI, A.: “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of private international law*, vol.13, 2011, p. 218.

¹⁰²⁶ FONTANELLAS MORELL, J.M.: “Una primera lectura...”, *op. cit.*, p. 266.

Consecuencia de lo anterior es que deben diferenciarse claramente los procedimientos de régimen económico matrimonial conectados con las sucesiones (II.2.2.1), aquellos conectados con el divorcio (II.2.2.2) y los referentes a otros supuestos (II.2.2.3).

2.2.1. Competencia en materia de régimen económico matrimonial en caso de fallecimiento de un cónyuge

La Propuesta de Reglamento establece en su art. 3 que los órganos jurisdiccionales que tengan competencia en materia de sucesiones conocerán de los asuntos relativos al régimen económico matrimonial. La concentración de ambos procedimientos se consigue simplemente mediante una remisión genérica al Reglamento sobre sucesiones. Aunque no se indica explícitamente en el texto legal, la idea del legislador responde a una lógica procedimental: primero se disolverá y liquidará el régimen económico matrimonial, y una vez determinado el patrimonio que corresponde al causante, se procederá a su reparto de acuerdo con la ley que resulte aplicable a la sucesión. La evidente conexión, no sólo temática sino también temporal de ambos procedimientos justifica pues la conveniencia de que el mismo tribunal decida sobre ambas cuestiones.

Lo anterior implica, obviamente, la necesaria observancia del conjunto del texto unificado sobre sucesiones, cuyas disposiciones producirán un impacto en la determinación del tribunal competente en materia de régimen económico matrimonial. En este sentido, resulta posible distinguir cuatro supuestos bien diferenciados. El primero de ellos, relativo a la sucesión del causante que no ha elegido la ley aplicable a la

sucesión (II.2.2.1.A). El segundo, referente a las situaciones en las que el causante ha optado por la ley de la nacionalidad para regir la sucesión y las posibles consecuencias que ello puede causar en sede de tribunal competente (II.2.2.1.B). Los dos últimos epígrafes de este punto versan sobre la competencia subsidiaria (II.2.2.1.C) y el *forum necessitatis* (II.2.2.1.D)¹⁰²⁷.

A. Competencia en ausencia de elección de ley reguladora de la sucesión

En virtud del art. 4 del Reglamento sobre sucesiones, los tribunales del Estado miembro en que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, serán competentes para decidir sobre la sucesión. Se trata de una regla de competencia en perfecta armonía con la de la ley aplicable en el propio Reglamento sobre sucesiones, que busca la coincidencia entre *forum* y *ius*¹⁰²⁸.

¹⁰²⁷ La cuestión de la competencia judicial internacional en materia de régimen económico matrimonial un supuestos relacionados con las sucesiones no ha sido modificada en los borradores revisados de la Propuesta, por lo que no se harán referencia a éstos.

¹⁰²⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 144; RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 27, 2014, p. 16; BONOMI, A.: “Article 4”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen...*, *op. cit.*, p. 170; GAUDEMET-TALLON, H.: “Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions”, en KHAIRALLAH, G. Y REVILLARD, M. (dirs.): *Droit européen des successions internationales. Le règlement du juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013, p. 129; LEANDRO, A.: “La giurisdizione nel regolamento dell’Unione europea sulle successioni mortis causa”, en FRANZINA, P. y LEANDRO, A. (eds.): *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè Editore, Milano, p. 61; MAGALLÓN ELOSEGUI, N.: “Hacia un derecho internacional privado de sucesiones: la unificación de las normas de competencia”, *Cuadernos europeos Deusto*,

La remisión efectuada por la Propuesta de Reglamento al Reglamento de sucesiones permite concluir que dichos tribunales serán los mismos que, con carácter previo, disuelvan el régimen económico matrimonial. Por tanto, ambos procedimientos estarán concentrados en el mismo tribunal y se cumplirá el objetivo del legislador de la Unión Europea.

En la aplicación del criterio de la residencia habitual y ante la ausencia de remisión expresa alguna al ordenamiento jurídico de los Estados miembro para determinar el sentido y el alcance de tal concepto¹⁰²⁹, el propio Reglamento de sucesiones –que, recuérdese, determinará también el tribunal competente en materia de régimen económico matrimonial- señala en su Considerando 23 que la interpretación de la residencia habitual debe realizarse a la vista de las disposiciones y del conjunto del propio Reglamento. Ello implica, como

2013, núm.49, p. 144; FERACI, O.: “La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, núm. 2, 2013, p. 301; BALLARINO, T.: “Il nuovo Regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di diritto internazionale*, núm. 4, 2013, p. 1121; BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, enero-junio 2012, p. 95; CALVO VIDAL, I.A.: “El derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 328, Mayo 2012, p. 7; ANCEL, B.: “Convergence des droits et de droit européen des successions internationales. La Proposition de Règlement du 14 octobre 2009”, en BALDUS, C. y MÜLLER-GRAFF, P.-C. (eds.): *Droit privé européen: l’unité dans la diversité. Convergences en droit des biens de la famille et des successions?*, Sellier, Munich, 2011, p. 194 y FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *En torno a la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 53.

¹⁰²⁹ STJUE de 2-4-2009, en el asunto C-523/07, A, *Rec.*, 2009, p. I-2805, puntos 35 y 36, reiterado en la STJUE de 22-12-2010, en el asunto C-497/10 PPU, B. *Mercredi* (s.r.), punto 45.

punto de partida, que dicha noción será independiente de la establecida en los derechos internos de los Estados miembro y que no tiene por qué coincidir necesariamente con la noción de residencia habitual utilizada en otros textos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, ni con la interpretación que el TJUE hubiere realizado en otros sectores de derecho europeo¹⁰³⁰.

En virtud de ello, se establece en el Considerando 24 que la autoridad que sustancia la sucesión deberá realizar un análisis general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en ese momento, tomando en consideración la duración y regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate y las condiciones y motivos de su presencia en dicho Estado. El Reglamento sobre sucesiones, además, ofrece cierta “ayuda” en su Considerando 25 para resolver supuestos complejos, como pueden ser aquellos en que el causante, por razones profesionales o económicas, hubiere trasladado su domicilio a otros país, pero mantenga el centro de interés y su vida social en su Estado de origen, o cuando alternativamente el causante haya residido en varios Estados miembro. En estos casos, se propone atender a la nacionalidad del causante o al lugar de situación de sus bienes en aras de determinar el Estado miembro en el que posee su residencia habitual.

La interpretación, aunque no completa, del concepto de residencia habitual realizada en el Reglamento sobre sucesiones se extrapola a los supuestos de régimen económico matrimonial conectados con las sucesiones, no sólo por perseguirse que ambos procedimientos se

¹⁰³⁰ BONOMI, A.: “Article 4”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen des successions...*, *op. cit.*, p. 174.

sustancien ante un mismo tribunal, sino porque la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial no ofrece clarificación alguna sobre tal concepto.

*B. Competencia en los casos de elección de ley reguladora de la
sucesión*

Un según supuesto que evidencia la interconexión entre los textos unificados en materia de régimen económico matrimonial y sucesiones se refiere a los casos de competencia judicial internacional en los casos de elección de ley reguladora de la sucesión.

Los arts. 5, 6 y 7 Reglamento de sucesiones establecen la posibilidad de que el tribunal cuya ley ha sido elegida por el causante -únicamente la ley de su nacionalidad, en virtud del art. 22 del Reglamento de sucesiones- tengan competencia para decidir sobre la sucesión, quedando excepcionada así la regla general de competencia del tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del causante -art. 4 del Reglamento de sucesiones- o del lugar de situación de los bienes de la herencia -art. 10 del Reglamento de sucesiones-.

Dicha prórroga de la competencia puede lograrse, con carácter general, mediante acuerdo de las partes interesadas en la sucesión -art. 5.1 Reglamento de sucesiones-, mediante una remisión que los tribunales competentes en virtud de los arts. 4 o 10 del Reglamento de sucesiones realizan, a instancia de una de las partes en el procedimiento y teniendo en cuenta las circunstancias el caso -en especial, la residencia habitual del causante y la ubicación de los bienes-, al tribunal de la ley elegida por el

causante –art. 6.a) del Reglamento de sucesiones-¹⁰³¹ o cuando las partes admiten expresamente la competencia del tribunal al que se ha sometido el asunto -art. 7.c) del Reglamento sobre sucesiones-¹⁰³².

Aunque en el Reglamento de sucesiones no se definen los posibles sujetos relacionados con la sucesión que a través de estos mecanismos podrían otorgar la competencia a los tribunales del Estado de la nacionalidad del causante, cabría entender que se está haciendo referencia

¹⁰³¹ Similar a un *forum non conveniens*, como dicen GAUDEMET-TALLON, H.: “Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions”, en KHAIRALLAH, G. Y REVILLARD, M. (dirs.): *Droit européen des successions...*, *op. cit.*, p. 132 ; BONOMI, A.: “Article 6”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen des successions...*, *op. cit.*, p. 194; MAGALLÓN ELOSEGUI, N.: “Hacia un derecho internacional privado...”, *op. cit.*, p. 145; FERACI, O.: “La nuova disciplina europea...”, *op. cit.*, p. 304 y BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Las sucesiones internacionales...”, *op. cit.*, p. 95. Sobre la conveniencia de que el texto legal hubiera propuesto un *forum non conveniens ex officio* tomando en consideración la existencia de gran parte del caudal hereditario en el territorio a cuyas autoridades se pretende remitir el asunto o por encontrarse el mayor número de potenciales interesados en la herencia de dicho Estado, *vid.* ÁLVAREZ TORNÉ, M.: *La autoridad competente en materia...*, *op. cit.*, p. 171. Por lo demás, debe tenerse presente que el *forum non conveniens* es un principio totalmente descartado en el Reglamento 44/2001 y el Reglamento (UE) No 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 (DO L 351/1 de 20 de diciembre de 2012) (en adelante, Reglamento Bruselas I *bis*) (STJUE de 1-2-2005, en el asunto C-281/02, *Owusu*, puntos 36 a 46), más no en el Reglamento Bruselas II *bis*, cuyo art.15 lo permite en el ámbito de la responsabilidad parental.

¹⁰³² La diferencia entre estas situaciones es que, mientras en el art.5 del Reglamento sobre sucesiones media un acuerdo de atribución de competencia que obliga al tribunal a abstenerse de oficio una vez ha comprobado la válida elección de ley aplicable por el causante, en el art.6 de dicho Reglamento la abstención de conocer es facultativa (BONOMI, A.: “Article 6”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen des successions...*, *op. cit.*, p. 194). Por otro lado, el acuerdo del art.5 implica que se podrá plantear el asunto directamente ante los tribunales del Estado miembro de la ley nacional del causante, mientras que el art.6 obliga a “pasar” por los tribunales de la residencia habitual del causante o del lugar de situación de los bienes inmuebles. Por su parte, el supuesto del art.7c) implica que el acuerdo de las partes se alcanza dentro del procedimiento (BONOMI, A.: “Article 7”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen des successions...*, *op. cit.*, p. 204 y ÁLVAREZ TORNÉ, M.: *La autoridad competente en materia...*, *op. cit.*, p. 170).

a los herederos, legatarios, personas próximas al causante y acreedores de la herencia¹⁰³³ –entre los cuales puede encontrarse el cónyuge supérstite-, a tenor de lo establecido en el Considerando 7 del Reglamento de sucesiones, cuando se indica que el objetivo es garantizar de manera eficaz los derechos de éstos¹⁰³⁴.

Teniendo en cuenta los tres supuestos anteriores –art. 5.1, art. 6.a) y art. 7.c) del Reglamento sobre sucesiones- cabría preguntarse si dichas situaciones producirían impacto alguno en materia de régimen económico matrimonial, tomando en consideración la genérica remisión que la Propuesta de Reglamento hace al Reglamento sobre sucesiones y sin perder de vista la posible concentración de asuntos bajo un mismo tribunal.

1) En primer lugar, en relación con el acuerdo de los herederos, legatarios o acreedores de la herencia eligiendo los tribunales de la nacionalidad del causante para la sucesión, resulta evidente que, siendo uno de los posibles beneficiarios de la herencia el cónyuge supérstite, será

¹⁰³³ Se discute si la elección de foro es oponible a los acreedores del difunto que proceden a reclamar el pago de su deuda en el marco del procedimiento sucesorio, máxime cuando en el contrato entre el difunto y el acreedor figuraba una clausula atributiva de jurisdicción a un tribunal distinto al de la sucesión. *Vid.*, GAUDEMET-TALLON, H.: “Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions”, en KHAIRALLAH, G. Y REVILLARD, M. (dirs.): *Droit européen des successions...*, *op. cit.*, pp. 131-132.

¹⁰³⁴ Se utilizará el concepto genérico de “partes relacionadas”, aglutinando con ello los términos que, en la versión española del Reglamento de sucesiones, se utilizan indistintamente, como es el caso de “partes afectadas” (Considerando 28 del Reglamento de sucesiones), “partes interesadas” (artículo 5.1 del Reglamento de sucesiones) y “partes en el procedimiento” (artículo 6.1.a) del Reglamento de sucesiones). Con todo, podría entenderse que el texto legal utiliza como equivalentes los términos “partes afectadas” y “partes interesadas” y que cuando actúen procesalmente se convertirán en “partes en el procedimiento”.

necesario que sea parte en el acuerdo de atribución de competencia de tales tribunales -art. 5.1 del Reglamento de sucesiones-. De no ser así, los tribunales del art. 4 o art. 10 del Reglamento de sucesiones serán competentes no sólo para las sucesiones, sino también para el régimen económico matrimonial.

2) Del mismo modo, la intervención del cónyuge supérstite sería también necesaria para el supuesto de que las partes en el procedimiento admitan expresamente la competencia del tribunal al que se ha sometido el asunto- el tribunal de la nacionalidad del causante (art. 7.c) del Reglamento sobre sucesiones)-, ya sea porque una de las partes ha interpuesto la demanda y las demás han admitido la competencia de dicho tribunal, ya porque las partes, dentro ya del procedimiento, se han puesto de acuerdo en someter el asunto ante tal foro.

3) Por otro lado, conociendo de la disolución del régimen económico matrimonial y de la sucesión el tribunal de la residencia habitual del causante en virtud de la norma general, resultaría también posible que los sujetos relacionados con la sucesión, entre los que también puede encontrarse el cónyuge supérstite, solicitarán la “mejor posición” de los tribunales del Estado miembro de la ley elegida por el causante.

Consecuencia de lo anterior es la evidente influencia que los sujetos relacionados con la sucesión pueden tener para situar, no sólo los litigios referentes a las sucesiones, sino también en materia de régimen económico matrimonial, en un determinado tribunal de un Estado miembro, y cuyos intereses pueden no favorecer o no coincidir con los intereses del cónyuge supérstite que es, al fin y al cabo, el sujeto al que afecta con carácter protagonista la disolución y liquidación del régimen económico

matrimonial. De producirse esta circunstancia, podrían determinarse tres posibles vías para mitigar dichos efectos en relación con el cónyuge superviviente.

La primera posibilidad se encontraría en el texto mismo del Reglamento de sucesiones, que establece la posibilidad de que algunas partes puedan acordar someter una cuestión específica al tribunal de la ley elegida por el causante, siempre que dicha resolución no afecte a los derechos de las otras partes relacionadas con la sucesión (Considerando 28 Reglamento de sucesiones). Para el resto de cuestiones, y aunque el texto guarda silencio, podría estarse a la regla general de residencia habitual del causante. Una interpretación extensiva de este precepto podría implicar el respeto de ambos intereses en juego, tanto los del cónyuge superviviente, como los del resto de herederos, legatarios o acreedores, pues mientras el primero podría decidir si le conviene o no que el tribunal de la nacionalidad del causante decida el régimen económico matrimonial, los otros podrían acordar someter determinadas cuestiones sucesorias al tribunal de la ley elegida por el causante. El respeto de ambos intereses, empero, conllevaría la imposibilidad de que el mismo tribunal conociera del régimen económico matrimonial y de la sucesión.

Otra alternativa consistiría en suponer que el cónyuge superviviente es la única parte interesada en los términos del art. 5 del Reglamento de sucesiones o única parte en el procedimiento de acuerdo con el art. 6.a) de dicho Reglamento, a efectos de poder situar el procedimiento ante los tribunales del Estado miembro de la ley elegida por el causante. Sin embargo, si bien es cierto que efectivamente podría ser la única parte

interesada en el procedimiento en materia de régimen económico matrimonial, lo cierto es que no lo es con carácter exclusivo en el terreno sucesorio y, por tanto, podría producirse así el efecto inverso: que el cónyuge superviviente truncara los intereses del resto de herederos, legatarios o acreedores de la herencia.

Por último, otra posible solución sería la modificación del propio art. 3 de la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial, en el sentido de exigir el acuerdo del cónyuge superviviente para extender la competencia del tribunal en materia de sucesiones para las cuestiones del régimen económico matrimonial. En caso contrario, el art. 5.1. de la Propuesta de Reglamento determinaría el tribunal competente en materia de régimen económico matrimonial. El inconveniente, de nuevo, sería la imposibilidad, en algunos casos, de concentración de asuntos en un mismo tribunal.

C. Competencia subsidiaria en caso de fallecimiento de cónyuge

Un supuesto particular se presente en aquellos casos en que el causante tenga su residencia habitual en un tercer Estado o en un Estado miembro no vinculado por el Reglamento de sucesiones, el propio texto establece que los tribunales del Estado miembro en que se encuentren bienes de la herencia¹⁰³⁵ serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión en dos circunstancias: que el lugar de situación de

¹⁰³⁵ La versión española del Reglamento de sucesiones se refiere a “los bienes de la herencia”, mientras que la versiones inglesa o francesa, a “bienes de la herencia”, siendo que ambas tienen matices diferentes. Dado que la competencia se refiere al conjunto de la sucesión y es posible que el causante tenga bienes en distintos Estados miembro, las traducciones inglesa y francesa parecen resultar más coherentes.

alguno de los inmuebles -el texto legal no especifica cuánta proporción ni si se trata de bienes muebles o inmuebles¹⁰³⁶- coincida con la nacionalidad del causante, o que alguno de dichos bienes esté situado en la previa residencia habitual del causante siempre que no hubieran pasado más de cinco años desde el cambio de residencia (art. 10.1 del Reglamento de sucesiones).

Junto a este supuesto general, puede darse la situación de que el causante tuviera la nacionalidad de más de un Estado miembro en el que posee bienes o hubiera residido en varios Estados miembro, en los que también posee bienes, durante los cinco años anteriores al traslado de su residencia habitual a un tercer Estado o Estado miembro no vinculado por el Reglamento, supuestos todos ellos que no encuentran respuesta en el texto legal. En el primero de los casos, podría entenderse que cualquiera de los Estados miembro de la nacionalidad del causante podrá conocer de la totalidad de la sucesión, resolviéndose los posibles conflictos positivos de competencia en virtud de las reglas de litispendencia del Reglamento sobre sucesiones. El segundo de los supuestos, aunque infrecuente, aconseja quedarse con la última residencia habitual en un Estado miembro donde se encuentren bienes de la herencia, la que el causante poseía inmediatamente antes de trasladarse a un tercer Estado o Estado miembro que no aplique el Reglamento sobre sucesiones¹⁰³⁷.

¹⁰³⁶ BONOMI, A.: “Article 10”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen des successions...*, *op. cit.*, p. 215.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, pp. 218-219 y FERACI, O.: “La nuova disciplina europea...”, *op. cit.*, p. 308.

De nuevo, la genérica remisión que la Propuesta de Reglamento realiza al Reglamento de sucesiones supone que, en algunas situaciones, las disposiciones de competencia subsidiaria de este último determinen los tribunales competentes en materia de régimen económico matrimonial.

El problema aquí reside no sólo en trasladar los problemas derivados de la falta de certeza y seguridad jurídica propios de la disposición del Reglamento sobre sucesiones, sino en el hecho de que puede obligar al cónyuge superviviente residente en un Estado miembro a comparecer ante los tribunales de otro Estado miembro desconectado de sus circunstancias personales –el Estado de situación de los bienes inmuebles coincidentes con la nacionalidad del causante o los del Estado miembro de la última residencia habitual del causante de acuerdo con la limitación temporal establecida-.

Por otro lado, el art. 10.2 del Reglamento de sucesiones establece que cuando ningún tribunal sea competente en virtud del art. 10.1 del Reglamento de sucesiones, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes.

El impacto que esta disposición, más allá de los problemas señalados en relación con el art. 10.1 del Reglamento de sucesiones, puede tener en los asuntos de régimen económico matrimonial puede ser malicioso. Primero, porque atenta contra el objetivo de la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial de concentrar asuntos bajo un mismo tribunal, pero fundamentalmente, porque no queda claro ante qué autoridades, de entre todas en las que haya bienes sucesorios, debería disolverse el régimen económico matrimonial. De nuevo, el acuerdo del

cónyuge superviviente para extender la competencia a los asuntos de régimen económico matrimonial podría mitigar este tipo de situaciones.

D. Forum necessitatis en caso de fallecimiento de cónyuge

Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente en virtud de las disposiciones anteriores, el tribunal que conozca de la sucesión y de la previa disolución del régimen económico matrimonial se determinará mediante el *forum necessitatis* (art. 11 del Reglamento de sucesiones).

La entrada en juego de esta disposición requiere que se cumplan, como punto de partida, tres requisitos: haber tenido el causante última residencia habitual en un tercer Estado y poseer bienes en dicho tercer Estado u otros terceros Estados; que el asunto guarde vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer del asunto¹⁰³⁸; y que la sucesión no pueda decidirse en un tercer Estado con el que guarda una vinculación estrecha, al resultar imposible sustanciar un procedimiento, por ejemplo, debido a una guerra civil o cuando queda

¹⁰³⁸ No define, ni propone ejemplos, el Reglamento sobre sucesiones acerca de lo que debe entenderse por “vinculación suficiente”, aunque algunos factores a considerar podrían ser la nacionalidad del causante o una residencia habitual anterior en dicho Estado miembro BONOMI, A.: “Article 11”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen des successions...*, op. cit., p. 228. En cualquier caso, resulta imprescindible que exista dicha vinculación, pues de lo contrario podría dar paso a maniobras para evitar acudir a terceros Estados y tratar de atribuir competencia internacional de forma injustificada a autoridades de Estados miembro totalmente desligadas del supuesto y únicamente próximas al interés individual de alguna de las partes, como indica ÁLVAREZ TORNE, M.: *La autoridad competente en materia...*, op. cit., p. 218.

esperar razonablemente que el beneficiario incoe o siga un procedimiento en ese Estado¹⁰³⁹.

2.2.2. *Competencia en casos de divorcio*

Junto a los supuestos de disolución del régimen económico matrimonial por el fallecimiento de uno de los cónyuges, distingue la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial otro escenario bien diferenciado referente al divorcio de los cónyuges. Las reglas de competencia judicial internacional que determinan los tribunales competentes en materia de régimen económico matrimonial conectados con esta cuestión se encuentran, esencialmente, en los art. 4, 5, 6 y 7 de la Propuesta de Reglamento.

Si bien la remisión en los asuntos de régimen económico matrimonial conectados con las sucesiones se realiza de forma automática al Reglamento sobre sucesiones, la Propuesta de Reglamento exige el acuerdo de los cónyuges para que conozcan del régimen económico matrimonial los tribunales competentes en materia de divorcio, en otras palabras, los tribunales que tienen competencia en virtud del Reglamento Bruselas II *bis*. Esta situación permite diferenciar aquellos supuestos en que los cónyuges no están de acuerdo en extender la competencia de los tribunales concedores del divorcio para los asuntos del régimen económico matrimonial (II.2.2.2.A) y aquellos en los que los cónyuges sí están de acuerdo sobre este punto (II.2.2.2.B), así como aquellas

¹⁰³⁹ Considerando 31 Reglamento sobre sucesiones.

situaciones en las que se produce la aplicación de las disposiciones de competencia subsidiaria (II.2.2.2.C) y *forum necessitatis* (II.2.2.2.D).

A. Tribunales competentes en ausencia de acuerdo de extensión de la competencia

Cuando los cónyuges no se han puesto de acuerdo en extender la competencia de los tribunales competentes en materia de divorcio a los asuntos referidos al régimen económico matrimonial, resulta de aplicación el art. 5 de la Propuesta de Reglamento. Dicha disposición, aunque no explícitamente, distingue entre supuestos en que los cónyuges no han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial –art. 5.1. de la Propuesta de Reglamento–, de aquellos en los que sí –art. 5.2 de la Propuesta de Reglamento–. En este último caso, se permite a los cónyuges acordar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro cuya ley han elegido como aplicable para el régimen económico matrimonial sean también competentes para conocer de las cuestiones relativas a su régimen económico matrimonial. De lo contrario, conocerían los tribunales competentes en virtud del art. 5.1. de la Propuesta de Reglamento.

1) Supuestos en que los cónyuges no han designado la ley aplicable al régimen económico matrimonial o habiéndola designado no existe acuerdo para la extensión de la competencia a tales tribunales

Como se ha indicado, en estos supuestos resulta de aplicación el art. 5.1. de la Propuesta de Reglamento, que contiene una ordenación jerárquica de foros: residencia habitual común de los cónyuges; en su defecto, último lugar de residencia habitual común de los cónyuges,

siempre que uno de ellos aún resida a allí; a falta de ello, lugar de residencia habitual del demandado, y en ausencia de éste, nacionalidad común de ambos cónyuges¹⁰⁴⁰.

La articulación de estos foros se fundamenta en el principio de proximidad, teniendo un papel protagonista el criterio de residencia habitual que, sin embargo, no se define en la Propuesta de Reglamento. Ante tal indefinición, dado que se están tratando supuestos de régimen económico matrimonial conectados con el divorcio, ello obligaría a consultar el Reglamento Bruselas II *bis* que, como es sabido, tampoco define tal concepto¹⁰⁴¹. Como solución de “emergencia” se ha venido tomando en consideración la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 2 de abril de 2009¹⁰⁴² y 22 de diciembre de 2010¹⁰⁴³), que define el concepto de

¹⁰⁴⁰ Como puede observarse, estos foros no se encuentran “congelados” en ningún momento del tiempo, pudiendo dar lugar a problemas de interpretación. La Octava versión del texto elaborada tras las reuniones del Grupo de expertos (art.5), sin embargo, sí especifica que dichos foros deben interpretarse en el momento en que el tribunal conoce del asunto.

¹⁰⁴¹ Sobre el concepto de residencia habitual, los problemas derivados de la ausencia de definición y la toma en consideración de tal concepto en algunos Estados miembro en relación con el Reglamento Bruselas II *bis*, *vid.*, LAMONT, R.: “Habitual residence and Brussels II *bis*: developing concepts for European private international law”, *Journal private international law*, vol. 3, 2010, pp. 261-281; RICCI, C.: “Habitual residence as a ground of jurisdiction in matrimonial disputes: from Brussels II *bis* to Rome”, en MALATESTA, A., BARIATTI, S. Y POCAR, F. (eds.): *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, Cedam, Pavoda, pp. 207-219; *Id.*, “Il foro della residenza abituale nel Regolamento n°2201/2003 in ella proposta Roma III”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, M. (eds.): *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colez, Madrid, 2008, pp. 421-432; CAMPIGLIO, C.: “Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n.2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”, *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 2, núm. 2, 2010, pp. 242-244; HAUSMANN, R.: “Article 3”, en CORNELOUP, S. y BORRAS RODRÍGUEZ, A. (eds.): *Droit européen du divorce*, Lexis Nexis, París, 2013, pp. 241-242.

¹⁰⁴² STJUE de 2-4-2009, en el asunto C-523/07, A, *Rec.*, 2009, p. I-2805.

residencia habitual en relación con la responsabilidad parental. De ello puede extraerse que la residencia habitual exige la combinación de elementos objetivos y subjetivos, puesto que no sólo resulta necesaria la presencia física del sujeto en un determinado lugar, sino también la voluntad de permanecer en el mismo, para lo cual debe tomarse en consideración el grado de integración en el entorno social o familiar¹⁰⁴⁴.

Por otro lado, en el examen de los foros del art.5.1 de la Propuesta de Reglamento merece la pena destacar que tampoco se resuelven los supuestos de doble nacionalidad, como ocurría en el Reglamento Bruselas II *bis*. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cambio, sí ofrece una solución en relación con la interpretación del foro del art.3.1.b) Reglamento Bruselas II *bis* al indicar que aún teniendo cada Estado miembro competencia para determinar qué personas ostentan su nacionalidad, si un sujeto tiene varias nacionalidades de distintos Estados miembro, todas ellas son operativas a efectos de activar la aplicación de este foro¹⁰⁴⁵. Ante la falta de regulación alguna en la Propuesta de Reglamento puede hacerse extensiva dicha jurisprudencia en aras de salvaguardar la armonía de dicho texto con el Reglamento Bruselas II *bis*.

¹⁰⁴³ STJUE de 22-12-2010, en el asunto C-497/10 PPU, *B. Mercredi* (s.r.).

¹⁰⁴⁴ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, M.A.: *El divorcio internacional...*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁴⁵ STJUE de 16-7-2009, en el asunto C-168/08, *Hadadi, Rec.*, 2009, p. I-6871. Un comentario sobre dicha sentencia puede encontrarse en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009)”, *Diario La Ley*, núm.7312, 30 de diciembre de 2009, pp. 1-12 y MAESTRE CASAS, P.: “Doble nacionalidad y *forum patriae* en divorcios internacionales (notas a la STJUE de 16 de julio de 2009, *Hadadi*, As. C-168/08), *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, núm.2, 2010, pp. 290-304.

Más allá del silencio que el texto legal guarda sobre el concepto de residencia habitual y los supuestos de nacionalidad, como puede observarse, el art. 5.1 de la Propuesta de Reglamento “copia” los tres primeros incisos del art. 3.1.a) y el art. 3.1.b) del Reglamento Bruselas II *bis*, aunque ordenados de manera jerárquica y no alternativa. La Propuesta de Reglamento, eso sí, no incluye en su art. 5.1 los tres últimos incisos del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II *bis* -residencia habitual de uno de los cónyuges en caso de demanda conjunta; residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda y residencia habitual del demandante coincidente con su nacionalidad, siempre que haya residido allí a menos los seis meses anteriores a la presentación de la demanda-, presumiblemente por diferentes razones. En primer lugar, el referido a la demanda conjunta de ambos cónyuges carece de sentido en este punto, pues en caso de acuerdo entre los cónyuges sobre los tribunales competentes, resultaría de aplicación el art. 4 de la Propuesta de Reglamento y no el art. 5. En relación con los incisos cinco y seis del art. 3.1.a), su exclusión podría venir justificada por algo ya extensamente criticado en relación con el Reglamento Bruselas II *bis*, como es el favorecimiento de los intereses del demandante¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁶ Se está haciendo referencia, eso sí, a un privilegio del demandante desde el punto de vista más bien procesal, en el sentido de presentar la demanda ante los tribunales del Estado miembro que le resulte más próximo. En este sentido, conviene recordar que en cada Estado miembro el proceso se sustancia de acuerdo con la *lex fori* (SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: *El divorcio internacional...*, *op. cit.*, p. 137 y FRANZINA, P.: “The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) n°. 1259/2010 of December 2010”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 3, núm.2, p. 87). Por otro lado, el privilegio del demandante era todavía mayor cuando las normas de conflicto en materia de divorcio no estaban unificadas, pues la elección de un tribunal venía

El hecho de que los foros ofrecidos en el art. 5 de la Propuesta de Reglamento sean prácticamente idénticos a los del art. 3 del Reglamento Bruselas II *bis*, permite asegurar que en muchas situaciones -por ejemplo, cuando los cónyuges tengan la misma residencia habitual- los tribunales competentes en materia de divorcio también lo sean para el régimen económico matrimonial, incluso en ausencia de pacto entre los cónyuges. Sin embargo, en aquellos casos en que de la demanda de divorcio conozcan los tribunales competentes en virtud de los incisos cinco y seis del art. 3.1.a) Reglamento Bruselas II *bis*, que recogen unos foros no previstos en la Propuesta de Reglamento la concentración de tribunales no tendrá lugar.

Una posible manera de solucionar este problema sería convertir la ordenación de los foros del art. 5.1 de la Propuesta de Reglamento en alternativa, en contraposición al orden jerárquico¹⁰⁴⁷. Esto supondría que el demandante podría presentar ante los tribunales del mismo Estado miembro las demandas de divorcio y disolución del régimen económico matrimonial. Para que ello fuera así, efectivamente, los foros ofrecidos en ambos textos deberían ser iguales, es decir, sería necesario eliminar los dos últimos incisos del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II *bis* o incorporarlos al texto de régimen económico matrimonial. Esta solución, aunque permitiría la concentración, se antoja improbable por dos motivos:

acompañada, indirectamente, de la de la ley aplicable. Este fenómeno, que hoy en día todavía ocurre en relación con los Estados miembro que no forman parte del Reglamento Roma III, no se producirá en materia de régimen económico matrimonial, al estar incluidos en un mismo instrumento los tres sectores del Derecho internacional privado y no esperarse una “nueva” cooperación reforzada en esta materia.

¹⁰⁴⁷ CAMPUZANO DÍAZ, B.: “The Coordination of the EU...”, *op. cit.*, p. 242.

primero porque desvirtuaría los acuerdos de elección de foro del art. 4 de la Propuesta de Reglamento y segundo porque acarrearía el riesgo de producir una carrera hacia los tribunales¹⁰⁴⁸, fenómeno que precisamente se pretende eliminar.

En la Octava versión revisada, a la que se ha ido haciendo mención a lo largo del capítulo por evidenciar un estado más avanzado de los trabajos en torno a la Propuesta, los tribunales competentes en materia de divorcio en virtud de los cuatro primeros incisos del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II *bis*, tendrán competencia automáticamente para conocer de los asuntos relativos al régimen económico matrimonial (art. 4.1. de la Octava versión revisada). Sin embargo, el acuerdo de los cónyuges todavía se requiere cuando la demanda de divorcio se ha presentado en virtud de los incisos cinco y seis del art. 3.1.a) Reglamento Bruselas II *bis*. Por tanto, en estos casos, la concentración de procedimientos bajo un mismo tribunal no se producirá automáticamente. Además, el art. 5 de la octava versión revisada mantiene los foros ordenados jerárquicamente. Por tanto, puede concluirse que, incluso en los trabajos más avanzados del Grupo de Expertos, se evidencia cierta descoordinación entre ambos textos unificados.

2) Supuestos en que los cónyuges han designado la ley aplicable al régimen económico matrimonial y existe acuerdo para la extensión de la competencia a tales tribunales.

¹⁰⁴⁸ CLARKSON, C.V.M.: “Matrimonial property: the proposed EU Regulation”, *Trusts & Trustees*, vol. 17, núm.9, 2011, pp. 847-848. Se trataría, eso sí, de un *forum shopping* procesal, al ofrecerse también la Propuesta de Reglamento normas de conflicto unificadas.

Este caso hace referencia a aquellas situaciones en las que los cónyuges no se han puesto de acuerdo en extender la competencia a los tribunales del Reglamento Bruselas II *bis*, pero sí a los tribunales cuya ley han elegido para regir el régimen económico matrimonial. La lógica de este supuesto exige que los tribunales de la ley elegida por los cónyuges sean distintos a los tribunales que conocerían del divorcio, pues de lo contrario, no se estaría ofreciendo un tribunal “adicional”. De ellos se deduciría, además, que la concentración de asuntos ante los tribunales del mismo Estado miembro resultaría imposible en la práctica.

B. Acuerdos de extensión de foro

Como se ha indicado, siempre que exista acuerdo de los cónyuges, los tribunales competentes en materia de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, asumirán también competencia para disolver o liquidar el régimen económico matrimonial -arts. 4.1º y 2º párrafo de la Propuesta de Reglamento-. A efectos prácticos, esto supone que los cónyuges podrán concentrar en el tribunal que conoce de la demanda de las crisis matrimoniales en virtud del art. 3.1 del Reglamento Bruselas II *bis* el posterior reparto de los bienes matrimoniales.

El acuerdo de extensión de foro, siguiendo lo establecido en el propio texto de la propuesta, podrá celebrarse “en todo momento”, durante la sustanciación del procedimiento de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, e incluso en un momento anterior, debiendo constar en este último caso el acuerdo por escrito, fechado y firmado por ambas partes.

El primero de los casos, y aunque no se detalla con mayor rigor en la Propuesta de Reglamento, supone que una vez presentada la demanda referente al divorcio en virtud de cualquiera de los tribunales ofrecidos en el art. 3.1 del Reglamento Bruselas II *bis*, podrán los cónyuges ponerse de acuerdo en que dicho tribunal se ocupe de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.

Sin embargo, los acuerdos de extensión de foro celebrados antes del procedimiento divorcio, esto es, concluidos incluso antes de que se conozca el tribunal competente de acuerdo con el Reglamento Bruselas II *bis* sí resultan algo más problemáticos.

Como punto de partida, cabe plantearse si dichos acuerdos permiten la elección de un concreto tribunal competente, o si sólo es posible una designación genérica que permita la concentración futura de ambos asuntos ante un mismo tribunal. Lo lógico, sería descartar la posibilidad de elección de un determinado tribunal, porque la mayoría de foros recogidos en el art. 3.1 del Reglamento Bruselas II *bis* giran en torno a la figura de demandante o demandado y al momento de presentación de la demanda de divorcio, algo que resulta, *a priori*, imposible de prever antes de que surjan las crisis matrimoniales. No existe, por tanto, adaptación lógica entre todos los foros del Reglamento Bruselas II *bis* y la posibilidad de designación concreta de un tribunal en materia de régimen económico matrimonial¹⁰⁴⁹.

Por otro lado, aquellos foros que aparentemente sí permitirían elegir un concreto tribunal –por ejemplo, la residencia habitual de los cónyuges–

¹⁰⁴⁹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: *El divorcio internacional...*, op. cit., p. 159.

presentan el inconveniente de que si con posterioridad a la celebración del acuerdo de elección de foro en materia de régimen económico matrimonial se constatará la modificación de las circunstancias de los cónyuges sobre las cuales se hubiera basado tal elección, el acuerdo seguiría siendo válido, mas la concentración con los tribunales competentes del Reglamento Bruselas II *bis* no llegaría a producirse¹⁰⁵⁰.

Junto a ello, debe tenerse presente que los acuerdos de elección de foro en materia de divorcio no se encuentran contemplados en el Reglamento Bruselas II *bis*¹⁰⁵¹ y, por tanto, la única posibilidad para que ambos tribunales coincidieran sería realizar un acuerdo de elección genérico de foro en materia de régimen económico matrimonial estipulando que los tribunales que conozcan de tales casos serán los que previamente tengan competencia en materia de divorcio. Este tipo de acuerdos, aunque serían mutables por naturaleza, permitirían la concentración de ambos procedimientos bajo un mismo tribunal.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 155

¹⁰⁵¹ Los acuerdos de elección de foro en materia de crisis matrimoniales, empero, sí estaban previstos en la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 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, de 17 de julio de 2006), si bien “diferencias insuperables” entre los Estados miembro provocaron la ausencia de unanimidad entre los Estados miembro y que el texto no llegara a prosperar. Como consecuencia, la reforma en sede competencia judicial internacional fue “abandonada” y por lo que respecta a la ley aplicable, la cooperación reforzada permitió la aparición del Reglamento Roma III. Recientemente, el Parlamento Europeo, en un estudio sobre el funcionamiento del Reglamento Bruselas II *bis* (Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento 2201/2003, COM (2014) 225 final, p. 5), ha destacado la necesidad de incluir los acuerdos de elección de foro en el mismo.

La aparente asimetría entre la Propuesta de Reglamento y el Reglamento Bruselas II *bis* presenta eso sí, atisbos de reducirse, y una muestra clara de ello es el art. 4.1 de la Octava versión revisada, que establece una extensión automática de los tribunales competentes en materia de divorcio en virtud de los cuatro primeros incisos del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II *bis* para resolver los asuntos referentes al régimen económico matrimonial. Por otro lado, los arts. 4.2 y 4.3 de dicha Octava versión revisada, ofrecen a las partes la oportunidad de realizar un acuerdo de extensión de competencia en aquellas situaciones en las que conozcan del divorcio algunos tribunales en virtud de los incisos cinco y seis del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II *bis*, incluso antes de que el tribunal conozca del asunto. Del mismo modo que ocurría con la Propuesta de Reglamento, tal acuerdo será genérico por naturaleza, pues resulta impracticable calcular antes de las crisis matrimoniales cuál será el lugar de residencia habitual del demandante -sobre cuya figura giran los incisos cinco y seis del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II *bis*-.

Por ello, el contenido de tales acuerdos, teniendo presente esta última versión, podría realizarse de dos maneras: incluyendo una cláusula que estableciera “cuando los tribunales competentes en materia de divorcio lo sean en virtud de los incisos cinco y seis del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II *bis*, tales tribunales tendrá competencia para conocer de la demanda de régimen económico matrimonial, o, mejor aún, y aunque no resulte necesario porque para los primeros cuatro incisos del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II *bis* la competencia ya se extiende automáticamente, indicando que “los tribunales competentes en materia de divorcio también lo serán para el régimen económico matrimonial”. Se aseguraría así pues la concentración, pero se mantiene el carácter

impredecible de tales acuerdos, básicamente por la imposibilidad de realizar acuerdos de elección de foro en el Reglamento Bruselas II *bis*.

C. Competencia subsidiaria en casos conectados con divorcio

En ausencia de acuerdo entre los cónyuges en virtud del art. 4 de la Propuesta de Reglamento, y cuando ninguno de los órganos jurisdiccionales que figuran en el art. 5 resulte competente, habrá que estar al art. 6 de la Propuesta de Reglamento, que establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde estén situados el bien o los bienes de los cónyuges para conocer sobre ese/esos determinados/s bien/es.

Esta disposición es de contenido prácticamente idéntico al art. 10.2 del Reglamento de sucesiones y causa una fragmentación del litigio –no sólo en relación con el régimen económico matrimonial, sino también con el divorcio- que priva al legislador de la Unión Europea de su máxima de concentración de asuntos bajo un mismo tribunal. Tampoco resulta esta disposición, además, beneficiosa para las partes, al poderles causar inconvenientes prácticos y económicos derivados, por ejemplo, de necesitar asistencia y representación legal en cada una de esas jurisdicciones¹⁰⁵².

¹⁰⁵² Como puede observarse, las consecuencias serían idénticas a las establecidas en el apartado II.2.2.1.3.

D. Forum necessitatis en casos conectados con divorcio

El art. 7 de la Propuesta de Reglamento contiene una disposición de *forum necessitatis* idéntica al art. 11 del Reglamento de sucesiones que se ha analizado con anterioridad y, que resuelve situaciones en las que, teniendo en cuenta el sistema de criterios de competencia establecido por la Propuesta de Reglamento, no resulta competente ningún tribunal de un Estado miembro de acuerdo con dichas disposiciones.

2.2.3. Competencia en “otros casos”

Como se ha señalado en la introducción del sector de la competencia judicial internacional, la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial distingue con carácter tres bloques temáticos relacionados con las consecuencias patrimoniales del matrimonio: los supuestos de sucesiones y divorcio y, “otros casos”.

La Propuesta de Reglamento, no detalla qué debe entenderse por “otros casos” más allá de aquellos que no encuentran solución en el Reglamento sobre sucesiones o en ausencia de acuerdo de extensión de la competencia en materia de divorcio, citándose únicamente como ejemplo en la Exposición de motivos de la Propuesta el cambio de régimen económico matrimonial. Sin embargo, los ejemplos litigiosos referentes al régimen económico matrimonial y que no están relacionados con el divorcio o las sucesiones, pueden ser múltiples: la clasificación de un determinado bien como privativo o perteneciente a ambos cónyuges durante el matrimonio, la transferencia de un bien de una categoría a otra, la responsabilidad de un cónyuge en relación con las deudas del otro, así

como los poderes, derechos y obligaciones de cada uno de los cónyuges por lo que respecta al patrimonio conjunto y privativo¹⁰⁵³.

Estos supuestos se resuelven de forma idéntica a los casos de divorcio en que no existe acuerdo de extensión de los tribunales competentes en virtud del Reglamento Bruselas II *bis*, esto es, si los cónyuges no han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial, resulta de aplicación la escalera de foros del art.5.1 de la Propuesta de Reglamento, y en caso contrario, cabe que los cónyuges acuerden que el tribunal cuya ley han elegido resuelva las cuestiones de régimen económico matrimonial, en virtud del art.5.2 de la Propuesta de Reglamento.

2.3. Reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales

La Propuesta de Reglamento dedica el capítulo IV a regular el reconocimiento, la fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones dictadas en un Estado miembro que se vayan a conocer o ejecutar en otro Estado miembro (arts.26 a 31 de la Propuesta de Reglamento), así como el reconocimiento y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales (arts.31 a 34 de la Propuesta de Reglamento). La idea que subyace en estas disposiciones es la de permitir la libre circulación, en aras de maximizar la confianza mutua que resulta de la integración de los

¹⁰⁵³ Vid. art.20 aa Octava versión revisada.

Estados miembro de la Unión Europea. Para lograr este fin, se ha establecido un procedimiento uniforme para el reconocimiento y ejecución de resoluciones¹⁰⁵⁴ (II.2.3.1) y documentos públicos¹⁰⁵⁵ y transacciones judiciales¹⁰⁵⁶ procedentes de otros Estados miembro (II.2.3.2).

¹⁰⁵⁴ Se entiende por resolución “cualquier decisión en materia de régimen económico matrimonial adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con independencia de la denominación que reciba, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquida las costas del proceso” (art.2 d) Propuesta de Reglamento). Esta definición, con mayor o menor exactitud, se mantiene en la Octava versión revisada del texto de la Propuesta, que por lo demás, y en línea con el Reglamento sobre sucesiones, establece en su ar.37.a.a que los Estados miembro están obligados a notificar a la Comisión las autoridades y profesionales del derecho que se consideran “órganos jurisdiccionales”, bajo la premisa de que sus resoluciones puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano jurisdiccional y que tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia (art.2.3 de la Octava versión). Hasta el momento presente, y aunque en materia de sucesiones, la doctrina mayoritaria se inclina por entender que los notarios españoles no se incluyen en este concepto (Según indica, CASTELLANOS RUIZ, E.: “Sucesión hereditaria”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 547-548: “Los notarios españoles ejercerán su competencia internacional con arreglo a los criterios señalados en su Reglamento notarial aprobado por Decreto 2 junio 1944 (art.126) –y parcialmente, y por analogía, en ciertos supuestos, el art.22 LOPJ-, que se basa en la “libre elección del notario” y no están sujetos por los foros sobre competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento 650/2012” y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El reglamento sucesorio europeo...**op. cit.*, p. 313).

¹⁰⁵⁵ Un documento público es “un documento formalizado o registrado oficialmente como documento público con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del documento público con fuerza ejecutiva y haya sido declarada por una autoridad pública u otra autoridad autorizada al efecto” (art.2 c) Propuesta de Reglamento). Conviene tener presente que bajo esta idea deben abarcarse los documentos autorizados por notarios que siguen el sistema notarial latino, mas no los *notary public* del derecho anglosajón (CASTELLANOS RUIZ, E.: “Sucesión hereditaria”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 645).

¹⁰⁵⁶ En este punto, se entiende por transacción judicial “una transacción en materia de régimen económico matrimonial aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrada en el curso de un proceso judicial ante un órgano jurisdiccional” (art.2 h) Propuesta de Reglamento).

2.3.1. Validez extraterritorial de resoluciones judiciales

Como se indica en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento, las normas establecidas relativas al reconocimiento y ejecución están en consonancia con las propuestas en materia de sucesiones, que a su vez remiten al procedimiento de *exequatur* existente en materia civil y mercantil. En este sentido, el Considerando 27 establece expresamente que la Propuesta de Reglamento prevé normas relativas al reconocimiento y ejecución de resoluciones basadas en el Reglamento 44/2001 (art. 38 a 56 y 58).

Estas disposiciones son mantenidas en los trabajos más avanzados en torno a la Propuesta de Reglamento y buena muestra de ello es que la Octava versión revisada mantiene el procedimiento de *exequatur*, si bien utilizando una técnica normativa diferente, pues en vez de remitir a las disposiciones del Reglamento 44/2001, se han “copiado” los artículos en él contenidos. Esta práctica se repite también en el Reglamento sobre sucesiones, cuyas disposiciones sobre reconocimiento y ejecución son idénticas a las de régimen económico matrimonial¹⁰⁵⁷. De ello se evidencia que el reconocimiento es en principio automático, mientras que

¹⁰⁵⁷ Mientras que tanto la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial como la de sucesiones remitían al Reglamento 44/2001 y, por tanto, podría desplegarse el interrogante de si, superado éste por el Reglamento 1215/2012, el “nuevo” régimen de reconocimiento y ejecución se hacía también extensivo en materia de régimen económico matrimonial y sucesiones, el debate parece zanjado desde el momento en que tanto la Octava versión revisada, como el texto definitivo de sucesiones, “copian” las disposiciones del Reglamento 44/2001, siendo insensibles a toda modificación legal de éste (D’ALESSANDRO, E.: “Il riconoscimento, l’esecutività e l’esecuzione delle decisioni e delle transazioni giudiziarie in materia successoria”, en FRANZINA, P. y LEANDRO, A. (eds.): *Il diritto internazionale...*, op. cit., p. 147).

la ejecución necesita de una declaración previa de ejecutividad, un *exequatur*.

Por otro lado, y antes de analizar detalladamente las normas que tanto sobre reconocimiento como ejecución se contienen en el texto de régimen económico matrimonial, merece la pena incidir en lo llamativo que resulta el que se hayan adoptado las normas que sobre este punto establece el Reglamento Bruselas I y no las del Reglamento Bruselas I *bis*, razón por la cual se ha considerado que este régimen institucional ha nacido, en cierto modo, desfasado¹⁰⁵⁸. Aunque se desconocen las razones de tal opción legislativa, parece lógico pensar que en materia de Derecho de familia y sucesiones, las diferencias existentes en derecho sustantivo desaconsejan eliminar totalmente el procedimiento para obtener la declaración de ejecutividad por completo¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁸ RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La sucesión por causa de muerte...”, *op. cit.*, pp. 44-45.

¹⁰⁵⁹ CARRILLO POZO, L.F.: “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 4, núm.1, pp. 120-121: “En este punto es ilusorio pensar que se puede prescindir del trámite del *exequatur* en la materia relaciones económicas entre cónyuges... contenidos desconocidos, extraños, inasumibles por razones materiales, contrarios al orden público, aconsejan el mantenimiento de mecanismos de salvaguarda de los sistemas nacionales”. Como contraposición a esta aparente reticencia del legislador a favorecer la libre ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial, tampoco debe pasarse por alto que en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento se establece que “la supresión de procedimientos intermedios (*exequatur*) podría considerarse en una fase ulterior...después de una evaluación de las normas en ámbitos relacionados, en particular el Reglamento Bruselas II *bis*”. De hecho, Recientemente, el Parlamento Europeo, en un estudio sobre el funcionamiento del Reglamento Bruselas II *bis* (Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento 2201/2003, COM (2014) 225 final, p. 10), ha destacado la posibilidad de extender la abolición del *exequatur* a otras categorías en línea con los últimos instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea.

La situación actual en el sector del reconocimiento y ejecuciones viene caracterizada por la existencia de un variopinto panorama en el sector del reconocimiento y ejecución en materia de derecho de familia y sucesiones, en el que coexisten sistemas que van desde el *exequatur* con control de condiciones en todas las instancias procesales –arts. 28 a 36 Reglamento Bruselas II bis- hasta aquellos sistemas en los que desaparece no sólo el procedimiento de declaración de ejecutividad, sino también la posibilidad de que el juez de ejecución controle la decisión una vez ésta ha sido certificada o expedida como título ejecutivo por el juez de origen – arts.17 a 22 Reglamento 4/2009, para Estados miembro vinculados por el Protocolo de la Haya-, pasando por mecanismos “intermedios” en los que se procede al otorgamiento o denegación del *exequatur* sin control de condiciones en primera instancia, aunque sí en posteriores –arts.23 a 38 Reglamento 4/2009 para Estados miembro no vinculados por el Protocolo de la Haya, e igualmente en los Reglamentos sobre sucesiones y régimen económico matrimonial-¹⁰⁶⁰.

La consecuencia directa de todo ello es que resulta imposible afrontar de modo unitario el reconocimiento y ejecución de una sentencia en la que se decreta, por ejemplo, el divorcio, la disolución del régimen de bienes y los alimentos¹⁰⁶¹. Ello no ocurrirá, sin embargo, cuando en la sentencia extranjera se disuelva el régimen económico matrimonial y se resuelva la cuestión sucesoria, al ofrecer ambos el mismo sistema de

¹⁰⁶⁰ ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Control del orden público y supresión del *exequatur* en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. 9, 2009, pp. 202-208.

¹⁰⁶¹ CARRILLO POZO, L.F.: “Eficacia en España...”, *op. cit.*, p. 92.

reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, cuyas líneas maestras se examinarán a continuación.

A. Reconocimiento

Como señala la propia Propuesta de Reglamento, las normas referentes al reconocimiento extraterritorial de decisiones son, en su práctica totalidad, las empleadas en el Reglamento 44/2001. Se sigue, por tanto, un principio de reconocimiento automático, o si se prefiere, de “anti-reconocimiento”¹⁰⁶². En virtud de ello, y como ocurría con dicho Reglamento, deben distinguirse dos tipos de reconocimiento¹⁰⁶³: el incidental y directo (arts. 26.1 y 3 Propuesta de Reglamento)¹⁰⁶⁴ y el reconocimiento por homologación (art. 26.2 Propuesta de Reglamento)¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶² RENTERÍA AROCENA, A.: “El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones "mortis causa". El certificado sucesorio europeo”, *Jado boletín de la Academia Vasca de Derecho (Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria)*, nº25, 2013, p. 9.

¹⁰⁶³ CASTELLANOS RUIZ, E.: “Sucesión hereditaria”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 638.

¹⁰⁶⁴ El reconocimiento directo, que es la regla general contenida en el texto legal, supone que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembro sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Por su parte, el reconocimiento incidental, del que depende la conclusión de un procedimiento pendiente, es competencia del tribunal que está conociendo del procedimiento principal y produce sus efectos únicamente en ese procedimiento. Se trata en este caso de reconocer eficacia a una resolución que puede ser constitutiva, meramente declarativa o no contenciosa.

¹⁰⁶⁵ Por otro lado, el reconocimiento por homologación es un proceso que cualquier parte puede iniciar con el objetivo de obtener el reconocimiento de la resolución dictada en materia de régimen económico matrimonial en otro Estado miembro, para lo que se prevé el procedimiento previsto para la ejecución del Reglamento 44/2001 (arts.38 a 56). Merece la pena destacar que esta versión “arrastra” un problema de traducción ya denunciado en relación con el Reglamento Bruselas I y el Reglamento sobre sucesiones, pues la versión española del artículo comienza con “En caso de oposición”, cuando en

En ambos tipos de reconocimiento, debe el juez examinar que no concurre ninguno de los motivos de denegación de reconocimiento, recogidos en el art.27 de la Propuesta de Reglamento, como son el orden público material¹⁰⁶⁶ y procesal –ausencia de vulneración de los derechos de defensa del demandado- y la inconciliabilidad de resoluciones. Además, la Propuesta de Reglamento consagra la prohibición de revisión en cuanto al fondo del asunto (art.29 Propuesta de Reglamento) y el impedimento de controlar la competencia del juez de origen en sede de reconocimiento (art.28 Propuesta de Reglamento), lo que supone una novedad en comparación con el Reglamento Bruselas I¹⁰⁶⁷.

Como se ha indicado, el contenido de estas disposiciones se mantiene idéntico en la Octava versión revisada, si bien es cierto que en el

realidad, de las versiones inglesa y francesa, se deduce que lo que se quiere indicar es “En caso de duda”.

¹⁰⁶⁶ El juego de la excepción del orden público en relación con el matrimonio de personas del mismo sexo y los matrimonios provenientes de Estados que imponen y regulan relaciones discriminatorias entre el hombre y la mujer se analizan más adelante (III.5), pudiendo añadirse aquí que no podrán ser reconocidas ni ejecutadas las resoluciones que impongan una distribución no equitativa de los bienes del matrimonio (por contrariedad con el art.14 CE), aunque lo cierto es que los sistemas de los Estados miembro de la Unión parten de un reparto equitativo de los bienes disuelto el matrimonio, mediante la división igualitaria –régimenes de comunidad- o mediante un derecho de participación en los beneficios o ganancias –régimenes de participación-, e incluso a través de las atribuciones judiciales discrecionales –*common law* de Inglaterra y Gales- (BRAART, B.: “Matrimonial property law: Diversity of forms, equivalence in substance?”, en ANTOKOLSKAIA, M. (ed.): *Convergence and divergence...*, *op. cit.*, p. 242). Por otro lado, como indica CARRILLO POZO, L.F.: “Eficacia en España...”, *op. cit.*, p. 100, “...que un juez extranjero no se haya pronunciado sobre indemnizaciones a un cónyuge en caso de régimen de separación de bienes, por ejemplo, no contradice per se nuestro orden público...lo único relevante es que no se generen y consoliden situaciones de desequilibrio patrimonial como consecuencia del no reconocimiento de derechos a uno de los cónyuges después de la disolución del régimen”.

¹⁰⁶⁷ BONOMI, A.: “Il regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm.2, 2013, p. 318.

reconocimiento de resoluciones por homologación ya no se hace referencia al procedimiento de *exequatur* del Reglamento 44/2001, sino al establecido en el propio Reglamento –que, en cualquier caso, es de contenido idéntico-, en línea con lo que se analizará a continuación.

B. Fuerza ejecutiva

Tras el establecimiento de las normas sobre reconocimiento, la Propuesta de Reglamento recoge en su art. 31 una disposición referente a las resoluciones ejecutivas, en la que se remite al procedimiento de *exequatur* contenido en los arts. 28 a 56 y 58 del Reglamento 44/2001. Se sigue pues la tesis de la “extensión de los efectos” y se exige, por tanto, la obtención de la declaración de ejecutividad en el Estado miembro requerido de resoluciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen¹⁰⁶⁸.

Por su parte, la Octava versión revisada de la Propuesta mantiene, en esencia, el contenido del Reglamento 44/2001, aunque como ya se ha hecho señalado, no copiando “por referencia” las soluciones materiales de tal Reglamento, sino con una regulación formalmente autónoma. Sin embargo, no debe dejarse pasar por alto, que en algunos casos, y como ya ocurría con el Reglamento sobre sucesiones, su redacción es más acertada que la del propio Reglamento 44/2001, al haberse “corregido” algunas de las críticas de expresión que éste recibió¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁸ RENTERÍA AROCENA, A.: “El reconocimiento de decisiones...”, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁶⁹ Algunos de las diferencias más destacables entre la Octava versión revisada del texto de la Propuesta y el Reglamento 44/2001 –e igualmente en relación con el Reglamento sobre sucesiones- son: 1. Una redacción más clara en la Octava versión, que se refiere a

En este sentido, repite la Octava versión revisada del texto de la Propuesta similares mecanismos a los empleados en los instrumentos mencionados por lo que respecta al procedimiento de *exequatur* de primera y segunda instancia y el procedimiento para recurrir las resoluciones dictadas sobre el recurso, si se comparan con los instrumentos mencionados.

1) Así pues, el *exequatur* de primera instancia, se solicitará ante el tribunal del Estado miembro de ejecución (art. 31.b.1 de la Octava versión), designado a tal efecto en virtud del art. 37.a.1.a de la Octava versión¹⁰⁷⁰ y que resulte territorialmente competente, para lo cual se tendrá en cuenta el domicilio de la parte contra la que se solicita la ejecución –la determinación de si una parte está domiciliada en el Estado miembro de ejecución se realizará en virtud de la legislación interna de dicho Estado

“solicitud de declaración de fuerza ejecutiva” (art.31 Octava versión) “se declarará inmediatamente la fuerza ejecutiva de la resolución” (art.31.e Octava versión) o “Estado miembro de ejecución” (art. 31.c Octava versión) en lugar de “otorgamiento de la ejecución” (art.38.1 Reglamento 44/2001), “se otorgará inmediatamente la ejecución” (art.41 Reglamento 44/2001) o “Estado miembro requerido” (art.42 Reglamento 44/2001), que permite diferenciar con mayor claridad que una cosa es el *exequatur* y otra la ejecución material de la sentencia europea. 2. La Octava versión revisada contiene una disposición especial referente a la determinación del domicilio con el objeto de definir si una parte está domiciliada en el Estado miembro de ejecución (art.31.a Octava versión), de la que carece el Reglamento 44/2001. 3. Concentración en dos artículos de los documentos a presentar junto con la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva (art.31.c Octava versión) y de las consecuencias de la no presentación de la certificación (art.31.d Octava versión), dentro de la regulación del procedimiento de *exequatur*, en vez de insertarlo como disposiciones comunes de reconocimiento y ejecución. 4. El solicitante no está obligado a tener dirección postal ni representante autorizado en el Estado miembro de ejecución (art.31.c.2 Octava versión), mientras que en el Reglamento 44/2001 deberá elegir, con carácter general, domicilio (art.40.2).

¹⁰⁷⁰ Con casi toda seguridad, serán los juzgados de primera instancia los encargados de tal función, como ocurre en el Reglamento Bruselas I.

miembro (art. 31.a de la Octava versión)- o el lugar de la ejecución (art.31.b.2 de la Octava versión).

La sustanciación de este procedimiento consiste en la presentación ante dicho tribunal de la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva con arreglo a la ley del Estado miembro de ejecución (art.31.c.1 de la Octava versión), acompañada de los siguientes documentos (art. 31.c.3 de la Octava versión): copia de la resolución que reúna los requisitos para ser considerada como auténtica¹⁰⁷¹ y la certificación expedida por el tribunal o la autoridad competente del Estado miembro de origen de acuerdo con el procedimiento consultivo del art.37.b.2¹⁰⁷², con la peculiaridad que ésta podrá ser presentada fuera de plazo, ser sustituida por documentos equivalentes e incluso ser dispensada (art.31.d.1 de la Octava versión).

Una vez presentados estos documentos, en principio, se declarará inmediatamente la fuerza ejecutiva de la resolución, sin que quepa un examen de los motivos tasados para la denegación del reconocimiento y sin audiencia del demandado (art.31.e de la Octava versión). La resolución dictada sobre la solicitud de fuerza ejecutiva se pondrá en conocimiento del solicitante por los cauces procesales oportunos previstos en el Estado

¹⁰⁷¹ En España, cumplimiento de los requisitos que se exijan en el país donde se haya otorgado el documento público extranjero (art.323.2.1º LEC), mas no resultan necesarias la legalización o apostilla contenidas en el art.323.2.2º LEC (art. 36-0 Octava versión).

¹⁰⁷² En línea con lo establecido en el Reglamento sobre sucesiones, el Reglamento de régimen económico matrimonial, presumiblemente, no incorporará de entrada el formulario, sino que encomendará su redacción a la Comisión Europea mediante el mencionado procedimiento consultivo, que debería elaborarse, en teoría, en un momento anterior a la fecha de aplicación del Reglamento. Por lo demás, este formulario, como ocurre con el Reglamento Bruselas I, facilita al tribunal la información necesaria para dictar el otorgamiento de la ejecución, pues se encuentran en el mismo, toda la información referente a los datos del órgano y las partes, ahorrándose así costes de traducción de la resolución y documentos justificativos.

miembro de ejecución e igualmente se notificará, en caso afirmativo, a la parte contra la que se haya solicitado (art. 31 f de la Octava versión). En cambio, si no se concede el *exequatur*, no será necesario notificar a la parte contra la que se haya ejecutado, pues sólo el solicitante estará interesado en recurrir.

2) El *exequatur* en segunda instancia viene referido a la presentación de recurso contra la resolución sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva (art.31.g.1 de la Octava versión), ante los tribunales que los Estados hayan comunicado a la Comisión conforme al art.37.a.1.a de la Octava versión¹⁰⁷³.

Este recurso, que sólo podrá fundamentarse en alguno de los motivos de denegación de reconocimiento de la resolución judicial (art.31.i de la Octava versión), está disponible para cualquiera de las partes, aunque con distintos plazos de interposición. Si el *exequatur* ha sido concedido, la parte contra la que se declara la ejecución dispone de 30 días desde la notificación para presentar el recurso, salvo que la notificación se haga en otro Estado miembro, en cuyo caso el plazo es de 60 días a partir de su fecha. Por otro lado, si el *exequatur* ha sido denegado, no se establece ningún plazo determinado para el solicitante (art.31.g.5 de la Octava versión).

En esta segunda instancia sí que existirá “*audita parte debitoris*”, esto es, audiencia al demandado, pues el recurso se sustanciará según las normas de un procedimiento contradictorio (art. 31.g.3 de la Octava

¹⁰⁷³ Es de presumir que, al igual que en el ámbito del Reglamento Bruselas I, se atribuya competencia en España para resolver el recurso a las Audiencias Provinciales.

versión). Junto a ello se establece que la incomparecencia del demandado provocará la suspensión del procedimiento en tanto no se acredite que ha recibido el escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin (art.31.g.4 de la Octava versión).

3) Finalmente, cabe también presentar recurso contra la resolución que decida sobre el primer recurso (art.31.h de la Octava versión). En este caso, a diferencia de las instancias anteriores, lo que debe comunicar cada Estado no es exactamente el Tribunal ante el que podrá plantearse el recurso, sino el concreto recurso que podría plantearse¹⁰⁷⁴.

La desestimación o revocación de la declaración de fuerza ejecutiva sólo podrá fundamentarse, como en la segunda instancia, en los motivos de denegación de reconocimiento de la resolución judicial (art.31.i de la Octava versión)¹⁰⁷⁵. En este sentido, el Tribunal competente dictará una decisión desestimando o revocando la declaración de fuerza ejecutiva, para lo cual debe pronunciarse en un “breve plazo”, que no define el texto legal.

Por lo demás, la Octava versión revisada del texto de la Propuesta contiene también disposiciones referentes a la suspensión del procedimiento (art.31.j), las medidas provisionales y cautelares (art.31.k), la ejecución parcial (art.31.l), la asistencia jurídica gratuita (art.31.m), la

¹⁰⁷⁴ Siguiendo la estela del Reglamento 44/2001 será, casi con toda certeza, el recurso de casación (arts.477-489 LEC).

¹⁰⁷⁵ Hasta el momento presente, no se han presentado casos en los que el Tribunal Supremo haya entrado a conocer en el fondo sobre los motivos de denegación del reconocimiento o ejecutividad en el ámbito del Convenio o Reglamento de Bruselas I, cuyas normas en este sector serán idénticas a las de régimen económico matrimonial.

ausencia de caución o depósito alguno (art.31.n) y la exención de impuestos, derechos y tasas (art.31.o).

2.3.2. Documentos públicos y transacciones judiciales

La Propuesta de Reglamento, como ya ocurriera en el Reglamento sobre sucesiones, marca un punto de inflexión respecto del Reglamento Bruselas I por lo que respecta a la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y las transacciones judiciales. Así, mientras el Reglamento Bruselas I se ciñe a regular únicamente su carácter ejecutivo, la Sección 2 del Capítulo IV de la Propuesta de Reglamento, distingue entre el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos y las transacciones judiciales.

A. Documentos públicos

a. Aceptación

La idea que subyace tras el reconocimiento de los documentos públicos es que éstos deberían tener en cualquier Estado miembro el mismo valor probatorio¹⁰⁷⁶ y los mismos efectos en cuanto a su contenido que en el Estado miembro de origen y, en este sentido, gozan de una presunción de validez que puede desaparecer en caso de impugnación

¹⁰⁷⁶ Concepto que no se define en el Reglamento y que obligará a atender a la ley del foro, según indica FOYER, J.: “Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires”, en KHAIRALLAH, G. Y REVILLARD, M. (dirs.): *Droit européen des successions...*, op. cit., p. 162.

(Considerando 28 de la Propuesta de Reglamento). Junto a ello se establece en el art.32.1 de la Propuesta que el contenido del documento público no debe resultar manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido¹⁰⁷⁷. Así pues, la Propuesta de Reglamento parece consignar una presunción general de reconocimiento automático de los documentos públicos, salvo que se impugne su validez.

La Octava versión revisada del texto de la Propuesta, a la que se ha estado haciendo mención para demostrar la evolución que ésta teniendo el texto legal en materia de régimen económico matrimonial, altera sustancialmente esta parte respecto de la redacción original, adaptándola al Reglamento sobre sucesiones, cuyas modificaciones más relevantes, más allá de la sustitución del término “reconocimiento” por el de “aceptación”¹⁰⁷⁸, son las siguientes.

1) En primer lugar, el art.32.1.2º párrafo de la Octava versión revisada establece que cualquier persona que desee utilizar un documento público en otro Estado miembro podrá solicitar a la autoridad que lo expidió en el Estado miembro de origen que cumplimente el formulario consultivo a que se refiere el art.37.b.2. En dicho formulario se detallará el valor probatorio que el documento tenga en el Estado miembro de origen, que deberá hacerse por referencia a la naturaleza y al alcance del valor

¹⁰⁷⁷ De los cuatro motivos de no reconocimiento de una resolución, y en los que a su vez tiene que estar justificada la desestimación o revocación de los recursos contra la declaración de fuerza ejecutiva, si se declara la fuerza ejecutiva de un documento público o transacción judicial, sólo puede oponerse que son manifiestamente contrarios al orden público (*Ibíd.*, p. 162). Sin embargo, el Considerando 26 h de la Octava versión regula la presentación de documentos públicos incompatibles, que podría asimilarse a los casos de no reconocimiento referentes a la inconciliabilidad de resoluciones.

¹⁰⁷⁸ Sobre el acierto en el empleo de tal término, *vid.*, BONOMI, A. “Il regolamento europeo...”, *op. cit.*, p. 319.

probatorio del documento público en el Estado miembro de origen, conforme a su derecho (Considerando 26.c de la Octava versión)¹⁰⁷⁹.

Por tanto, se ha pasado de un reconocimiento automático en la Propuesta de Reglamento a la necesidad de solicitar un formulario para obtener la aceptación en los restantes Estados miembro.

2) La Octava versión revisada del texto de la Propuesta introduce también dos tipos de recursos contra el documento público, aunque fundamentados en distintas causas.

La primera de ellas, referente a la propia autenticidad del documento público (art.32.2 de la Octava versión), definida autónomamente en el Reglamento, al establecerse que debe incluir aspectos como su veracidad, los requisitos formales previos y el procedimiento por el cual se formaliza éste, e igualmente debe abarcar la autenticidad de los hechos declarados por las partes y su comparecimiento ante la autoridad competente (Considerando 26.d de la Octava versión). En este sentido, el recurso sobre esta cuestión podrá presentarse ante los tribunales del Estado miembro en que se emitió el documento público, que decidirá según la *lex fori*.

Por otro lado, también cabe la presentación de un recurso sobre los actos jurídicos o las relaciones consignadas en el documento público (art.32.3 de la Octava versión), entendiendo por tales las cuestiones que

¹⁰⁷⁹ Se ha llegado a decir que el hecho de que esta regla remita al derecho del Estado miembro de origen viene a encubrir, en realidad, una norma de conflicto, FOYER, J.: “Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires”, en KHAIRALLAH, G. Y REVILLARD, M. (dirs.): *Droit européen des successions...*, *op. cit.*, p. 161.

versen sobre el contenido material en él incluido (Considerando 26.e de la Octava versión)¹⁰⁸⁰. Este tipo de recurso, a diferencia del anterior deberá presentarse ante las autoridades del Estado miembro que son competentes en virtud del Reglamento, que aplicarán las normas de conflicto en él contenidas para resolver la cuestión.

b. Ejecución

En cuanto a la fuerza ejecutiva de los documentos públicos, la Propuesta de Reglamento, en su art. 33, establece la necesaria obtención del *exequatur* conforme al procedimiento del Reglamento 44/2001, a la par que indica que la desestimación o revocación del otorgamiento de ejecución sólo podrá fundamentarse en la contrariedad con el orden público del Estado miembro requerido.

Por su parte, la Octava versión revisada, en vez de remitir al procedimiento de *exequatur* del Reglamento 44/2001, lo hace a las disposiciones establecidas en el propio Reglamento de régimen económico matrimonial (arts.31.b a 31.o), añadiendo dos peculiaridades. La primera, consiste en la necesaria obtención de un certificado emitido por la autoridad que haya expedido el documento público, en virtud del

¹⁰⁸⁰ A diferencia del Reglamento sobre sucesiones, en el que se citan ejemplos tanto de los actos jurídicos –acuerdo entre las partes sobre la partición o distribución de la herencia, un testamento, un pacto sucesorio, etc.-, como de las relaciones jurídicas –determinación de los herederos y demás beneficiarios, de sus partes alícuotas, etc.-, consignados en el documento público y que justifican la utilización de este recurso (Considerando 63 del Reglamento sobre sucesiones), la Octava versión revisada no ofrece “pistas” sobre el contenido de esta disposición en el ámbito del régimen económico matrimonial, aunque cabría englobar dentro del mismo cualquier pacto entre los cónyuges en el que, por ejemplo, se modifique cualquier régimen económico matrimonial legal.

art.37.b.2. Por otro lado, y como ya se establecía en la Propuesta de Reglamento, la presentación de un recurso en segunda instancia y de un nuevo recurso sobre la resolución que decida sobre el mismo, únicamente tomará en consideración la cuestión del orden público para desestimar o revocar la declaración de fuerza ejecutiva.

B. Transacciones judiciales

Finalmente, las transacciones judiciales, a tenor de lo establecido en la Propuesta de Reglamento, seguirán las mismas reglas que los documentos públicos, tanto para el reconocimiento como para la ejecución, es decir, el reconocimiento es en principio automático –salvo impugnación de su validez o contrariedad al orden público–, y la ejecución debe llevarse a cabo por el procedimiento de *exequatur* del Reglamento 44/2001 (art.34 de la Propuesta de Reglamento).

La Octava versión revisada modifica el contenido de este artículo, primeramente ciñendo su contenido a la fuerza ejecutiva de las transacciones judiciales, cuya regulación es absolutamente idéntica a la de la fuerza ejecutiva de los documentos públicos (art.34 Octava versión). En segundo lugar, llama la atención que no se haga referencia a la aceptación de las transacciones judiciales en sentido estricto, cuya ausencia también se puso de relieve en el Reglamento sobre sucesiones. En este sentido,

podría entenderse que se aplican por analogía las disposiciones de aceptación de los documentos públicos (art.32 Octava versión)¹⁰⁸¹.

3. Examen particular de la configuración de la ley aplicable en la Propuesta de Reglamento

Pese a la enorme relevancia que para la vida diaria de los ciudadanos presentan la unificación de las disposiciones referentes a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en los términos que acaban de ser analizados, lo cierto es que el sector de la ley aplicable presenta una innegable trascendencia en materia de régimen económico matrimonial. No sólo porque el derecho designado por la norma de conflicto marca los límites en los cuales los cónyuges pueden elegir o diseñar un determinado régimen económico matrimonial, sino porque, ante la frecuente ausencia de la celebración por éstos de pactos o capitulaciones matrimoniales, será el régimen económico matrimonial legal del ordenamiento precisamente previsto en el derecho aplicable el que resultará de aplicación. La evidente conexión entre las normas de conflicto, en sentido estricto, y el derecho material justifica la necesidad de analizar en profundidad las previsiones que en el sector de la ley aplicable se recogen en la Propuesta de Reglamento.

No basta, sin embargo, con enunciar de forma lineal las virtudes y aspectos a mejorar del texto unificado en materia de régimen económico matrimonial. Para ofrecer un instrumento eficaz para afrontar las

¹⁰⁸¹FOYER, J.: “Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires”, en KHAIRALLAH, G. Y REVILLARD, M. (dirs.): *Droit européen des successions...*, op. cit., p. 164.

situaciones transnacionales las disposiciones contenidas en el capítulo III de la Propuesta de Reglamento (arts. 15 a 25), deben ser confrontadas transversalmente con los Reglamentos Roma III, Reglamento 4/2009 y Reglamento sobre sucesiones, que regulan materias conexas. En este sentido, tan relevantes resultan los aspectos que son susceptibles de mejora en la versión final del texto –se tendrá en cuenta pues, de nuevo, la Octava versión revisada-, como la coordinación que en sede de ley aplicable tiene la Propuesta de Reglamento con los instrumentos de derechos de familia y sucesiones elaborados por el legislador de la Unión Europea¹⁰⁸².

Lo anterior viene justificado por la conveniencia de que el derecho del mismo Estado regule el fenómeno sucesorio y la previa disolución y

¹⁰⁸² Sobre los efectos de la dispersión de las normas de Derecho internacional privado de familia y sucesiones, más allá de la coordinación con la Propuesta de régimen económico matrimonial, *vid.*, CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La política legislativa de la Unión Europea en Derecho internacional privado de familia. Una valoración de conjunto”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.5, núm.2, 2013, p. 238; ARENAS GARCÍA, R.: “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.): *Estudios de derecho de familia y sucesiones*, De conflictu legum, Santiago de Compostela, 2009, pp. 39-64; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.): *El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 213-228 y GAUDEMET-TALLON, H.: “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne?”, en *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhaes Collaço*, vol.I, Coimbra. Almedina, 2002, p. 172. Para superar la fragmentación jurídica se ha venido proponiendo la codificación en un único instrumento del Derecho internacional privado de la Unión Europea (RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Do we need a Rome 0 Regulation”, *Journal of private international law*, vol. 9, núm. 3, 2013; KRAMER, X.: *Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law*, European Parliament, Directorate-General for International policies, Policy Department, Citizen’s rights and constitutional affairs, 2012 y FALLON, M., LAGARDE, P. y POILLOT-PERUZZETTO, S. (dirs.): *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, Lang, 2011).

liquidación del régimen económico matrimonial, así como, de otra parte, por el beneficio que reporta que el ordenamiento jurídico aplicable sea también el mismo cuando el matrimonio se disuelve por divorcio, produciendo la posterior extinción del régimen económico matrimonial y, en su caso, la obligación de alimentos. En este sentido, los motivos que pueden justificar la conveniencia de la aplicación del Derecho del mismo Estado pueden ser esencialmente dos.

1) El primero, relacionado con razones de economía procesal y celeridad del procedimiento, en el sentido de que, tanto si las partes deben probar el contenido o vigencia del Derecho extranjero, como si es el propio juez quien bajo su responsabilidad debe aplicarlo, resulta más conveniente indagar en único derecho que en varios¹⁰⁸³.

2) El segundo versa sobre el respeto a la estructura y sistematización lógica de las instituciones de cada sistema legal, es decir, cada ordenamiento jurídico, potencialmente, está llamado a ser aplicado en su conjunto por lo que respecta a las cuestiones de divorcio que, posteriormente, supondrán la disolución del régimen económico matrimonial y, en relación con el derecho regulador de las sucesiones o alimentos, que necesitarán de la previa disolución del régimen económico matrimonial para determinar los bienes del causante o los recursos disponibles del ex cónyuge, en su caso. Aunque la preferencia en la aplicación del derecho del mismo Estado resulta menos evidente en la relación divorcio-régimen económico matrimonial, en el tema de

¹⁰⁸³ ESPLUGUES MOTA, C.: “General report on the application of foreign law by judicial and non judicial authorities in Europe”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G (dirs.): *Application of foreign law*, Sellier european law publishers, Munich, 2011, pp. 3-78.

sucesiones y alimentos, debe tenerse presente que si las reglas de los distintos sistemas legales son sacadas de contexto, pueden conducir a situaciones de infra o supra compensación, bien del cónyuge supérstite, bien del cónyuge acreedor de alimentos¹⁰⁸⁴.

Teniendo presente lo anterior, el análisis se centrará primeramente en el grado de autonomía de la voluntad conflictual que ofrece la Propuesta de Reglamento, así como los límites impuestos para su ejercicio y las condiciones formales requeridas (II.3.1). Posteriormente, se examinarán las conexiones objetivas que la Propuesta de Reglamento recoge y que el operador jurídico deberá aplicar cuando los cónyuges no han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial (II.3.2). En tercer lugar, se hará mención a las reglas de aplicación general de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, que si bien ocupan un papel aparentemente secundario a lo largo del texto, pueden condicionar

¹⁰⁸⁴ NAGY, C.I.: “El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales...”, *op. cit.*, p. 515. También se han apuntado como ventajas de que se aplique la misma ley estatal el evitar los problemas de caracterización y adaptación. Primero, en relación con el régimen económico matrimonial y las sucesiones, al existir ciertas reglas o instituciones que están a medio camino entre ambas materias, pueden emerger problemas de clasificación. En segundo lugar, en la relación alimentos-régimen económico matrimonial, no debe perderse de vista que en el *common law* de Inglaterra y Gales no existe, en principio, distinción de tales conceptos, que se entienden comprendidos dentro de la discrecionalidad del juez para determinar las consecuencias patrimoniales del divorcio (BONOMI, A.: “The proposal for a Regulation on matrimonial property: A critique of the proposed rule on the inmutability of the applicable law”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, p. 240). En la doctrina española se ha destacado, sin embargo, que “no es preciso reducir el fraccionamiento, sino articular coherentemente la aplicación de leyes diferentes que se proyectarán sobre las distintas relaciones que se ven afectadas por la crisis matrimonial (ARENAS GARCÍA, R.: “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.): *Estudios de derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 54).

directamente la solución que efectivamente se de al caso (II.3.3). En último lugar, se pondrán de relieve aquellas disposiciones que regulan la relación jurídica de los cónyuges con los terceros (III.3.5).

3.1. *La autonomía de la voluntad*

En los instrumentos de Derecho internacional privado de familia y sucesiones de la Unión Europea, la autonomía de la voluntad se ha consagrado como primera conexión, ya no sólo del régimen económico matrimonial, sino también del resto de materias conexas¹⁰⁸⁵.

Primeramente, y aunque en el sector de la competencia judicial internacional, el antiguo Reglamento 1347/2000 buscó un equilibrio entre la disciplina material de las relaciones familiares y la autonomía de la voluntad, erigiéndose el *favor divortii* como la piedra angular para el favorecimiento de la libre circulación de resoluciones judiciales. En una línea todavía más progresista, y dejando de lado los asuntos de responsabilidad parental, el Reglamento 2201/2003 permite al cónyuge actor elegir entre siete foros para interponer la demanda referente a las crisis matrimoniales. Esta tendencia se consagra en el Reglamento 4/2009,

¹⁰⁸⁵ JAYME, E.: “Party autonomy in international and succession law: new tendencies”, *Yearbook of private international law*, vol. 11, 2009, pp. 1-10; MARZAL, T.: “The constitutionalisation of party autonomy in European family law”, *Journal of private international law*, vol. 6, núm.1, 2010, pp. 155-193; CARRUTHERS, J.: “Party autonomy in the legal regulation of adult relationships: place for party choice in private international law”, *International and comparative law quarterly*, vol. 61, núm. 4, 2012, pp. 881-913; NAGY, C.I.: “What functions may party autonomy have in international family and succession law”? A EU perspective”, *Nederlands International Privaatrecht*, núm.4, 2012, pp. 576-586 y REVILLARD, M.: “L’autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: regards sur les récents instruments internationaux”, en AA.VV.: *A Commitment to private international law...*, *op. cit.*, pp. 487-502.

que autoriza los acuerdos de elección de foro y reconoce la autonomía de la voluntad conflictual a través del Protocolo de La Haya de 2007. Posteriormente, aunque con un ámbito de aplicación espacial limitado, fruto de la cooperación reforzada, el Reglamento Roma III también permite a las partes elegir la ley aplicable a las crisis matrimoniales de entre un elenco bastante amplio. Por su parte, el Reglamento sobre sucesiones sólo contempla la autonomía conflictual en el supuesto en que la nacionalidad y la residencia habitual del causante sean distintas¹⁰⁸⁶.

Como puede observarse, en un principio, los Reglamentos de la Unión Europea se centraron en la competencia judicial internacional y en el reconocimiento y ejecución de resoluciones, aunque recientemente la Unión Europea está llevando a cabo igualmente su proceso de unificación en el sector de la ley aplicable, donde la *designatio iuris* se encuentra ya perfectamente consagrada en la mayoría de los textos aplicados.

La creciente penetración de la autonomía de la voluntad en tales instrumentos viene justificada precisamente por el aumento de las situaciones privadas con elementos internacionales, en las que deben resolverse auténticos conflictos de civilizaciones y garantizarse el normal desenvolvimiento de las relaciones en un mercado global. En un entorno de tales características, el recurso de los puntos de conexión objetivos para la determinación del derecho aplicable produce inconvenientes derivados

¹⁰⁸⁶ BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomía de la voluntad. Elección de ley aplicable: Consentimiento y forma de los actos”, en PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.): *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V: Derecho internacional privado e interregional, Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, p. 22.

de la invocación del orden público, la teoría de la conexión inconveniente o la aplicación facultativa del Derecho internacional privado, que implica que los tribunales entiendan preferible su propia ley nacional¹⁰⁸⁷. La solución a estas situaciones puede encontrarse precisamente en la posibilidad de que los sujetos puedan elegir el ordenamiento jurídico al que someter su relación jurídica. Junto a ello, se han apuntado como ventajas de la *optio legis* la utilidad y pragmatismo, la seguridad jurídica y certeza, la previsibilidad y el derecho de los individuos a autorregular su vida personal¹⁰⁸⁸. En esta línea se sitúa también la Propuesta de Reglamento, como se verá a continuación.

3.1.1. Posibles leyes a designar

El art. 16 de la Propuesta de Reglamento precisa las tres leyes que pueden ser designadas por los cónyuges, a saber, la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges; la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección o la ley del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección.

El primer criterio de conexión, la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, merece una particular mención. En primer lugar, a diferencia de los otros dos criterios, no se encuentra limitado temporalmente, por lo que, supuestamente, los

¹⁰⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 9-10.

¹⁰⁸⁸ AÑOVEROS TERRADAS, B.: “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia”, en DELAYGUA FORNER, J., BEILFUSS GONZÁLEZ, C. y VIÑAS FARRÉ, R.: (eds.): *Entre Bruselas y La Haya...*, *op. cit.*, pp. 119-131.

cónyuges podrían elegir la ley de cualquier residencia habitual anterior, e incluso futura, y no sólo aquella que tengan en el momento de la elección¹⁰⁸⁹. En segundo lugar, parece inapropiado el uso del término “común” pues la residencia habitual de los cónyuges, así redactado en plural, ya denota que es la común, siendo por tanto, redundante su utilización. Este planteamiento resultaría coherente con el Reglamento Roma III, donde el art. 5.1.a) establece como posible ley a designar “la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual...”, sin referencia alguna al término “común”¹⁰⁹⁰. Por otro lado, sería lógico que este apartado fuera eliminado, por encontrarse subsumido en el supuesto del apartado b), dado que si ambos cónyuges residen en el mismo lugar, ésta es a su vez la residencia habitual de cualquiera de ellos¹⁰⁹¹.

En los borradores modificados de los textos de la Propuesta de Reglamento y, en particular, en la Octava versión revisada, la desaparición del art. 16.a) de la Propuesta de Reglamento se ha confirmado ya, ofreciéndose, en definitiva, 4 leyes: ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellos en el momento de la elección,

¹⁰⁸⁹ MOTA, H.: “El ámbito de aplicación material...”, *op. cit.*, p. 441.

¹⁰⁹⁰ *Vid.* report de LURGER, B. de la Conferencia “Clearer patrimonial regimes for international couples”, organizado por el Consejo de Notarios de la Unión Europea en Bruselas el 17 de octubre de 2011.

¹⁰⁹¹ VIARENGO, I.: “The EU Proposal...”, *op. cit.*, p. 210; RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La armonización del régimen económico matrimonial en la UE: La Propuesta de Reglamento de 2011” en ESPLUGES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.): *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 564.

ampliables a 6 en el caso de que ambos cónyuges ostentaran distintas dobles nacionalidades¹⁰⁹².

Tomando en consideración que estas serán las opciones que efectivamente ofrezca el texto final, puede concluirse que en algunos casos el grado de autonomía de la voluntad conflictual es pues bastante similar al que se viene ofreciendo en los restantes instrumentos de Derecho internacional privado de familia y sucesiones de la Unión Europea, mientras que en otros no llega a ser exactamente idéntico.

1) De la comparación del contenido del art. 16 de la Propuesta de Reglamento con el art. 5 del Reglamento Roma III, se evidencia que el legislador ha optado por incorporar leyes distintas en ambos instrumentos. Así, a modo de ejemplo, la Propuesta de Reglamento no permite elegir la ley del foro. Por su parte, el art. 5.2 del Reglamento Roma III sólo posibilita, por lo que a ley de la residencia habitual respecta, la que tuvieran los cónyuges en el momento del acuerdo de elección de ley o la última que hubieran tenido, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de realización del acuerdo. Desde este punto de vista, la Propuesta de Reglamento adopta un enfoque más amplio, permitiendo elegir la ley del Estado de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento del acuerdo.

¹⁰⁹² El texto no dice nada sobre la doble nacionalidad en los supuestos de autonomía de la voluntad, pero la admisión de la elección de la ley de cualquiera de las nacionalidades que ostente el sujeto tanto en el Reglamento Roma III (GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Article 5”, en CORNELOUP, S. y BORRAS RODRÍGUEZ, A. (eds.): *Droit européen du divorce...*, *op. cit.*, p. 551) como en el Reglamento sobre sucesiones (art.22.1 2º párrafo) puede entenderse igualmente extensible para la Propuesta de Reglamento.

2) En el Reglamento sobre sucesiones la autonomía de la voluntad encuentra un diseño más limitado, porque el causante sólo podrá elegir la ley de su nacionalidad, más no la ley de su residencia habitual en el momento de la elección. En este sentido, mientras que la concreción del punto de conexión nacionalidad es absolutamente flexible –se permite la designación no sólo la nacionalidad en el momento relevante, sino también la que se prevea adquirir¹⁰⁹³- el juego de la autonomía de la voluntad en relación con la residencia habitual es prácticamente inexistente. Esta circunstancia, como ocurría con las crisis matrimoniales, dificulta la coincidencia de ambas leyes estatales pues aunque los cónyuges hubieran elegido la ley de su residencia habitual común para el régimen económico matrimonial no podrán asegurar que dicha ley se aplique para el fenómeno sucesorio si cambian de residencia habitual y no “actualizan” el acuerdo en materia de régimen económico matrimonial.

3) Como contraposición a la evidente ausencia de coordinación conflictual entre la Propuesta de Reglamento y los Reglamentos sobre crisis matrimoniales y sucesiones, el Protocolo de la Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, permite a las partes, en su art.8, no sólo la elección de la ley del Estado de la residencia habitual o de la nacionalidad de cualquiera de ellos, sino también la de la ley elegida o que resulte de aplicación objetivamente en los procedimientos relacionados de régimen económico matrimonial y divorcio o separación. Los dos últimos apartados de esta disposición, disponibles para cónyuges y ex cónyuges, permiten asegurar, en consecuencia, la concentración de la ley aplicable en

¹⁰⁹³ Art.22.1 Reglamento sobre sucesiones.

todos los casos. Con todo, la posibilidad que ofrece el Protocolo de la Haya de elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial para las cuestiones de alimentos, no añade en realidad ninguna opción al elenco de leyes ofrecidas en el propio Protocolo, cuyos dos primeros apartados coinciden exactamente con las leyes que ofrece el texto de la Octava versión revisada de la Propuesta de Reglamento.

En definitiva, pese a que la autonomía de la voluntad conflictual recogida en los instrumentos de Derecho internacional privado de familia y sucesiones debería facilitar la elección del derecho del mismo Estado para regular las cuestiones relacionadas con el régimen económico matrimonial, lo cierto es que, con excepción de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, la alineación de la Propuesta de Reglamento con los Reglamentos sobre sucesiones y Reglamento Roma III no resulta tan sencilla. En relación con el primero de ellos, porque la designación de la ley de la residencia habitual en el momento de la elección no resulta posible y por lo que respecta al segundo, porque el abanico de leyes ofrecidas no es exactamente el mismo.

3.1.2. Mutabilidad de la ley aplicable

La posibilidad de que los cónyuges o futuros cónyuges elijan la ley aplicable al régimen económico matrimonial, en los términos que se acaban de examinar, no está limitada a una única ocasión, más bien los cónyuges pueden modificar una elección de ley estatal ya realizada anteriormente, siempre que se trate o bien la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges en el momento de la elección o bien de la

ley del Estado de nacionalidad de uno de los cónyuges en el momento de la elección (art.18 de la Propuesta de Reglamento).

Como puede observarse, estas opciones son idénticas a las expresadas en el art. 16.b y c de la Propuesta de Reglamento -razón por la cual, refundir los arts. 16 y 18 de la Propuesta de Reglamento en el sentido de “*los cónyuges podrán designar o modificar la ley aplicable a su régimen económico matrimonial...*”, no resultaría descabellado¹⁰⁹⁴, aunque llama la atención que no se incluya la ley del Estado de la residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges del art. 16.a), sin perjuicio de la ya descrita “inoperancia” de esta conexión.

No sólo resulta relevante, sin embargo, las leyes que podrán ser elegidas por los cónyuges a lo largo de la relación matrimonial, sino también los efectos que ésta desplegará en el tiempo, teniendo presente que antes era otro el derecho que regulaba el régimen económico matrimonial y que varias relaciones económicas pueden haber surgido al amparo del mismo. La Propuesta de Reglamento recoge, como regla general, que la ley designada sólo debe desplegar sus efectos en las relaciones futuras de los cónyuges (art. 18, párrafo 3º). La excepción vendría marcada, de nuevo, por la autonomía de la voluntad de los cónyuges, quienes libremente pueden decidir otorgar efecto retroactivo a su “nueva” ley, siempre respetando la validez de los actos celebrados conforme a la ley anterior y los derechos adquiridos de terceros (art. 18, párrafo 4º).

¹⁰⁹⁴ VIARENGO, I.: “The EU proposal...”, *op. cit.*, p. 211.

Precisamente, la disputa acerca de la conveniencia de la retroactividad sea quizás uno de los puntos más conflictivos, por existir sólidos argumentos para defender ambas posturas. Así, la retroactividad debe defenderse, en primer término, porque es coherente con otro de los principios básicos de la Propuesta de Reglamento, como es la unidad de ley aplicable al régimen económico matrimonial (art. 15 Propuesta de Reglamento), pues la adopción de un sistema no retroactivo podría implicar la obligación de coexistencia de regímenes matrimoniales distintos. Piénsese en el desorden legal que originaría el empleo de distintas leyes para regular el régimen de propiedad, no sólo para los cónyuges mismos, sino también para los terceros. Por otro lado, los principales inconvenientes que origina la retroactividad vendrían ocasionados por las incómodas situaciones que podría provocar el hecho de que determinados bienes adquiridos bajo un régimen legal pasen a estar regulados ahora por regímenes matrimoniales de naturaleza contraria, viniendo a aflorar problemas de división de propiedades o compensación económica al cónyuge.

A la espera de evaluar las implicaciones reales de este cambio, se considera que la solución más coherente debería pasar por el establecimiento de una única ley para regir todos los bienes de los cónyuges, esto es, otorgar eficacia *ex tunc* a la ley aplicable al régimen económico matrimonial como regla general. Excepcionalmente, podría dárseles la oportunidad a los cónyuges de elegir qué bienes deben estar regidos por la “antigua ley” y cuáles por la “nueva ley”, pero sólo si lo manifestaran de modo expreso. En otras palabras, convertir la excepción expresada en la Propuesta de Reglamento en regla general y viceversa.

Esta solución vendría a mejorar la seguridad jurídica sin restar autonomía a los cónyuges¹⁰⁹⁵.

Con todo, de las dos sugerencias realizadas para la mejora de la versión final del Reglamento, la Octava versión revisada de la Propuesta sólo recoge una de ellas, como es la unificación en la misma norma de conflicto de la elección y cambio de ley aplicable, determinado que “los cónyuges podrán designar o cambiar la ley aplicable al régimen económico matrimonial” (art.16.1). Sin embargo, en relación con la eficacia temporal de la nueva ley designada, se sigue manteniendo la no retroactividad como norma general (art.16.2 y 3), en lo que sin duda se convertirá en uno de los puntos más polémicos en el caso de mantenerse.

3.1.3. Fragmentación de la ley aplicable

La Propuesta de Reglamento mantiene, sin excepción alguna, la unidad de ley aplicable a los efectos del matrimonio, tanto por su literalidad en la redacción (el art. 15, que lleva por título “*unidad de ley aplicable*” indica que la ley reguladora se “*aplicará al conjunto de bienes*”) como por la ausencia de cualquier disposición referente a la posibilidad de elección de la ley de situación de los bienes inmuebles. Junto a ello, la Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento establece expresamente la voluntad del legislador de la Unión Europea (“*el conjunto de bienes de los cónyuges se rige por una única ley*”),

¹⁰⁹⁵ Ver reports de LURGER, B. y REINHARTZ, B. de la Conferencia “Clearer patrimonial regimes for international couples”, organizado por el Consejo de notarios de la Unión Europea en Bruselas el 17 de octubre de 2011

remarcándose los problemas que supondría el que a la hora de liquidar el régimen económico matrimonial fueran varias las leyes aplicables. Igualmente clarificador es el Considerando núm. 19, donde se hace referencia a “*la ley aplicable a su patrimonio, con independencia de la naturaleza o la localización de los bienes*”, en un claro ejercicio de consagración de la unidad de ley aplicable.

Esta opción legislativa, idéntica a la recogida en el Reglamento sobre sucesiones¹⁰⁹⁶, que se mantendrá casi con toda seguridad en la versión final del Reglamento –y que, por el momento se ha mantenido en los borradores modificados de la Propuesta de Reglamento y en particular, en la Octava versión revisada-, recoge la tendencia mayoritaria de las normas de conflicto nacionales de los Estados miembro, en las que una sola ley se ocupa de regular todo el régimen económico matrimonial¹⁰⁹⁷. Se desmarca así la Propuesta de Reglamento del *depeçage* que ofrece el Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales –hasta la fecha, único precedente de la unificación conflictual-, cuya inclusión en el articulado fue precisamente uno de los motivos que por los que no fue ratificado por un gran número de Estados, por lo que no resulta extraño que el legislador de la Unión Europea haya optado por el sistema unitario¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ Art.23.1 Reglamento sobre sucesiones.

¹⁰⁹⁷ *Vid.*, en el capítulo 2 , I.1.2.2.

¹⁰⁹⁸ VIARENGO, I.: “The EU proposal...”, *op. cit.*, p. 212; RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La armonización del régimen económico...”, *op. cit.*, p. 564.

*3.1.4. Requisitos formales de los acuerdos de elección de ley aplicable
y contrato de matrimonio*

La posibilidad de elección o modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial que ofrece la Propuesta de Reglamento debe venir acompañada de determinadas garantías para que los cónyuges o futuros cónyuges sean conscientes de las consecuencias de su elección, así como para salvaguardar los intereses de terceros que negocian con ellos. En virtud de ello, la Propuesta de Reglamento dedica dos artículos a las formalidades de la *designatio iuris*, los art. 19 y 20, que regulan dos supuestos bien diferenciados.

A) El primero de ellos, referente a la simple elección del derecho aplicable, establece que se debe respetar bien la forma prescrita en el ordenamiento aplicable a la forma prescrita para el contrato de matrimonio, bien la ley aplicable del Estado elegido, bien la ley del Estado del lugar de redacción del acto (art. 19.1 de la Propuesta de Reglamento).

B) Por su parte, la ley aplicable a la forma del contrato de matrimonial –los cónyuges pueden hacer uso de la autonomía material consistente en escoger un régimen económico matrimonial regulado *ex lege* o crear uno *ad hoc* siempre en el marco del derecho designado por la norma de conflicto¹⁰⁹⁹- establece que se deberán

¹⁰⁹⁹ Se ha criticado que la Propuesta de Reglamento no distingue entre el régimen económico matrimonial convencional y el legal, presumiéndose que ambos están sometidos a las mismas reglas. Por otro lado, en relación con el primero de ellos, debe destacarse que aunque la Propuesta no contenga reglas conflictuales específicas en relación con el contenido de los acuerdos matrimoniales, no descuida del todo tal negocio

cumplir los requisitos de la ley aplicable al régimen económico matrimonial o los de la ley del Estado del lugar de redacción del acto (art. 20.1 de la Propuesta de Reglamento).

Aunque la autonomía de la voluntad conflictual y la autonomía de la voluntad material recogidas en dichos artículos reflejan realidades diferentes, lo cierto es que ambas disposiciones presentan caracteres comunes, como son la elección expresa y su formulación mediante acto o contrato escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges (arts.19.2 y 20.2 de la Propuesta de Reglamento). Además, también deberán cumplirse los requisitos suplementarios establecidos por la ley del Estado en que ambos cónyuges tengan su residencia habitual (arts.19.3 y 20.3 de la Propuesta de Reglamento). Quizás este sea uno de los puntos que menos claridad ofrece en la Propuesta de Reglamento, por no ser su estructura suficientemente clara, y en algunos casos confusa o incorrectamente organizada fundamentalmente por dos razones.

1) Resulta innecesario remarcar que la forma para la elección de la ley aplicable puede ajustarse a la forma prescrita para el contrato de matrimonio, pues las leyes que pueden regular la forma de dicho contrato son o bien la ley del Estado del lugar de redacción del contrato o bien la ley aplicable al régimen económico matrimonial, que son exactamente idénticas a las reguladas en el resto del art. 19.1 de la Propuesta de Reglamento. Por tanto, se aboga por la supresión de “...se hará en la forma prescrita para el contrato de matrimonio”, por considerarse

jurídico al ofrecer precisamente una disposición referente a la forma (FONTANELLAS MORELL, J.M.: “La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXV, fasc. I, 2012, p. 281)

redundante respecto del elenco de leyes establecidas en el resto del precepto. Esto supondría que a la postre los arts. 19.1 y 20.1 vendrían a ofrecer las mismas leyes, lo que acompañado de la similitud de los art. 19.2 y 3 y 20.2 y 3 plantearía el interrogante de si no sería conveniente refundir ambos artículos en uno¹¹⁰⁰.

2) Por otro lado, los art. 19.3 y 20.3 parecen no prever el supuesto de que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en distintos Estados – miembro de la Unión Europea o no–, pues únicamente regulan el supuesto de condiciones formales suplementarias impuestas por el Estado miembro en que ambos cónyuges tengan su residencia habitual. No se cree que sea intención del legislador imponer requisitos formales más gravosos para aquellos cónyuges que residen en el mismo lugar, y no para el resto, por lo que se espera que, o bien se elimine esta disposición sobre condiciones formales suplementarias, o bien se regulen los supuestos en que los cónyuges residan en distintos lugares¹¹⁰¹. De hecho, esta es la solución establecida en el Reglamento Roma III, cuyos art. 7.3 y 7.4 se refieren al establecimiento de requisitos formales diferentes cuando los cónyuges tengan su residencia habitual en distintos Estados miembro o sólo uno de ellos tenga su residencia habitual en un Estado miembro. Se defiende, por tanto, que el texto final del Reglamento debería ir encaminado en este sentido, estipulando que cuando los cónyuges residan en distintos Estados miembro, el cumplimiento de los requisitos formales de cualquiera de

¹¹⁰⁰ VIARENGO, I.: “The EU proposal...”, *op. cit.*, p. 213.

¹¹⁰¹ CAMPUZANO DÍAZ, B.: “The Coordination of the EU...”, *op. cit.*, p. 248: “...improved coordination would be desirable if the legislative policy is to favour that spouses could choose the applicable law to the divorce and the matrimonial property regime in a single act”.

ellos será suficiente para la validez formal de la elección de ley aplicable y que cuando sólo uno de ellos resida en un Estado miembro, los requisitos formales adicionales de tal legislación deberán ser de aplicación¹¹⁰².

La Octava versión revisada del texto de la Propuesta satisface sólo parcialmente algunas de estos requerimientos, pues si bien incluye las situaciones en que ambos cónyuges residen en distintos Estados miembro de cara a imponer requisitos adicionales, no se ha optado por la refundición final de ambos artículos, que pese a regular supuestos distintos, contienen una reglamentación idéntica.

3.1.5. *Consentimiento y validez material del acuerdo de elección de ley*

Los requisitos formales que actúan como garante del principio de legalidad en el tráfico jurídico encuentran su complemento en las condiciones referentes al consentimiento y validez material del acuerdo de elección de ley. Aunque la Propuesta de Reglamento no hace referencia alguna esta cuestión, tal carencia ha sido resuelta en el art.19.a de la

¹¹⁰² BUSCHBAUM, M. y SIMON, U.: “Les propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 100, núm. 4, 2011, p. 805, van mas allá e incluso consideran que deben respetarse los requisitos formales establecidos por las legislaciones de los Estados no miembro, si tales ordenamientos jurídicos resultan de aplicación: “Dans de contexte, il n’est pas cohérent que l’article 19.3, considère les seules exigences de forme des États membres comme applicables. Le règlement en tant que loi uniforme est également applicable à l’égard des pays tiers (art. 21). Si un État tiers devait imposer des exigences de forme au-delà de la forme écrite, celles-ci devraient également être prises en consideration; les époux vivant dans un État tiers, surtout les ressortissants de l’Union européenne, ne sont pas moins dignes de protection que les citoyens dans l’Union européen”.

Octava versión revisada del texto de la Propuesta, de contenido idéntico al art.6 del Reglamento Roma III.

De acuerdo con esta disposición, la existencia de un acuerdo de voluntades entre los cónyuges a la hora de elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, así como la cuestión de saber si el consentimiento prestado por ambos es válido o presenta algún vicio, son cuestiones que se rigen por la ley presuntamente elegida por los cónyuges. Pero además, este artículo indica que el cónyuge que desee demostrar que no otorgó su consentimiento podrá acogerse a la ley del Estado en que residía habitualmente en el momento de presentación de la demanda para demostrar que no prestó su consentimiento en la elección de la ley reguladora del régimen económico matrimonial.

3.2. *La ley aplicable a falta de elección*

3.2.1. *Las conexiones objetivas*

Como se ha venido haciendo mención a lo largo toda la investigación, todavía son pocos los matrimonios internacionales que realizan pactos o capitulaciones matrimoniales eligiendo la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Consciente de esta circunstancia, la Propuesta de Reglamento contiene una detallada regulación de la ley aplicable a falta de elección, que se articula a través de una serie de criterios de conexión (art. 17 de la Propuesta de Reglamento). El elenco de conexiones de la Propuesta de Reglamento garantiza un óptimo nivel de previsibilidad tanto para los cónyuges como para terceros, así como la

fácil determinación de la ley aplicable a su régimen económico matrimonial.

1) La primera de las conexiones previstas es la residencia habitual común de los cónyuges. Esta conexión supone la prevalencia de la “conexión social” frente a la “conexión cultural”, y es el primer criterio de las normas de conflicto nacionales de Rumanía, Bélgica, Lituania, República Checa y los Estados miembro que son parte del Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales y del Convenio nórdico de 1931 en materia matrimonial¹¹⁰³.

Como se ha indicado al analizar el sector de la competencia judicial internacional, la Propuesta de Reglamento no recoge un concepto autónomo de residencia habitual, por lo que a falta del mismo, habrá que interpretarlo, para salvaguardar la coherencia de soluciones, en el mismo sentido que la jurisprudencia del TJUE le ha atribuido para las crisis matrimoniales o de acuerdo con los Considerandos recogidos en el Reglamento sobre sucesiones, dependiendo de la circunstancia que produzca la extinción del vínculo matrimonial.

Por otro lado, debe tenerse presente que este primer criterio subsidiario es el mismo que en el Reglamento Roma III, el Protocolo de la Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y el Reglamento de sucesiones, dejando pues claro el legislador de la Unión Europea, que en materia de derecho de familia y sucesiones, la residencia habitual es el criterio más vinculado para las parejas internacionales, pues, presumiblemente es en ese lugar donde poseerán su domicilio, su trabajo o

¹¹⁰³ *Vid.*, punto II.1.3.2. Las conexiones objetivas, en el Capítulo 2.

habrán nacido sus hijos, en definitiva, el lugar donde se supone que los cónyuges están perfectamente integrados¹¹⁰⁴. Sin embargo, aunque tanto la Propuesta de Reglamento como los instrumentos relacionados que se han mencionado establecen como primera conexión la residencia habitual, ello no significa que el mismo ordenamiento jurídico resulte aplicable a dichos procesos conexos.

Si se comparan las conexiones establecidas en la Propuesta de Reglamento con las del Reglamento sobre la ley aplicable al divorcio, se observará que la diferencia esencial estriba en la determinación del momento en que se encuentra fijado el punto de conexión. Así, mientras que la primera conexión del art. 17 de la Propuesta de Reglamento –la primera residencia habitual– se fija en el momento inmediatamente posterior al matrimonio, las conexiones del art.8 del Reglamento Roma III giran en torno al tiempo de interposición de la demanda de divorcio. En consecuencia cuando los cónyuges cambian su residencia habitual durante el matrimonio y no han acordado la ley aplicable al divorcio y al régimen económico matrimonial, podrían resultar de aplicación diferentes leyes.

Lo mismo ocurriría en materia de obligaciones alimenticias, pues el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias indica en su art.3 que resultará de aplicación la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor de alimentos, aunque en caso de cambio de residencia habitual del acreedor de un Estado a otro, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce tal cambio. Junto a ello, existe una norma específica, el art.5,

¹¹⁰⁴ KROLL, K.: “Unifications of conflicts of laws...”, *op. cit.*, p. 388.

sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o personas cuyo matrimonio haya sido anulado, pues siempre que una de las partes se oponga a la aplicación de la regla general y el juez lo considere conveniente, podría aplicarse la ley del Estado con que el matrimonio presente una vinculación más estrecha.

Con carácter similar, pueden apreciarse igualmente diferencias entre la Propuesta de Reglamento y el Reglamento de sucesiones en cuanto al momento en que está fijado el punto de conexión. Así, el art. 21.1 de este último establece que la ley aplicable a la sucesión del causante será la ley del Estado en que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento y por ello si los cónyuges cambian de residencia habitual durante el matrimonio, resultarán de aplicación los derechos de distintos Estados.

A la vista de estas circunstancias se evidencia uno de los principales efectos negativos de la fijación de la ley aplicable en el momento inmediatamente posterior al matrimonio en la Propuesta de Reglamento, como es el hecho de que resulte de aplicación una ley poco conectada con las circunstancias de los cónyuges.

Una posible solución para mejorar la coordinación de todos estos instrumentos, más allá del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, sería cambiar el momento en que se encuentra fijado el punto de conexión a un período posterior, como podría ser el momento de presentación de la demanda en materia de régimen económico matrimonial (estableciendo así, por ejemplo, “la ley del Estado de la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de presentación de la demanda”). Sin embargo, esta alternativa puede provocar, a vez, efectos

negativos derivados de la falta de seguridad jurídica que podrían padecer los propios cónyuges –hasta el momento de interposición de la demanda, y en ausencia de elección de ley, no sabrían qué ley rige su régimen económico matrimonial- o el eterno fenómeno de la carrera hacia los tribunales –no se evitarían las conductas fraudulentas de uno de los cónyuges que busca la aplicación de una ley beneficiosa para sí mismo, proponiendo a su cónyuge instalar su residencia en un lugar con una legislación claramente favorable-.

2) En ausencia de residencia habitual común después de celebrado el matrimonio, la Propuesta de Reglamento otorga a la ley del Estado de la nacionalidad común en el momento del matrimonio (art. 17.1.b), la competencia para resolver los posibles conflictos surgidos en relación con el régimen económico matrimonial. La conexión de la nacionalidad, como señala la doctrina, es un criterio dotado de una alta estabilidad jurídica, que resulta fácil de identificar, y que permite mantener la identidad cultural de la persona, lo que resulta especialmente importante en una materia tan delicada como el derecho de familia¹¹⁰⁵.

La nacionalidad común es también la conexión aplicable en defecto de residencia habitual común en el Reglamento Roma III (art.8.c), aunque el punto de conexión está fijado en un momento distinto al de la Propuesta

¹¹⁰⁵ GAERTNER, V.: “European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments”, *Journal of private international law*, vol. 2, núm. 1, 2006, p. 115 y ss.; BASEDOW, J.: “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 99, núm. 3, 2010, pp. 427–456; CALVO CARAVACA, A.L.: “El «Derecho internacional privado multicultural»...”, *op. cit.*, pp. 5–6; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “The Coordination of the EU...”, *op. cit.*, p. 250.

de Reglamento. Así, en el primero de ellos, se hace mención a la nacionalidad en el momento de interposición de la demanda, mientras que en este último a la que tuvieron en el momento de celebración del matrimonio. En virtud de ello, si los cónyuges adquirieran distintas nacionalidades comunes durante el matrimonio, se produciría la aplicación de leyes de distintos Estados para regular el divorcio y el régimen económico matrimonial.

Por otro lado, en caso de múltiple nacionalidad, la Propuesta de Reglamento establece en su art.17.2 que esta segunda conexión no operará en caso de que los cónyuges tengan más de una nacionalidad común¹¹⁰⁶. Ello supone, en consecuencia, que el juez que conozca del asunto deberá aplicar la tercera de las conexiones –ley de los vínculos más estrechos-, pudiendo producirse una situación llamativa: que sea el propio juez quien, teniendo en cuenta todas las circunstancias del asunto, elija una de las dos nacionalidades en liza para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

La Octava versión revisada del texto de la Propuesta propone, por lo demás, una solución distinta, consistente en introducir en el texto de régimen económico matrimonial un Considerando similar al 22 del Reglamento Roma III, que remite a las legislaciones nacionales para determinar la ley aplicable en supuestos de plurinacionalidad, siempre que

¹¹⁰⁶ Sobre la conveniencia de que el Reglamento Roma III hubiera adoptado tal solución para los supuestos de doble nacionalidad *vid.*, LAGARDE, P.: “Réflexion sur la problématique de la double nationalité en matière de divorce”, en CORNELOUP, S. y BORRÁS RODÍGUEZ, A. (eds.): *Droit européen du divorce...*, *op. cit.*, pp. 692 y 698.

se respeten previamente los principios generales de la Unión¹¹⁰⁷. En virtud de ello, cada Estado miembro podría, en principio, aplicar esta segunda conexión de modo distinto, resultando pues costoso para los cónyuges que ostentan doble nacionalidad y que no han elegido la ley aplicable determinar el derecho de qué Estado regulará su régimen económico matrimonial.

3) Como conexión de cierre, la Propuesta de Reglamento sugiere la ley del Estado con el que los cónyuges tengan los vínculos más estrechos, con especial consideración de la ley del lugar de celebración del matrimonio (art. 17.1.c). La aplicación de esta conexión resultará altamente fortuita, reservada para el caso en que los cónyuges no hayan elegido la ley aplicable, no tengan residencia habitual común, y tengan distinta nacionalidad. Resulta curioso, en cualquier caso, que el criterio de conexión de cierre sea éste, y no la *lex fori*, como ocurre en el Reglamento Roma III¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁷ La doctrina ha entendido que este Considerando hace referencia únicamente al supuesto en que los cónyuges no hayan elegido la ley aplicable al divorcio (art.8 Reglamento Roma III) (GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Article 5”, *Ibid.*, p. 551), mientras que la interpretación del TJUE en el asunto *Hadadi* podría extenderse también al art.5 del Reglamento Roma III (autonomía de la voluntad) (HAMMJE, P.: “Article 3”, *Ibid.*, pp. 690-692), esto es, los cónyuges podrían elegir la ley del Estado de cualquiera de sus nacionalidades para regular sus crisis matrimoniales. La conclusión que puede alcanzarse es que, cuando los cónyuges puedan elegir, bien foro, bien ley aplicable, podrán hacerlo de acuerdo con cualquiera de sus nacionalidades, mientras que en ausencia de autonomía de la voluntad, el Reglamento no debería decantarse por ninguna de las nacionalidades, quedando pues esta cuestión en manos del derecho de los Estados miembro.

¹¹⁰⁸ CAMPUZANO DÍAZ, B.: “The Coordination of the EU...”, *op. cit.*, p. 252 y RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La armonización del régimen económico...”, *op. cit.*, p. 566.

3.2.2. *La mutabilidad automática de la ley aplicable*

Como se ha analizado en el capítulo 2, algunos Estados miembro (Rumanía, Italia, y los Estados miembro parte del Convenio de la Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales y de la Convención nórdica en materia matrimonial de 1931) recogen en sus normas de conflicto nacionales la mutabilidad automática de la ley aplicable cuando los cónyuges no han elegido el ordenamiento regulador del régimen económico matrimonial. No ha sido esta, sin embargo, la opción escogida en la Propuesta de Reglamento, al establecerse en su Considerando 23 que “a fin de garantizar la seguridad de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sobre la que los cónyuges no estén informados, no debe producirse ningún cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin una manifestación expresa de la voluntad de las partes en este sentido”.

Sin ánimo de volver a resaltar las posibles ventajas e inconvenientes que esta postura jurídica implica¹¹⁰⁹, desde algún sector doctrinal se ha considerado que este es uno de los puntos que debería corregir el texto final, en especial por la rigidez de la primera de las conexiones de la Propuesta de Reglamento, referente a la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio. Así, la posible desconexión de dicha ley con las circunstancias personales de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda –ausencia de

¹¹⁰⁹ *Vid.*, punto II.1.3.3. El cambio automático de la ley aplicable, en el Capítulo 2 y el punto III.2.4.2. Mutabilidad automática en el Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, en el capítulo 3.

proximidad-, la ruptura de la armonía *forum-ius* –pues en los Reglamentos de derecho de familia y sucesiones, la competencia judicial internacional suele recaer en la actual o última residencia habitual y no en la primera¹¹¹⁰-, así como su descoordinación con la ley aplicable a las materias conexas –cuyo punto de conexión está fijado en el momento relevante o al tiempo de la presentación de la demanda-¹¹¹¹ son algunas de las desventajas que se han puesto de relieve en relación con el principio de inmutabilidad que recoge el texto unificado en materia de régimen económico matrimonial¹¹¹².

En virtud de ello, se ha propuesto la modificación de dicha disposición, que debería estar basada en la aplicación de la ley del Estado miembro de la residencia habitual de los cónyuges en el momento relevante –el fallecimiento de uno de los cónyuges, el divorcio, o la específica transacción de los cónyuges, etc.-. Si en dicho momento los cónyuges no tuvieran residencia habitual común, la ley aplicable debería ser la del Estado en el que hubieran tenido su última residencia habitual¹¹¹³.

¹¹¹⁰ Art.3 Reglamento Bruselas II *bis*, art. 4 Reglamento sobre sucesiones y art.5 de la Propuesta de Reglamento, que aunque no especifica el momento en que deben ser tomados en consideración los fueros, debe entenderse referido al momento de presentación de la de demanda.

¹¹¹¹ Art.8 Reglamento Roma III, art.21.1. Reglamento sobre sucesiones y arts.3 y 5 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

¹¹¹² BONOMI, A.: “The proposal for a Regulation on matrimonial property: A critique of the proposed rule on the inmutability of the applicable law”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe...*, *op. cit.*, pp. 234-240.

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 240.

Como solución de consenso, y quizás teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos, la Octava versión revisada del texto de la Propuesta, establece en su art.20.a.3 que, si de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que los cónyuges mantienen un vínculo más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley resulta aplicable en virtud de las conexiones objetivas, y siempre que los cónyuges hubieran pensado que la ley de ese otro Estado regulaba su régimen económico matrimonial, entonces el tribunal que conoce del asunto podrá aplicar la ley de ese otro Estado, a solicitud de uno de los cónyuges y con consentimiento del otro.

Si bien el fundamento de esta cláusula de escape tiene como fin último evitar la excesiva rigidez que la primera de las conexiones objetivas puede acarrear¹¹¹⁴, no es menos cierto que plantea algunos interrogantes interpretativos y cuestiones de índole práctico.

Como punto de partida, se considera prescindible el hecho de que los cónyuges piensan que la ley de ese otro Estado era la que regulaba su régimen económico matrimonial, no sólo por su dificultad probatoria, sino porque los restantes requisitos que activarían su aplicación –vinculación estrecha y acuerdo de ambos cónyuges- ya resultarían, en su caso, garantía suficiente como para conceder la aplicación de otro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, aunque exigir el acuerdo de ambos cónyuges para la aplicación de la ley del Estado con la que guardan vínculos más estrechos garantiza cierto nivel de seguridad jurídica, debe tenerse presente que tal circunstancia puede restar efectividad a la aplicación de esta disposición,

¹¹¹⁴ *Vid.*, Considerando 24.d) de la Octava versión revisada del texto de la Propuesta.

pues resulta difícil imaginar que si los cónyuges no se han puesto de acuerdo en elegir la ley aplicable durante su vida matrimonial, vayan a hacerlo en el seno de un procedimiento ya abierto. En este sentido, cabe plantearse también si el contenido de este artículo no se solapa con el hecho de que la propia elección de ley aplicable no se encuentra limitada temporalmente, pudiendo pues resultar perfectamente posible tal acuerdo una vez presentada la demanda relativa al régimen económico matrimonial. Por ello, puede concluirse que esta disposición sólo añadiría nuevos supuestos si la aplicación de la ley de los vínculos más estrechos pudiera realizarse de oficio o únicamente a solicitud de una de las partes.

Por lo demás, se trata de un precepto similar al establecido en el Reglamento sobre sucesiones, cuando se excepciona en su art.21.2 la aplicación de la ley de la última residencia habitual del causante en detrimento de otra ley con la que el causante tuviera vínculos más estrechos¹¹¹⁵. Sin embargo, pueden destacarse, al menos, dos diferencias. En primer lugar, en la Octava versión revisada del texto de la Propuesta se exige que los cónyuges piensen que esa otra ley regulaba su régimen económico matrimonial, mientras que en el texto sobre sucesiones, no se exige tal condición, al resultar un sinsentido por la muerte del causante. Por otro lado, en el Reglamento sobre sucesiones, el procedimiento que excepciona la aplicación de la regla general se inicia *ex officio*, mientras

¹¹¹⁵ Algunos ejemplos de la aplicación de esta disposición podrían ser: cuando el difunto había establecido su residencia habitual poco antes de morir en un determinado Estado miembro y todas las circunstancias hacen indicar que guardaba vínculos más estrechos con su anterior residencia habitual o cuando una persona, con ocasión de un accidente y su posterior tratamiento médico se ve obligada a trasladar su residencia habitual a otro Estado, donde fallece (BONOMI, A.: “Article 21”, en BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen des successions...*, *op. cit.*, pp. 290-296.

que en materia de régimen económico la aplicación de una ley que presente vínculos más estrechos debe solicitarse a instancia de parte con el consentimiento expreso del otro cónyuge.

Igualmente, el art.20.a.3 de la Octava versión revisada del texto de la Propuesta se inspira claramente en el art.5 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que contiene una disposición especial para los casos relacionados con cónyuges, ex cónyuges o personas cuyo matrimonio ha sido anulado, pues si la ley de otro Estado presentara una vinculación más estrecha con el matrimonio que la ley del Estado del acreedor de alimentos, en tal caso se aplicará la ley de ese otro Estado¹¹¹⁶. Con carácter similar a la disposición del régimen económico matrimonial, el procedimiento de aplicación de esa otra ley no puede iniciarse de oficio por el tribunal, sin embargo, resulta suficiente con que una de las partes lo solicite, aunque la otra no esté de acuerdo.

¹¹¹⁶ La inclusión de este precepto se justificó en el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias por el hecho de evitar los comportamientos fraudulentos de uno de los cónyuges a través de cambios unilaterales de residencia habitual que pudiera resultar injustos y contrarios a las expectativas del deudor. En cuando a la interpretación del concepto de vinculación estrecha, si bien el propio art.5 atribuye un papel protagonista a la última residencia habitual común de los cónyuges, lo cierto es que el tribunal deberá también tomar en consideración anteriores residencias habituales comunes, las nacionalidades de los cónyuges, el lugar de celebración del matrimonio, o el lugar donde se está sustanciando la separación o el divorcio. En este sentido, BONOMI, A.: “Explanatory report to the Protocol of 23 november 2007 on the law applicable to maintenance obligations”, *The Hague, Permanent Bureau*, 2009, pp. 21-25.

3.3. Problemas de aplicación de la norma de conflicto: normas de funcionamiento

La determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, más allá de la distinción de las situaciones en que los cónyuges han elegido la ley aplicable al régimen económico matrimonial o que, por el contrario, han producido la aplicación de las conexiones objetivas, está rodeada de numerosas particularidades y singularidades que vienen a dotar de una enorme dificultad el normal funcionamiento de las normas de conflicto.

Situaciones tales como la imperatividad de las leyes de policía (art.22), la excepción de orden público (art.23), la prohibición del reenvío (art.24) y la ley aplicable a los ordenamientos plurilegislativos (art.25), complican la labor del operador jurídico que aplique las normas de conflicto, mediante la excepción o concreción del derecho designado por las mismas.

3.3.1. Las leyes de policía

La primera situación que podría excepcionar el normal juego de las normas de conflicto vendría referida a una vulneración de las leyes de policía. La imperatividad de las leyes de policía consiste en la prohibición de contradecir toda disposición cuya observancia considera esencial un Estado para salvaguardar sus intereses públicos, pudiendo incluso exigirse la aplicación de una determinada disposición, sea cual sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial (art.22 Propuesta de Reglamento). La Exposición de Motivos es especialmente explícita en este punto, al citar

como ejemplo de norma imperativa la protección de la vivienda familiar, lo que supone en términos prácticos que, con independencia del ordenamiento jurídico designado por la norma de conflicto, y siempre que el derecho del foro así lo establezca, será necesario el consentimiento del cónyuge no propietario si se quiere disponer de la vivienda o grabarla con un derecho real¹¹¹⁷.

Mediante esta disposición e incluso por vulneración del orden público¹¹¹⁸, quedarán, en teoría, perfectamente protegidos los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico – independencia patrimonial de los esposos, deber de información recíproco de los bienes, ingresos y deudas, contribución a las necesidades de la familia, etc.¹¹¹⁹ - y que, tal y como se vio en el Capítulo 1, reciben el nombre de régimen económico matrimonial primario. Ello implica que conociendo un tribunal de un asunto de régimen económico matrimonial nunca deberá desatender estas disposiciones sustantivas contenidas en su

¹¹¹⁷ BUSCHBAUM, M. y SIMON, U.: “Les propositions de la Commission européenne...”, *op. cit.*, p. 808; RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La armonización...”, *op. cit.*, p. 567.

¹¹¹⁸ La función de las leyes de policía es bastante similar a la excepción de orden público, aunque pueden señalarse algunas diferencias. En primer lugar, gran parte de la doctrina entiende que el factor diferenciador reside en que mientras el orden público es una “medida de defensa” contra los efectos de la aplicación de la ley extranjera designada por las normas de conflicto, las leyes de policía se aplican con independencia del contenido del derecho extranjero. En este sentido, el primero de ellos entraría en juego después que el derecho extranjero hubiera sido designado, mientras que el segundo incluso antes de que opere la norma de conflicto. Otra interpretación sobre la posible distinción es que mientras las leyes de policía determinan de modo autónomo los efectos y las condiciones para ser aplicadas, el orden público consiste en principios generales de la *lex fori* que pueden ser incompatibles con el derecho designado por la norma conflicto, pero que no son susceptibles de ser directamente aplicados (sobre esta cuestión *vid.*, BONOMI, A.: “Mandatory rules in private international law: the quest for uniformity of decisions in a global environment”, *Yearbook of private international law*, vol.1, 1999, pp. 229-230.

¹¹¹⁹ *Vid.* Punto I.2.1 del Capítulo 1.

derecho nacional, y que se aplican con independencia del régimen económico matrimonial secundario, ya sea éste uno pactado por las partes o uno de carácter legal.

Con todo, una cosa es la obligación de no desatender el régimen económico matrimonial primario y otra bien distinta, aplicar el derecho del foro a todo el litigio del régimen económico matrimonial –lo que implicaría, en ocasiones, la aplicación de un nuevo régimen económico matrimonial secundario–, y en este sentido, parece algo desafortunada la redacción de la Exposición de Motivos al indicar que estas disposiciones imperativas podrían descartar la aplicación de una ley extranjera en un Estado en favor de la ley del tribunal que conoce del asunto. Así pues, resultaría interesante que la versión definitiva del Reglamento deslindara ambos conceptos, especificando que la aplicación de las leyes de policía, que se refieren en realidad al régimen económico matrimonial primario, no debería afectar, como norma general al concreto régimen económico matrimonial secundario que resulta de aplicación en virtud de la norma de conflicto.

3.3.2. La excepción de orden público

La Propuesta de Reglamento integra igualmente una norma referente a la exclusión de la ley determinada por la norma de conflicto cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con la ley del foro (art.23 Propuesta de Reglamento). En este sentido, junto con la ya mencionada protección del régimen económico matrimonial primario a través de las normas imperativas, y que también puede conseguirse mediante la

excepción de orden público, los mayores problemas en este punto vendrán referidos al matrimonio de personas del mismo sexo y los matrimonios provenientes de Estados que imponen y regulan relaciones discriminatorias entre el hombre y la mujer, en especial la poligamia y el repudio, cuando quepa disolver su régimen económico matrimonial¹¹²⁰.

1) En primer lugar, por lo que respecta al matrimonio entre personas del mismo sexo, conviene tener presente que la ausencia de un concepto autónomo de matrimonio en la Propuesta de Reglamento, acompañada del carácter neutro adoptado por el mismo en relación con la orientación sexual, dejan en manos del legislador de cada Estado miembro la decisión de aplicar los instrumentos de Derecho internacional privado de familia de la Unión Europea a tal tipo de uniones.

En España, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio¹¹²¹, el matrimonio está abierto a personas del mismo sexo, por lo que, presumiblemente, los jueces españoles podrían disolver el régimen económico matrimonial de tales tipos de matrimonios, sean celebrados en España, sean celebrados en el extranjero, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento. No existirá, por tanto, vulneración alguna en relación con el orden público internacional español¹¹²².

2) En relación con el matrimonio poligámico, y teniendo presente que el orden público internacional español impedirá la aplicación de leyes

¹¹²⁰ Se tendrá aquí en cuenta especialmente la incidencia del orden público desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español.

¹¹²¹ *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2005.

¹¹²² *Vid.* en este mismo capítulo el concepto de matrimonio en relación con el ámbito de aplicación material del Reglamento (II.1).

extranjeras que consideren capaz de contraer matrimonio en España a un sujeto que ya está ligado por anterior matrimonio no disuelto, los mayores problemas vendrán referidos a los matrimonios ya celebrados en el extranjero, y cuyos efectos jurídicos intentan hacerse valer en España.

Respecto de estos últimos, se ha propuesto la aceptación de un orden público internacional atenuado¹¹²³, bajo el cual no se admitirán en España los efectos constitutivos del matrimonio poligámico celebrado en el extranjero¹¹²⁴, mas sí el reconocimiento de los derechos sucesorios o derecho de alimentos y pensión compensatoria post-divorcio de la segunda esposa, así como la disolución del régimen económico matrimonial¹¹²⁵. En

¹¹²³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 107.

¹¹²⁴ La DGRN prohíbe la inscripción de los matrimonios poligámicos en el Registro civil español (Vid. recientemente Resoluciones DGRN de 18 de febrero de 2014 (JUR 2014/214619), 10 de febrero de 2014 (JUR 2014/214616), 10 de enero de 2014 (JUR 2014/217082), 26 de julio de 2013 (JUR 2014/174487), 15 de julio de 2013 (JUR 2014/174484), 14 de mayo de 2013 (JUR 2013/330212) y 9 mayo de 2013 (JUR 2013/330071).

¹¹²⁵ Conviene tener presente, empero, que en algunos Estados Islámicos, como en Marruecos, se desconoce el concepto de régimen económico matrimonial, no existiendo pues una regulación específica sobre los mismos (CERVILLA GARZÓN, M.D. y ZURITA MARTÍN, I.: *El derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, Difusión jurídica, Madrid, 2010, p. 79; OUHIDA, J.: “Introducción del Código del Estatuto personal al Código de Familia de 2004 (de la preservación y consagración de los valores tradicionales a la apertura y modernización del régimen jurídico de las relaciones de familia), en ESTEBAN DE LA ROSA, G. (dir.): *Código de familia marroquí*, Blanca impresores, Jaén, 2009, p. 30; QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “La disolución del matrimonio”, en QUIÑONES ESCÁMEZ, A., RODRÍGUEZ BENOT, A., BERJAOU, K. y TAGMANT, M.: *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*, Vol. I, FIIAPP, Madrid, 2009, p. 141; LARRONDO LIZARRAGA, J.M.: *Derecho de familia y sucesiones de Marruecos. “La Mudawana”*, Cuadernos de derecho comparado, Madrid, 2009, p. 44 y ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A.: “Les régimes matrimoniaux en droit arabe et musulman – Cas de l’Égypte et du Maroc: normes matérielles et normes de conflit”, en BONOMI, A. y STEINER, M. (eds.): *Les régimes matrimoniaux en droit*

definitiva, si se mantiene esta posición jurisprudencial y que, además, parece reforzada por parte de la doctrina, tal tipo de matrimonios se verían afectados por las disposiciones del futuro Reglamento de régimen económico matrimonial mediante un orden público atenuado.

3) Cabe adoptar una respuesta similar en relación con el repudio – siempre que sea irrevocable¹¹²⁶ – que, *a priori*, vulnera el orden público internacional español, pues con frecuencia, sólo puede ser solicitado por el marido¹¹²⁷, y además la esposa no puede participar en el procedimiento en el que se sustancia el mismo, quedando vulnerados sus derechos de defensa. Así pues, podría admitirse excepcionalmente que una decisión extranjera de repudio desplegara efectos en España si se acreditara que la mujer acepta la disolución del matrimonio por repudio o quedara constatado que la propia mujer tenía también la opción de haber repudiado a su marido, eliminándose así el factor discriminatorio¹¹²⁸.

compare et en droit international prive. Actes du Colloque de Lausanne du 30 septembre 2005, Droz, Geneva, 2006, p. 280). Sin embargo, el art. 49 del Código de Familia marroquí (*La Mudawana*) al indicar que “Cada uno de los cónyuges posee su propio patrimonio” parece estar estableciendo, como norma general, un régimen legal supletorio de separaciones de bienes entre los cónyuges, siendo ésta la posición seguida por la jurisprudencia española en la aplicación del art.9.2 Cc (por ejemplo, SAP de 7 febrero de 2000 (AC 2000/2806) y SAP 14 diciembre 2005 (AC 2005/2377).

¹¹²⁶ El repudio revocable vulnera el principio fundamental de la estabilidad del estado civil (Resoluciones DGRN de 4 de junio de 2001 (RJ 2002/5494), 12 de septiembre de 2002 (RJ 2003/136), 22 de mayo de 2009 (JUR 2010/301933) y 22 de noviembre de 2008 (JUR 2010/2744), aunque lo cierto es que los límites temporales del mismo hacen prácticamente imposible que se llegue a plantear en el momento del *exequatur* (QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “La disolución del matrimonio”, en QUIÑONES ESCÁMEZ, A., RODRÍGUEZ BENOT, A., BERJAOUI, K. y TAGMANT, M.: *Matrimonio y divorcio...*, *op. cit.*, p. 157).

¹¹²⁷ No así en derecho marroquí, donde el marido puede conceder a la mujer el derecho a repudiarle (*tamlik*) (art.89 Código de Familia marroquí) con consecuencias idénticas al repudio marital, a excepción del carácter revocable de este último.

¹¹²⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Derecho internacional*

Si se acepta la premisa de asimilación del repudio consentido o facultado para la mujer al libre divorcio en España, en principio, nada impediría, que un juez español disolviera el régimen económico matrimonial de acuerdo con las disposiciones del futuro Reglamento de régimen económico matrimonial.

3.3.3. *El reenvío*

La tercera de las circunstancias a la que se hacía mención en relación con el normal funcionamiento de las normas de conflicto y que, potencialmente, podía alterar el derecho designado por esta, es el reenvío. La Propuesta de Reglamento ha optado por seguir el criterio mayoritariamente empleado en otros Reglamentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, consistente en excluir su aplicación (art.23 Propuesta de Reglamento)¹¹²⁹. Por tanto, cuando la norma de conflicto se esté refiriendo al derecho de un determinado Estado, la referencia realizada se entenderá a sus normas de derecho sustantivo y no a las normas de conflicto.

Llama la atención que no se haya seguido la opción del Reglamento sobre sucesiones en relación con el reenvío, al menos en aquellos casos en que el derecho remitido del Estado no Miembro o Estado miembro que no

privado..., *op. cit.*, p. 295; ORTIZ VIDAL, M.D.: “El repudio en el Código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la Unión Europea”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, núm. 2, p. 243; CERVILLA GARZÓN, M.D. y ZURITA MARTÍN, I.: *El derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 195 y ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 318.

¹¹²⁹ Art.20 Reglamento Roma I, art.24 Reglamento Roma II, art.11 Reglamento Roma III y art.14 Protocolo de la Haya 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

aplique el Reglamento reenvíe a un derecho de un Estado miembro¹¹³⁰. Esta opción legislativa habría resultado especialmente interesante en materia de régimen económico matrimonial, ya que resultando de aplicación la ley de un Estado donde no existe el concepto de régimen económico matrimonial¹¹³¹ y siempre que las normas de conflicto de tal Estado hubieran remitido al derecho de un Estado miembro¹¹³², se habría podido evitar la problemática equiparación de “no existencia de régimen económico matrimonial” con “aplicación de régimen de separación de bienes”, que por ejemplo se viene efectuando en España¹¹³³, pues cualquier caso sería “reconducido” al derecho civil de un Estado miembro, en los que sí existe tal figura¹¹³⁴.

¹¹³⁰ BUSCHBAUM, M. y SIMON, U.: “Les propositions de la Commission européenne...”, *op. cit.*, p. 808.

¹¹³¹ Que ocurre, por ejemplo, en Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, tal y como se analizó en el Capítulo I.

¹¹³² Situación perfectamente posible en los Estados anglosajones cuyas norma de conflicto designen la aplicación de la ley del lugar de su situación para los bienes inmuebles o la ley del domicilio conyugal para los bienes muebles. Como contrapartida, podría producirse una ruptura de la unidad de la ley aplicable, que es uno de los principios básicos del Reglamento (art.15 Propuesta de Reglamento).

¹¹³³ La DGRN viene considerando, tradicionalmente, que la no previsión supletoria de que el matrimonio genere comunidad patrimonial alguna entre los cónyuges –como ocurre con los británicos de Inglaterra y Gales- implica el seguimiento de un régimen de comunidad de bienes (Resoluciones de 19 de diciembre de 2003 (RJ 2004/234) y 12 de febrero de 2004 (RJ 2004/2000). Aunque no se menciona explícitamente, puede presuponerse que esta idea está fundamentada en el art.12.1, que implica que la calificación de la norma de conflicto aplicable –en este caso, los arts.9.2 y 9.3 Cc- debe realizarse con arreglo a la ley española, en la que sí existe el concepto de régimen económico matrimonial. Cabría plantearse, sin embargo, si se está produciendo una correcta aplicación del derecho designado por la norma de conflicto, en este caso, el *common law* de Inglaterra y Gales.

¹¹³⁴ En este sentido, téngase en cuenta que los ordenamientos jurídicos de los 25 Estados miembro en los que será de aplicación el Reglamento pertenecen a los sistemas de Derecho civil en los que sí existe en concepto de régimen económico matrimonial, conforme al análisis realizado en el Capítulo I.

3.3.4. La ley aplicable en los ordenamientos plurilegislativos

El último de los problemas de aplicación de las normas de conflicto contenidas en la Propuesta de Reglamento viene referido a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable en los Estados plurilegislativos, es decir, aquellos en Estados en los que existen distintos bloques de normas sustantivas reguladoras de una misma materia, en este caso, los efectos económicos del matrimonio. En este sentido, cabe distinguir los bloques de normas que rigen en distintas partes del territorio de un Estado y que se aplican a las personas que presenten vínculos con este territorio -plurilegislación de base territorial- de aquellos que pueden regir en todo el Estado o únicamente en una parte de él, pero cuya aplicación se reserva a los sujetos que ostenten una determinada condición, como puede ser la pertenencia a una religión o etnia – plurilegislación de base territorial-¹¹³⁵.

La Propuesta de Reglamento ofrece una solución parcial ante este tipo de situaciones, pues únicamente contiene una cláusula para resolver los conflictos de los sistemas plurilegislativos de base territorial, sin hacer referencia a los sistemas plurilegislativos de base personal. Esta realidad, como se verá, cambia profundamente en la Octava versión revisada, en perfecta alineación con los art.36 a 38 del Reglamento sobre sucesiones.

¹¹³⁵ GARAU JUANEDA, L.: “Los conflictos de leyes entre las diferentes regulaciones en materia de régimen económico matrimonial vigentes en España y cuestiones de derecho intertemporal asociadas a los mismos”, en LLEGÓ YAGÜE, F. y FERRER VANRELL, M.P (dirs.): *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 51.

A. *Remisión a ordenamientos plurilegislativos de base territorial*

El art.25 de la Propuesta de Reglamento regula los casos en que la ley designada por el Reglamento comprende varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial, situación que ocurre en el ordenamiento jurídico español.

La plurilegislación del derecho civil español, emanada del ejercicio de la competencia que la Constitución española atribuye a las Comunidades Autónomas para “*conservar, modificar y desarrollar*” sus respectivos derechos civiles forales o especiales “*allí donde existan*”¹¹³⁶, conlleva que un estudio completo de la ley aplicable al régimen económico matrimonial no descuide los mecanismos determinadores del concreto derecho civil que resulta de aplicación y que se presentan como un “segundo escalón” en la ordenación conflictual¹¹³⁷.

Tanto las normas de conflicto autónomas, como los Convenios de las distintas instituciones internacionales y Reglamentos de la Unión Europea establecen criterios destinados a determinar en cada caso cuál de esos derechos es el aplicable¹¹³⁸. Entre los diversos modelos de remisión a un ordenamiento plurilegislativo destacan, principalmente, el modelo “directo” y el “indirecto”. No obstante, la combinación de ambos, con

¹¹³⁶ *Vid.*, Art.149.1.8º de la Constitución española y Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1993 (STC 88/1993).

¹¹³⁷ ZABALO ESCUDERO, E.: “Autonomía de la voluntad, vecindad civil y conflictos de leyes internos”, en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.): *Autonomía de la voluntad...*, *op. cit.*, p. 396.

¹¹³⁸ Para un detallado análisis de esta cuestión, *vid.*, BORRAS, A.: “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, en AA.VV: *Recueil des cours*, Nijhoff, La Haya, 1994, núm. 249, pp. 145-368.

carácter complementario o suplementario, puede dar lugar a dos nuevas modalidades, a saber, el “mixto” y el “subsidiario”¹¹³⁹.

1) El modelo clásico o continental¹¹⁴⁰, y más antiguo para resolver la cuestión del derecho territorial aplicable en supuestos de remisión a ordenamientos plurilegislativos, es el modelo de remisión “indirecta”¹¹⁴¹. Es también la solución recogida en el art. 12.5 Cc español¹¹⁴², según el cual la determinación del derecho territorial aplicable se hace conforme a las normas de conflicto interregional del ordenamiento plurilegislativo.

Mientras la regla española es incompleta y por eso plantea graves problemas aplicativos en defecto de normas de conflicto interregional¹¹⁴³,

¹¹³⁹ Se avisa al lector de la subjetividad en cuanto a la clasificación de los modelos empleados.

¹¹⁴⁰ LALIVE, P.: “Tendances et méthodes en droit international privé”, en AA.VV: *Recueil des cours*, Nijhoff, La Haya, 1979, núm. 155, p. 303 y NOVA, R.: “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, en AA.VV: *Recueil des cours*, Nijhoff, La Haya, 1966, núm. 118, p. 556.

¹¹⁴¹ Fue recogido en los siguientes Convenios de La Haya: Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, artículo 14; Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción, artículo 11; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 16.

¹¹⁴² Vid. BORRAS, A.: “Comentario al artículo 12.5”, en AA.VV: *Comentario del Código Civil*, vol.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 145 y ss y SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Artículo 12, apartado 5”, en ALBADALEJO, M. y DIAZ ALABART, S. (dir.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo I, vol. II, Edersa, Madrid, 1995, pp. 943 y ss.

¹¹⁴³ Precepto incorrectamente empleado por la jurisprudencia, que aplica la ley de la concreta unidad territorial. En otras palabras, nuestros tribunales vienen aplicando el art. 12.5 Cc como si de un sistema de referencia directa se tratara. Vid., las siguientes sentencias, referidas incorrectamente a la ley de la nacionalidad inglesa o ley personal de un determinado Estado de Estados Unidos (STS de 15 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8212), STS de 21 de mayo de 1999 (RJ 1999/4580), STS de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8029), SAP de Murcia de 30 de noviembre de 2011 (AC 2011/2337), SAP de Alicante de 28 de mayo de 2012 (AC 2012/1283), SAP de Madrid de 10 de septiembre

el modelo “indirecto” en los convenios de La Haya aparece integrado por un criterio subsidiario general conforme al cual es aplicable la legislación del ordenamiento plurilegislativo con la cual la persona interesada tuviera el vínculo más efectivo¹¹⁴⁴.

2) En el modelo de remisión “directa” la norma de conflicto hace referencia directa al derecho territorial, evitando así el paso intermedio por el Derecho interregional del ordenamiento plurilegislativo¹¹⁴⁵. Este modelo se fundamenta en el principio de equiparación total de Estados y unidades territoriales mediante una ficción legal. Como ha señalado parte

de 2012 (JUR 2012/334226) y SAP de Asturias 6 de septiembre de 2013 (JUR 2013\308231).

¹¹⁴⁴ Así, el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores y el Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción, cuando resulta aplicable la conexión nacionalidad, proponen acudir subsidiariamente a la ley de los vínculos más estrechos. De modo más evidente, el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, porque ya sea de aplicación la conexión nacionalidad ya sea la de la residencia, recoge subsidiariamente la aplicación de la ley con la que los interesados estuviera más estrechamente vinculados.

¹¹⁴⁵ Este modelo fue recogido en los siguientes Convenios de La Haya: Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y de Separaciones Legales, artículo 13; Convenio de 4 de mayo de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera, artículo 12; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, artículo 12; Convenio de 14 de marzo de 1978 relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio, artículo 17; Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, artículo 19; Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículo 31; Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento, artículo 23; Convenio de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 19; Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, artículo 36; Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, artículo 25(1); Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, artículo 12(1); Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, artículo 46.1.

de la doctrina, este sistema cuenta con una importante limitación: su inadecuación para aportar una respuesta precisa y clara cuando la remisión a un estado plurilegislativo cuando resulta de aplicación la conexión nacionalidad¹¹⁴⁶.

El modelo de remisión “directa” es el modelo predominante en los Convenios de La Haya y se encuentra igualmente en algunos Reglamentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea¹¹⁴⁷.

3) Por su parte, el modelo de remisión “subsidiaria” es un sistema que presenta características propias del modelo de remisión “indirecta” y del modelo de remisión “directa”. Mientras el Derecho interregional del ordenamiento plurilegislativo se aplica con prioridad para determinar el derecho territorial aplicable al supuesto concreto (característica de un sistema “indirecto”), en defecto de tales normas, se aplican los criterios de la ley de la concreta unidad territorial para la conexión residencia habitual (propia de un sistema “directo”) y la ley de los vínculos más estrechos para la conexión nacionalidad (como sucede en el sistema “indirecto” de los Convenios de La Haya)¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ En cualquier caso, se vendría recurriendo a la ley de los vínculos más estrechos (es decir, aplicación de la ley de la concreta unidad territorial a la que el sujeto “pertenece”) cuando resulte de aplicación la conexión nacionalidad en un supuesto que entre dentro del ámbito de aplicación de un Convenio/Reglamento que resuelve la remisión a ordenamientos plurilegislativos mediante el método directo.

¹¹⁴⁷ Reglamento Roma I, artículo 22 y Reglamento Roma II, artículo 25.

¹¹⁴⁸ *Vid.* Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte, artículo 19(2); Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, artículo 48(a); Convenio de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos,

Por tanto, el modelo “subsidiario” se asemeja al “indirecto” por la prevalencia de las normas internas sobre conflicto de leyes del Estado cuya ley resulte de aplicación y porque, además, aporta la misma respuesta subsidiaria cuando resulta de aplicación la conexión nacionalidad, es decir, la aplicación de la ley de la unidad territorial con la que el interesado tuviera los vínculos más estrechos. Por lo que respecta a su relación con el modelo “directo”, las diferencias son obvias, pues prevalecen en todo caso las normas de derecho interregional del ordenamiento plurilegislativo. Eso sí, en relación con la aplicación subsidiaria de la conexión residencia habitual, se aporta una solución idéntica, cual es la consideración de la ley de la concreta unidad territorial.

4) Finalmente, el sistema “mixto” es una combinación del sistema “directo” y del sistema “indirecto” en cuanto a que actúa como el primero de ellos por lo que respecta a las conexiones de base territorial (residencia habitual, lugar de situación de los bienes inmuebles...) y como el segundo en relación con las conexiones de base personal (básicamente, nacionalidad). En otras palabras, cuando resulte de aplicación la ley de la residencia habitual u otra ley que se pueda concretar territorialmente, deberá aplicarse directamente la ley de la unidad territorial en cuestión, sin previo paso por las normas de Derecho interregional del ordenamiento plurilegislativo. Por otro lado, cuando entre en juego la conexión nacionalidad, se operará como en el sistema “indirecto”, es decir,

artículo 46(a); Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, artículo 16.2.

aplicándose con carácter prioritario las normas estatales sobre conflicto de leyes y subsidiariamente la ley de los vínculos más estrechos¹¹⁴⁹.

Este sistema tiene por objetivo cubrir la principal carencia del sistema “directo” como es la imposible determinación del derecho de la unidad territorial aplicable cuando entra en juego la conexión nacionalidad –aunque se venga aplicando la ley de los vínculos más estrechos–, previendo para ello la entrada en escena del sistema “indirecto”.

Pues bien, de estos cuatro modelos de remisión a ordenamientos plurilegislativos, la Propuesta de Reglamento ha optado por ofrecer el modelo de remisión “mixta” en su art.25, a imagen y semejanza del art.14 del Reglamento Roma III¹¹⁵⁰. En términos prácticos, conforme a este modelo, cuando la norma de conflicto designara la ley española en virtud de la conexión residencia habitual, se estaría haciendo referencia a la regulación del régimen económico matrimonial existente en la Comunidad Autónoma en la que residieran uno o ambos cónyuges, que resultaría de aplicación directa por el operador jurídico. Por otro lado, quedando regulado el régimen económico matrimonial por la ley española mediante la aplicación de la ley de la nacionalidad, sería necesario el previo paso por el derecho interregional español, esto es, aplicación de los arts. 9.2 y 9.3 Cc¹¹⁵¹, por remisión del art. 16.1 y 3 Cc, para determinar si resulta de

¹¹⁴⁹ Vid. Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, artículo 1(2) y Reglamento Roma III, artículo 14.

¹¹⁵⁰ PARISOT, V.: “Article 14”, en CORNELOUP, S. y BORRAS RODRÍGUEZ, A. (eds.): *Droit européen du divorce...*, *op. cit.*, pp. 631-646.

¹¹⁵¹ Vid., Capítulo 2, referente al análisis de la norma de conflicto española del régimen económico matrimonial (arts.9.2 y 9.3 Cc).

aplicación un régimen económico matrimonial previsto por el derecho civil común o uno determinado por el derecho civil foral o especial¹¹⁵².

Teniendo todo lo anterior presente, interesa averiguar cómo un modelo de remisión mixta funcionaría en la determinación práctica del régimen económico matrimonial, contraponiendo para ello una situación puramente interregional y una internacional.

Así, imagínese una pareja de catalanes con residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio en Madrid y que no ha otorgado pactos o capitulaciones matrimoniales. Se trata de una situación puramente interregional, carente de elemento de extranjería, que se resolvería por el recurso de la vecindad civil común (arts.9.2 y 16.1 y 3 Cc), entendiéndose, en consecuencia, que la pareja se encuentra casada en virtud del régimen de separación de bienes del Código civil catalán¹¹⁵³.

Este resultado, empero, diferiría si se “internacionalizara” la situación, suponiendo, por ejemplo, que la pareja posee bienes inmuebles situados en distintos Estados miembro. Así pues, no habiendo elegido los cónyuges la ley aplicable, entraría en juego la primera de las conexiones objetivas, la ley del Estado de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio (art.17.1.a) de la Propuesta de Reglamento), que acompañada de la ficción legal de unidades territoriales con Estados, implicaría la aplicación del régimen

¹¹⁵² Se partirá aquí de la interpretación de la remisión estática del art.16.1 c a las normas del Capítulo IV del Título preliminar del Código Civil –es decir, a los arts.9.2 y 9.3 Cc– con fines puramente didácticos.

¹¹⁵³ *Vid.*, II.3.2.3 Los sistemas de separación, en el capítulo 1.

económico matrimonial de la sociedad de gananciales del Código civil¹¹⁵⁴, que es el régimen legal en la Comunidad de Madrid¹¹⁵⁵.

De todo lo anterior se deduce que la selección del derecho civil español aplicable vendrá determinada por distintos criterios de solución, según se trate de aplicar uno de los derechos civiles españoles a una relación privada internacional o a una situación puramente interregional¹¹⁵⁶. No sucedería lo mismo, en cambio, si se hubiera utilizado un sistema de remisión “subsidiaria”, pues en tales casos, al ordenarse la aplicación del sistema de solución de conflictos de leyes

¹¹⁵⁴ Art.1316 Cc.

¹¹⁵⁵ ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “Compatibilidad de las normas españolas de Derecho internacional privado con el proyecto Comunitario en materia de sucesiones internacionales”, en BORRÁS, A. y GARRIGA SUAU, G. (eds.): *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 260: “...ello tiene como consecuencia desplazar la localización del sistema regional o especial concreto en función de la vecindad civil de resultar aplicable a una sucesión el Derecho español...”.

¹¹⁵⁶ ZABALO ESCUDERO, E.: “El derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales”, en DELAYGUA FORNER, J., BEILFUSS GONZÁLEZ, C. y VIÑAS FARRÉ, R.: (eds.): *Entre Bruselas y La Haya... op. cit.*, p. 900. Planteándose la justificación de la diferenciación de soluciones entre supuestos internacionales y puramente interregionales, aunque en relación con la sucesión, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y derecho interregional (o ¿para quién legisla el legislador autonómico de derecho civil?)”, *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, núm.1, 2006, p. 282-283: “...¿se justifica que se aplique la ley gallega en el primer caso (sucesión de un gallego residente en Cataluña casado con una catalana) y la ley catalana en el segundo (sucesión de un gallego residente en Cataluña casado con una portuguesa)?” y GARAU JUANEDA, L.: “El Derecho interregional español ante un derecho internacional privado europeo común”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, núm. 6, 2006, p. 163: “¿tendría sentido que la sucesión de un español pudiera quedar subsumida en leyes diferentes según el supuesto tuviera carácter puramente “interno”, esto es, vinculado a una única comunidad autónoma, “internacional”, es decir, vinculado a algún otro Estado además de al nuestro, o “interno” pero vinculado a comunidades autónomas pero con diferente legislación civil en materia sucesoria?”.

internos en vigor en el Estado plurilegislativo remitido, y tratándose de aplicar el derecho español, sí entraría en escena el Derecho interregional español, con las soluciones del Código civil (arts.9.2 y 16.1 y 3 Cc).

En el ejemplo propuesto, se entendería, en consecuencia, que designado el derecho español por el Reglamento, es necesario el previo paso por las normas internas sobre conflicto de leyes de España, que conducirían, como en la situación puramente interregional, a la aplicación del régimen económico matrimonial de separación de bienes del Código civil catalán, al ostentar ambos cónyuges la vecindad civil catalana.

El sistema “subsidiario” es precisamente el recogido, como en el Reglamento sobre sucesiones, en la Octava versión revisada del texto de la Propuesta, y asegura, como se acaba de demostrar, que la aplicación del concreto derecho español tendrá lugar por idéntico cauce, mas no garantiza que la previa aplicación del derecho español se produzca por las mismas normas de conflicto al existir, *a priori*, dos sistemas conflictuales: uno para los casos puramente interregionales y otro para los casos internacionales. En este sentido, cuando sea de aplicación el Reglamento de régimen económico matrimonial, el principio de unidad de soluciones¹¹⁵⁷, que inspiró precisamente el sistema español de Derecho interregional, se verá quebrantado, a menos que se cumpla una premisa:

¹¹⁵⁷ Unidad que existe desde la redacción del Código Civil de 1889, que en su art. 14 ordenaba la aplicación de los art. 9, 10 y 11 no sólo a los supuestos internacionales, sino también a aquellos que involucraran a españoles en territorios o provincias con distinta legislación. Igualmente, la Ley de bases de 17 de marzo de 1973 –prefacio de la reforma del Título Preliminar del Código Civil que introdujo el art. 16.1 y 2 Cc– disponía en su base séptima que “respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos para el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza impone y sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieran”.

interpretar la remisión del art.16.1 Cc a las normas del capítulo IV del Título preliminar con carácter “dinámico” a las propias normas internacionales que han desplazado la solución autónoma, en cuyo caso se aplicarían también a los supuestos puramente interregionales las normas de conflicto contenidas en dichos instrumentos¹¹⁵⁸.

Esta postura puede verse favorecida, además, por la clausula de exclusión de aplicación de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento a los conflictos de leyes internos que, aunque no fue incluida en la Propuesta, sí figura en la Octava versión revisada del texto de la

¹¹⁵⁸ Se trata de una cuestión abierta en la que aunque inicialmente se encontraban importantes argumentos a favor de la interpretación de la remisión dinámica del art.16 CC, en la medida en que la incorporación de un Convenio al ordenamiento jurídico español dependía del legislador español (SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva españolas”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 45, núm. 1, 1993, pp. 131-148; BORRAS, A.: “La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 34, 1995, pp. 282-286, VIRGOS SORIANO, M.: “Artículo 10, apartado 5”, en ALBADALEJO, M. y DIAZ ALABART, S. (dirs.): *Comentarios al Código civil...*, *op. cit.*, pp. 625-628), el hecho de que en la actualidad la unificación del Derecho internacional privado se esté llevando a cabo a través de Reglamentos de la Unión Europea que, en principio, se limitan a “asuntos civiles con repercusión transfronteriza”, obliga a reconsiderar dicha tesis (ZABALO ESCUDERO, E.: “El derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales”, en DELAYGUA FORNER, J., BEILFUSS GONZÁLEZ, C. y VIÑAS FARRÉ, R.: (eds.): *Entre Bruselas y La Haya...* *op. cit.*, p. 900; ID.: “Autonomía de la voluntad, vecindad civil y conflictos de leyes internos”, en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.): *Autonomía de la voluntad...*, *op. cit.*, p. 422; ID.: “Derecho interregional de sucesiones en España”, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, num.54, vol. 2, p. 239; ID.: “El sistema español de derecho interregional”, en FONT I SEGURA, A. (ed.): *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier libros jurídicos, 2011, p. 29 y ID.: “La remisión a ordenamientos plurilegislativos en materia sucesoria”, en VIÑAS, R. y GARRIGA, G. (coords.): *Perspectivas del derecho sucesorio en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 154-155).

Propuesta¹¹⁵⁹. Esta clausula, que en ningún caso significa obligatoriedad por parte de los jueces españoles de no aplicar el Reglamento a los conflictos puramente interregionales, más bien parece significar más bien lo contrario, es decir, el juez de un Estado miembro podría aplicar el Reglamento a este tipo de supuestos, pues el texto legal no se lo impide¹¹⁶⁰.

Así pues, puede concluirse que la Octava versión revisada del texto de la Propuesta asegura, en el peor de los casos, que la aplicación del derecho civil común o foral o especial se produzca siempre en virtud del Derecho interregional español, mediante el empleo del método “subsidiario” y, en el mejor de ellos, garantiza la unidad conflictual de soluciones a los supuestos puramente interregionales e internacionales a través de la inclusión de una clausula que “invita” a los Estados miembro a aplicar el Reglamento a todo tipo de situaciones. Todo ello favorece la certeza y la seguridad jurídica pero no hace sino poner de relieve la más que urgente reforma del sistema de Derecho interregional español¹¹⁶¹, pues

¹¹⁵⁹ Sobre la conveniencia de haber establecido una cláusula de salvaguardia del Derecho interregional ante el aumento de competencias comunitarias, véase ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “Los Tratados de Ámsterdam y Niza: su incidencia en la codificación del Derecho interregional desde la perspectiva del Derecho civil vasco”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, p. 329-330.

¹¹⁶⁰ BORRAS, A.: “Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el dret interregional del futur?”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 109, núm. 4, 2010, p. 61: “...cal considerar que tots els textos convencionals i comunitaris s’ocupen de destacar que l’Estat plurilegislatiu «no està obligat» a aplicar els instruments esmentats als conflictes purament interns, però tampoc no és, per tant, impossible fer-ho si es vol, cosa que, atesa la mobilitat de les persones, és una solució positiva que dóna solució idèntica a ambdós tipus de supòsit”. *Vid.*, también FONT I SEGURA, A.: “Una nova etapa pel dret interterritorial?”, en FLORENSA I TOMÀS, C. (dir.) y FONTANELLAS MORELL, J.M. (coord.): *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 567-577.

¹¹⁶¹ La necesaria reforma del Derecho interregional no ha sido abordada en la tesis doctoral por exceder del estricto objeto de análisis. En cualquier caso, resulta conveniente

sólo así la plurilegislación no será objeto de desconfianza e inseguridad para los ciudadanos de la Unión Europea, sino símbolo de la riqueza jurídica y cultural de los Estados que la forman.

B. Remisión a ordenamientos plurilegislativos de base personal

Como se ha indicado en la introducción de este epígrafe, la plurilegislación no se limita a los supuestos de territorios con leyes distintas dentro de un mismo Estado, sino que también puede referirse a los sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a distintas personas en materia de régimen económico matrimonial. Los conflictos interpersonales de leyes cubren, principalmente, dos tipos de situaciones, según la pertenencia de un individuo a una determinada comunidad se base en la religión o etnia¹¹⁶².

informar al lector que la denuncia del actual sistema y reclamo de reformas no es nueva, pudiendo remontarse a 1946, cuando se celebró el Congreso de Derecho civil de Zaragoza y donde se solicitó la “promulgación urgente de una ley de carácter general que resuelva los problemas de Derecho interregional que surgen de la coexistencia de diferentes regímenes civiles en España”. Sobre este punto, con carácter más reciente, puede consultarse, BORRAS, A.: “El derecho interregional: realidades y perspectivas”, en FLORENSA I TOMÀS, C.E (dir.) y FONTANELLAS MORELL, J.M. (coord.): *La codificación del derecho civil de Cataluña...*, op. cit., pp. 554-574, GINEBRA MOLINS, M.E.: “El veinatge civil: regulació, reforma i alternatives com a punt de connexió”, en FONT I SEGURA, A. (ed.): *La aplicación del derecho civil catalán...*, op. cit., pp. 31-50, GARAU JUANEDA, L.: “La necesaria depuración del derecho interregional español”, en *Ibidem*, pp. 98-100, ZABALO ESCUDERO, E.: “Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos”, *Diario La ley*, núm. 7847, 27 de abril de 2012 y PARRA RODRÍGUEZ, C.: “La revisión del Derecho interregional español: un análisis desde los principios generales del derecho que inspiran la reforma”, en DELAYGUA FORNER, J., BEILFUSS GONZÁLEZ, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (eds.): *Entre Bruselas y La Haya...* op. cit., pp. 653-669.

¹¹⁶² PARISOT, V.: “Article 15”, en CORNELOUP, S. y BORRAS RODRÍGUEZ, A. (eds.): *Droit européen du divorce...*, op. cit., pp. 648-651.

1) En el primero de los casos se está haciendo referencia, especialmente, a los Estados en los que existen distintas comunidades confesionales que obedecen a las reglas religiosas que le son propias. Además, esta diversidad de leyes confesionales se puede acompañar, en algunos casos de una pluralidad de jurisdicciones confesionales.

2) Por otro lado, la pertenencia de un individuo a una determinada etnia cubre, en particular, los supuestos de aquellos Estados que fueron colonizados por los Estados europeos o sometidos a su protectorado, pero que “mantuvieron” las costumbres indígenas cuando consiguieron su total independencia.

La Propuesta de Reglamento no contiene ninguna clausula que resuelva la remisión a ordenamientos plurilegislativos de base personal. Esta ausencia, sin embargo, se encuentra resuelta en la Octava versión revisada, que incorpora un modelo de remisión indirecta, en virtud del cual habrá que atender primero al sistema jurídico o conjunto de normas determinado por las normas vigentes en cada Estado, y en su defecto, al bloque normativo con el que los cónyuges tuvieran una vinculación más estrecha, que en estos casos será precisamente la pertenencia a una etnia, raza o religión.

3.4. La ley aplicable a la oposición a terceros del régimen económico matrimonial

La ley aplicable al régimen económico matrimonial no es una cuestión que sólo interese a los cónyuges, sino también a los terceros que

contratan con ellos, pues de ello va a depender el régimen de afección de propiedades en un posible litigio que surja entre ellos.

El legítimo interés de los terceros por conocer el régimen económico matrimonial de la persona con la que contratan no ha venido acompañado, al menos hasta la actualidad, de garantías suficientes. Así, la existencia de distintos sistemas de publicidad entre los Estados miembro y la divergente y, en ocasiones, incompleta respuesta de las normas de conflicto autónomas de los Estados miembro son los factores que explican que, tradicionalmente, este fenómeno se haya visto rodeado de una enorme inseguridad jurídica.

Como se ha analizado, la Propuesta de Reglamento otorga a los cónyuges un amplio poder discrecional basado en la posibilidad de elegir de entre varios derechos estatales aquel que deseen para regular su régimen económico matrimonial. Dicha posibilidad se extiende a lo largo de la vida matrimonial, pudiendo modificarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Pues bien, bajo determinadas circunstancias, esta autonomía de la voluntad conflictual puede ser perjudicial para los terceros que contratan con los cónyuges, al dificultar la tarea de averiguación del concreto régimen económico matrimonial bajo el que están casados los cónyuges con los que contrata. Junto a ello, incluso cuando los cónyuges no hayan realizado pactos o capitulaciones matrimoniales, en ocasiones, resulta igualmente costoso para el tercero conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial determinada en virtud de las conexiones objetivas, al carecer de información respecto

de las circunstancias personales de los cónyuges que conducen a la aplicación de un régimen económico matrimonial u otro.

No cabe duda, en consecuencia, de que los terceros que contratan con personas casadas asumen, como punto de partida un riesgo muy elevado, pues pueden ignorar, *a priori*, el régimen económico matrimonial del sujeto casado. La apariencia de solvencia económica que pueden generar determinados matrimonios, así como la incorrecta consignación del régimen económico matrimonial y los problemas que ello puede ocasionar en una futura enajenación, e incluso en un supuesto de embargo de la propiedad, no son sólo sino algunos de los problemas que pueden presentarse en la práctica¹¹⁶³. A ellos hay que añadir los defectos estructurales de los distintos sistemas de publicidad y la inscripción en Registros extranjeros. La cuestión de la ley aplicable a la oponibilidad terceros del régimen económico matrimonial reviste pues de gran importancia y requiere de una respuesta clara y sencilla del legislador de la Unión Europea.

La Propuesta de Reglamento trata esta cuestión en el art.35, inspirándose claramente en el art.9 del Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales y estableciendo como regla general que la ley designada por las normas de conflicto del Reglamento no sólo regula las relaciones *inter* cónyuges, sino también con los terceros. Ello implica, en consecuencia, que corresponde al tercero la difícil tarea de averiguar no sólo la ley aplicable, sino también el concreto

¹¹⁶³ DIAGO DIAGO, M.P.: “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho internacional privado español”, *Boletín de información del Ministerio de justicia*, núm.2067-2068, 2008, p. 2764.

régimen económico matrimonial que resulta de aplicación, lo que, evidentemente, les deja en una posición ciertamente desfavorecedora. Para mitigar dicho efecto, se deja a los Estados miembro la facultad de prever, en relación con los negocios jurídicos celebrados entre cónyuges y un tercero residentes en su territorio, que un cónyuge sólo podrá invocar la ley aplicable al régimen económico matrimonial si se han cumplido las condiciones de publicidad o si se demuestra la mala fe del tercero, es decir, que omitió que conocía la ley aplicable al régimen económico matrimonial¹¹⁶⁴. En este sentido, se exige a los Estados miembro que decidan acogerse a esta regla comunicar a la Comisión sus disposiciones nacionales relativas a la oponibilidad frente a terceros (art.37.1.a) Propuesta de Reglamento).

La solución de la Propuesta de Reglamento en relación con los terceros, que aparentemente puede resultar satisfactoria por su brevedad, deja, sin embargo, entrever más sombras que luces. En primer lugar, “consolida” una desigual aplicación de la Propuesta de Reglamento, al facultar a cada Estado miembro el exigir que se cumplan las medidas de publicidad de su derecho interno –tanto las normas de derecho sustantivo

¹¹⁶⁴ En relación con la interpretación de “conocía o debía conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial” del art.35 de la Propuesta de Reglamento, existen dudas de si se refiere a que el tercero sepa que una específica ley extranjera regula el régimen económico matrimonial o resulta suficiente que el tercero “detecte” que resulta de aplicación un derecho extranjero, mas no cuál en concreto. Sobre esta cuestión *vid.*, MARTINY, D.: “The effects of marital property agreements in respect of third parties”, en en VERBEKE, A-L., SCHERPE, J., DECLERK, C., HELMS, T. Y SENAVERE, P. (eds.): *Confronting the frontiers of family law and succession law*, Cambridge-Antwerp-Poland, Intersentia, 2012, p. 915.

como las de Derecho internacional privado¹¹⁶⁵ - para que la ley aplicable al régimen económico matrimonial pueda ser invocada. Los cónyuges, por tanto, se verán abocados a distintas medidas de protección dependiendo del tribunal que conozca del asunto. Por otro lado, no aclara la Propuesta de Reglamento qué ordenamiento jurídico regulará la relación de los terceros con los cónyuges en el caso de que un Estado se haya acogido a tal cláusula y no se hayan cumplido las medidas de publicidad y existiera, además, buena fe del tercero.

Los argumentos esgrimidos pueden quizá justificar la distinta regulación ofrecida en la Octava versión revisada y que se mantendrá, casi con toda seguridad, en la redacción definitiva del Reglamento. En virtud de esta nueva disposición, se mantiene la norma general de que la ley que rige la relación entre los cónyuges y los terceros es la ley aplicable al régimen económico matrimonial, pero sometida al requisito de que el tercero conociera o debiera conocer dicha ley. En este sentido, la Octava versión revisada entiende que el tercero conocía o debía conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial en dos circunstancias.

La primera de ella, siempre que dicha ley coincidiera bien con la ley aplicable al negocio jurídico entre el cónyuge o el tercero –que será, presumiblemente, aquella determinada por el Reglamento Roma I-, bien con la ley del Estado en que ambos tengan su residencia habitual¹¹⁶⁶ o,

¹¹⁶⁵ BUSCHBAUM, M. y SIMON, U.: “Les propositions de la Commission européenne...”, *op. cit.*, p. 809;

¹¹⁶⁶ Entre las ventajas de que la ley del Estado de la residencia habitual común de tercero y cónyuge deudor regule su relación jurídica se han apuntado la seguridad jurídica y apariencia de la validez del negocio o el evitar que se aplique la ley que rige el económico matrimonial, que puede tratarse de la ley de un país muy escasamente conectado con el negocio jurídico que se trate (CALVO CARAVACA, A.L. y

tratándose de bienes inmuebles, con la ley del Estado de situación de dicho bien. La segunda posibilidad bajo la cual la ley aplicable al régimen económico matrimonial vincula al tercero, es que se hayan cumplido las condiciones de publicidad determinadas por alguna de las leyes de los Estados a los que se acaba de hacer mención, esto es, ley del Estado que rige la transacción, ley de la residencia habitual común o ley del Estado de situación del bien inmueble.

Por otro lado, no produciéndose estas circunstancias, es decir, no coincidiendo la ley aplicable al régimen económico matrimonial con ninguno de los tres derechos estatales “ofrecidos” y no habiendo el cónyuge cumplido los requisitos de publicidad exigidos por tales ordenamientos jurídicos, entonces la ley que regula la relación entre el tercero y los cónyuges es la ley del Estado que resulta aplicable al negocio jurídico entre ellos –de nuevo, la ley determinada en virtud del Reglamento Roma I-, excepto en los casos relacionados con bienes inmuebles, en cuyo caso se aplicará la ley del Estado en que el bien inmueble está situado o en que los bienes o derechos están registrados.

Como puede observarse, esta cláusula de protección a terceros ofrecida en la Octava versión revisada “corrige” las deficiencias que presentaba la Propuesta de Reglamento al evitar, por un lado, que cada Estado miembro recoja distintas condiciones para oponer la ley aplicable al régimen económico matrimonial y por otro, al indicar la ley que

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Efectos del matrimonio”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (eds.): *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 175).

regulará las relaciones entre los cónyuges y los terceros cuando la ley aplicable al régimen económico matrimonial no coincida con aquellas leyes más previsibles para las partes o estrechamente conectadas con la cuestión de la oponibilidad frente a terceros, así como cuando no se cumplan las condiciones de publicidad impuestas por tales leyes. Esta clausula ofrece un interesante equilibrio entre los intereses de los terceros y los cónyuges, al otorgar un papel protagonista a la ley del Estado de la residencia habitual común y a la ley aplicable a las obligaciones contractuales –ley elegida por ambos (art.3 Reglamento Roma I) o ley de la residencia habitual del vendedor, prestador de servicios, etc. (art.4 Reglamento Roma I)- por lo que merece una valoración muy positiva.

Todo ello no debe dejar pasar por alto que la verdadera solución para mejorar la seguridad jurídica en las relaciones entre cónyuges y terceros debería pasar por la instauración de una Red europea de información que permitiera el acceso de los consignado en los Registros de cada Estado o, en su caso, por la creación de un Registro europeo de régimen económico matrimonial al que accedieran, directamente, los pactos o capitulaciones matrimonial que ya hubieran sido inscritos en los distintos Registros nacionales¹¹⁶⁷. Sin embargo, esta idea ha sido calificada como “prematura”¹¹⁶⁸, pues requiere de dos condicionantes de

¹¹⁶⁷ Vid. reports de STEINWENDTER, H. Y DIEHN, T., de la *Conferencia Clearer patrimonial regimes for international couples*, organizado por el Consejo de notarios de la Unión Europea en Bruselas el 17 de octubre de 2011 sobre *The patrimonial property regimes website Project*.

¹¹⁶⁸ Así lo apuntó la Comisión Europea en el Summary of replies to the Green paper on the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the questions of jurisdiction, mutual recognition, en relación con la pregunta 18 de dicho Libro Verde (COM(2006) 400), referente a la mejora del registro de los regímenes

difícil cumplimiento. El primero de ellos, que existiera en todos los Estados miembro un registro nacional de regímenes económico matrimoniales¹¹⁶⁹, y el segundo de ellos, que se creara una verdadera cultura de formalización de pactos o capitulaciones entre los ciudadanos de los Estados miembro de la Unión Europea¹¹⁷⁰.

En definitiva, cabría afirmar que la cuestión de la ley aplicable a la oposición a terceros del régimen económico matrimonial constituye una comprometida cuestión que ha ido evolucionando a lo largo de la negociación del Reglamento¹¹⁷¹, habiéndose optado en la Octava versión revisada por una solución de consenso, a la vista de actuales condicionantes derivados de la imposibilidad de uniformizar o armonizar el derecho registral en materia de régimen económico matrimonial.

matrimoniales en la Unión y la instauración de un sistema de registro en todos los Estados miembro.

¹¹⁶⁹ Tal y como se analizó en el epígrafe I.2.2.2.5 (Publicidad del régimen económico matrimonial y eficacia frente a terceros), del capítulo I, en algunos Estados como Polonia, o Eslovaquia no se exige específicamente que el pacto o capitulación matrimonial sea inscrito quedando, eso sí, los cónyuges están obligados a informar a los terceros que han otorgado pactos o capitulaciones si quieren que éstas sean oponibles (BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family Law...*, *op. cit.*, pp. 42-46)

¹¹⁷⁰ Todavía sigue siendo bastante infrecuente en la práctica la celebración de pactos o capitulaciones matrimoniales entre cónyuges (*Ibid.*, pp. 102-104).

¹¹⁷¹ *Vid.* report de CARRUTHERS, J.M.: “Free movement of decisions and effects in respect of third parties”, de la Conferencia *Matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships*, organizada en Nicosia el 9 de octubre de 2012 por la Comisión Europea y ERA.

4. Valoración global de la Propuesta de Reglamento

El análisis efectuado en torno a la Propuesta de Reglamento puede valorarse desde dos puntos de vista. El primero de ellos se ciñe a los aspectos puramente técnicos del texto legal, en el sentido de examinar la calidad de las disposiciones de los tres sectores de Derecho internacional privado y su interrelación con los restantes instrumentos de Derecho de familia y sucesiones (1). Por otro lado, interesa averiguar si la Propuesta de Reglamento constituye una solución global y efectiva ante los problemas de *forum shopping*, *law shopping* e incertidumbre e inseguridad jurídica a la que se enfrentan los matrimonios internacionales o si por el contrario, ésta deviene incompleta y requeriría de algún cauce jurídico que la complementara (2).

1) En relación con la primera cuestión, y en particular con el sector de la competencia judicial internacional, se ha evidenciado que la relación entre los procedimientos de régimen económico matrimonial y sucesiones, pone de manifiesto la -en ocasiones, desmedida- influencia que los herederos pueden tener para elegir el tribunal competente de ambas cuestiones cuando el causante ha elegido la ley de su nacionalidad. Paralelamente, la remisión general de la Propuesta de Reglamento al Reglamento sobre sucesiones, permite vislumbrar los problemas de falta de certeza legal y previsibilidad que la aplicación de las disposiciones sobre competencia subsidiaria y *forum necessitatis* pueden causar.

Por otro lado, la relación entre la Propuesta de Reglamento y el Reglamento Bruselas II *bis*, tampoco está exenta de polémica, en especial por la imposibilidad de concentración de asuntos bajo un mismo tribunal cuando del divorcio conozcan los tribunales del art. 3.1.a) incisos cinco y

seis del Reglamento Bruselas II *bis* y también por el impedimento que supone el no poder realizar acuerdos previos de elección de foro en materia de divorcio.

En cuanto al análisis efectuado sobre el ordenamiento regulador de tales situaciones se ha constatado como, en ausencia de autonomía de la voluntad, la fijación del punto de conexión residencia habitual en el momento posterior a la celebración del matrimonio dificulta la conveniencia de que el Derecho de un mismo Estado regule ambas cuestiones, pues la primera de las conexiones objetivas de los Reglamentos sobre sucesiones -residencia habitual al tiempo de fallecimiento- y divorcio -residencia habitual en el momento de presentación de la demanda- se encuentran fijada en otro momento de la relación matrimonial.

Pese a que estos problemas pueden ser mitigados si se elige la ley aplicable, se ha demostrado también como la mayor autonomía de la voluntad que ofrece la Propuesta de Reglamento en comparación con el Reglamento Roma III y, en especial, con el Reglamento sobre sucesiones, obstruye a que algunos matrimonios no puedan elegir las mismas leyes. La situación, empero, deviene distinta en relación con la materia de los alimentos, donde la remisión del Protocolo de La Haya de 2007 a las normas de conflicto de régimen económico matrimonial garantiza que el mismo derecho nacional regule ambas cuestiones.

Por lo que respecta al sector de la validez extraterritorial resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales, ha quedado patente como la Unión Europea todavía se muestra reacia a la supresión

total del *exequatur* en materia de derecho de familia y sucesiones. En este sentido, el régimen de reconocimiento y ejecución es idéntico al existente en el Reglamento Bruselas I, por lo que aparece desfasado en comparación con el Reglamento 4/2009 –al menos en relación con los Estados que forman parte del Protocolo de La Haya de 2007- y con el reciente Reglamento 1215/2012.

La consecuencia directa de todo ello es que el reconocimiento y la ejecución de una resolución en la que, simultáneamente, se dirima sobre todas las consecuencias jurídicas de la disolución del vínculo matrimonial se verá abocada no sólo a la aplicación de distintos Reglamentos, sino también a la de distintos procedimientos.

La octava versión revisada del texto de la Propuesta, cuyo texto ha sido considerado a lo largo del análisis efectuado para comprobar la evolución de los trabajos en la materia, ha solventado ya algunas de las asimetrías descritas, aunque no todas.

Así pues, en el sector de la competencia judicial, se han conservado las normas de la Propuesta en relación con las sucesiones, y por lo que respecta a las crisis matrimoniales se ha previsto también una atribución directa de competencia de los tribunales designados en virtud del Reglamento Bruselas II *bis*, con excepción de los incisos cinco y seis del art.3.1a), en los que todavía se exige el consentimiento de ambos cónyuges.

Por otro lado, la ley aplicable ha mantenido en su gran mayoría el núcleo básico de la Propuesta –mismas conexiones objetivas y prácticamente idéntico grado de autonomía de la voluntad-, si bien se han mejorado las disposiciones referentes a los requisitos formales de los

acuerdos de elección de ley o contrato matrimonial, la remisión a ordenamientos plurilegislativos y la protección de terceros.

En lo que respecta al sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones, no altera la Octava versión revisada la necesidad de obtención de declaración de ejecutividad, aunque lo hace ofreciendo una regulación autónoma y “evitando” la técnica de remisión al Reglamento 44/2001 lo que ha permitido, en consecuencia, ofrecer una redacción más clara de sus disposiciones.

En definitiva, puede concluirse que la Propuesta de texto unificado sobre régimen económico matrimonial, con ya tres años y medio de antigüedad, y sucesivos borradores de la misma, está llamado a ser el último instrumento del proceso de europeización del Derecho internacional privado de familia y sucesiones. Si finalmente la versión definitiva del Reglamento –que presumiblemente no se espera hasta finales de 2015¹¹⁷²– mantiene el contenido y la estructura de la Octava versión revisada, podrá concluirse que se habrá gestado un texto de alta calidad técnica y que merece una valoración global positiva. Los mayores problemas, tal y como se ha demostrado vendrán referidos a un problema intrínseco a la propia creación de nuevos Reglamentos en materia de

¹¹⁷² Consejo de la Unión Europea. Estado de los trabajos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales y de la Propuesta del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, de 24 de noviembre de 2014, 15888/1/14 JUSTCIV 304, donde parece sugerirse que el “retraso” en la presentación del Reglamento de régimen económico matrimonial proviene de su tramitación paralela con el Reglamento en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

derecho de familia y sucesiones, como es la propia coordinación entre ellos y la distancia temporal que separa su elaboración.

2) Junto a ello, tal y como se anunció en la introducción conviene valorar si los problemas detectados en el capítulo 3 –*forum shopping*, *law shopping* e incertidumbre e inseguridad jurídica- se resolverán cuando sea de aplicación el Reglamento de régimen económico matrimonial.

A) En relación con el *forum shopping*, recuérdese que se parte de una situación en la que cada Estado miembro aplica sus propias normas de conflicto. Ello puede conducir a situaciones en las que el cónyuge más informado, en ausencia de previo acuerdo de elección de ley, presente la demanda ante los tribunales de un Estado miembro cuyas normas de conflicto conduzcan al derecho que mejor satisfaga sus intereses, que en la materia que se está analizando, consiste en la aplicación de un determinado régimen económico matrimonial secundario, en particular, el régimen legal del Estado miembro designado por la norma de conflicto. Pues bien, mediante la unificación conflictual que propone el Reglamento, unida a la de los criterios de competencia judicial internacional se consigue evitar dicho fenómeno, pues conozca el tribunal que conozca de un determinado asunto de régimen económico matrimonial, el derecho material que aplique será siempre el mismo.

B) Por lo que respecta al *law shopping*, no cabe duda de que un homogéneo grado de la autonomía de la voluntad conflictual evitaría que los cónyuges tuvieran que desplazarse a otros Estados miembro cuyas autoridades les permitieran “comprar” el derecho estatal que desearan, pues tal posibilidad estará disponible, dentro de los

mismos límites, en todos los Estados miembro en los que será de aplicación el Reglamento.

C) Como reverso de estos dos problemas que tienen en común el hecho de provenir de una posición activa de, al menos, uno de los cónyuges, la pluralidad normativa, más allá generar posibles ventajas para los ciudadanos que podrían ampararse en aquel ordenamiento que más les beneficiara o ajustara a sus expectativas, implica en la mayoría de los casos un importante coste económico y temporal derivado de la incertidumbre e inseguridad jurídica. Matrimonios conectados con distintos Estados –miembro o no-, y que se enfrentan a normas de conflicto polimorfas –en particular, normas de conflicto cuyo primer punto de conexión es la nacionalidad, frente a otras en las que lo es la residencia habitual- y que en ocasiones adolecen de cierta calidad técnica –en espacial, cuando el punto de conexión no se encuentra fijado en la norma de conflicto- dibujan un panorama que puede resultar desolador.

En aras de evitar dicha situación, la Propuesta de Reglamento, al introducir normas de conflicto comunes en materia de régimen económico matrimonial ya reduce, como punto de partida la incerteza legal, pues los ciudadanos de la Unión Europea se verán siempre abocados a la aplicación de las mismas normas, no sólo de ley aplicable, sino también de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución.

En definitiva, puede concluirse que la Propuesta de Reglamento mitiga en buena medida los problemas descritos a través de la unificación de las normas de conflicto y, por tanto, superando la diversidad normativa conflictual descrita en el capítulo 2. Sin embargo, ello ofrece únicamente una solución parcial, pues recuérdese que el panorama actual estaba caracterizado no sólo por el hecho de que cada Estado miembro aplicaba sus propias normas de conflicto en materia de régimen económico matrimonial, sino también por la heterogeneidad del derecho sustantivo, esto es, la existencia en cada Estado miembro de distintos regímenes económico matrimoniales rodeados de peculiaridades, tal y como se evidenció en el capítulo 1. Por tanto, la solución global y definitiva, y que actuaría como complemento de la unificación de las normas de Derecho internacional privado, consistiría en el ofrecimiento de soluciones jurídicas desde el punto de vista material de los regímenes económico matrimoniales.

III. Soluciones introducidas en el plano material: El régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional

Como se ha puesto de relieve a lo largo de toda la investigación, la Unión Europea carece de competencia para unificar y/o armonizar el derecho sustantivo de familia de los Estados miembro, por lo que, *a priori*, la única herramienta jurídica de la que ésta dispondría para mitigar los problemas descritos sería la unificación de las normas de Derecho internacional privado.

Consecuencia directa de lo anterior sería que, a corto plazo, el escenario jurídico del régimen económico matrimonial en la Unión

Europea vendría caracterizado por la superación de la distinta regulación desde el punto de vista conflictual, a la que se hacía mención en el capítulo 2, y por la persistente existencia de distintos regímenes económico matrimoniales secundarios, tanto convencionales como legales, de acuerdo con lo analizado en el capítulo 1.

Sin embargo, más allá de la armonización o unificación de los regímenes económico matrimoniales en sentido estricto –conseguir que los regímenes económico matrimoniales de los Estados miembro converjan y se asemejen cada día mas o que éstos sean idénticos, respectivamente- existe una vía alternativa, que merece ser tenida en cuenta como complemento de la unificación conflictual, consistente en la creación de un régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional, y que está llamada a constituir el futuro panorama de esta materia en la Unión Europea.

El régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional consistiría en la creación un cuerpo completo de normas sustantivas materializadas en el diseño y regulación de uno o varios regímenes económico matrimoniales elaborados por el legislador de la Unión Europea. Los cónyuges podrían escoger este régimen económico matrimonial como una posibilidad más junto con los regímenes ofrecidos por el legislador nacional de cada Estado miembro.

Se trataría de una opción que ni sustituiría ni pretendería armonizar el derecho sustantivo de los Estados miembro¹¹⁷³ -dado que además la Unión Europea carece de potestad para ello-, sino que simplemente procuraría ofrecer un régimen económico matrimonial alternativo junto a los ya existentes en cada Estado miembro¹¹⁷⁴. La creación de este régimen supondría que, al no atentarse contra la cultura, tradición y costumbres propias del derecho sustantivo de cada Estado miembro, se esperaría un fuerte apoyo por parte de las autoridades políticas¹¹⁷⁵. Este régimen económico matrimonial, además, presentaría la ventaja de no ser tratado como derecho extranjero, siendo válido y perfectamente reconocido en todo el territorio de la Unión Europea¹¹⁷⁶.

Lo cierto es que la idea de establecer un régimen económico matrimonial internacional facultativo para los cónyuges no es nueva, sino que data de 1995, cuando en el seno de la 3ª Conferencia europea de derecho de familia celebrada en Cádiz, Anders Agell¹¹⁷⁷ propuso la construcción de un sistema alternativo de reglas para regular las relaciones

¹¹⁷³ BOELE-WOELKI, K. y JÄNTERÄ JAREBORG, M.: “Initial results of the CEFL in the field of property relations between spouses”, en BOELE-WOELKI, K., MILES, J. y SCHERPE, J. (eds.), *The future of family...*, *op. cit.*, p. 56: ...we have to keep in mind that the harmonization of the different national matrimonial property regimes is not the primary aim of an optional European matrimonial property regime. Rather the aim there is to provide a tailor-made optional regime for spouses with cross-border links”.

¹¹⁷⁴ AGELL, A.: “The division of property upon divorce from a European perspective”, en AA.VV: *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klien: droit compare des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruselas, 1998, p. 20: “...the aim should not be, however, to unify the plethora of property systems that exists today. Such a task would be quite impossible. Instead, one should try to find a convincing legal policy which then can be developed into a coherent set of rules”.

¹¹⁷⁵ Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema: El 28º régimen – Una alternativa para legislar menos a nivel comunitario (DO C 21 de 21 de enero de 2011), punto 1.10. c).

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, punto 1.10. e).

¹¹⁷⁷ AGELL, A.: “The division of property...”, *op. cit.* p. 20.

patrimoniales de las parejas internacionales. Desde entonces, otros autores¹¹⁷⁸, y con mucha fuerza en el Instituto Asser¹¹⁷⁹, se han adherido a esta idea, si bien todo este movimiento no ha llegado a fructificar en el ofrecimiento de un concreto régimen económico matrimonial, sino que se ha quedado mas bien en una declaración de intenciones, en una propuesta muy atractiva pero excesivamente complicada.

Sin embargo, recientemente, el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales¹¹⁸⁰ ha propuesto la creación de un régimen europeo facultativo en materia de régimen económico matrimonial, por lo que cuestiones como la potencial competencia de la Unión Europea para su creación, el instrumento jurídico utilizado, su ámbito de aplicación, el régimen ofrecido o la interacción con las normas de Derecho internacional privado, revisten de enorme actualidad.

1) El primer punto que cabría plantearse es si los poderes de acción de la Unión Europea permiten la creación de un régimen económico matrimonial que pudiera ser elegido por las partes junto con los regímenes contenidos en las legislaciones nacionales, para lo cual podrían articularse

¹¹⁷⁸ VERBEKE, A.: “Perspectives for an international marital contract”, *Maastricht journal of European comparative law*, vol.8, núm. 2, 2011, pp. 189–200; MARTINY, D.: “Is unification...”, *op. cit.*, p. 444; BOELE–WOELKI, K.: *Unifying and harmonizing...*, *op. cit.*, pp. 214–216; DETHOLFF, N.: “Arguments for the unification...”, *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁷⁹ TMC Asser Institute/Département de droit international UCL, *Etude sur les régimes matrimoniaux...*, *op. cit.*, JAI/A3/2002/03, p. 56.

¹¹⁸⁰ COM (2011) 126 final – 2011/0059 (CNS), puntos 1.4 y 2.12.

distintas vías que justifiquen la competencia de la Unión Europea para llevar a cabo tal novación normativa.

Una de las posibilidades para fundamentar la creación de tal régimen sería el art. 81.1 TFUE, en virtud de la competencia de la Unión Europea para el desarrollo de la cooperación judicial civil en asuntos con repercusión transfronteriza. Además la creación de este régimen no vulneraría los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹¹⁸¹. No obstante, de la lectura del art. 81.2.c) TFUE se deduce que la cooperación judicial se circunscribe al plano conflictual y no al sustantivo, por lo que el régimen económico matrimonial europeo, como instrumento de carácter material, difícilmente encontraría su fundamentación en este precepto¹¹⁸².

El art. 114 TFUE sobre la “*aproximación de las legislaciones nacionales*”, para asegurar el buen funcionamiento del mercado interior (art. 26 TFUE), sería otra posibilidad, pues al fin y al cabo, si la Unión Europea tiene competencia para aproximar las disposiciones nacionales de los Estados miembro, con mayor motivo debería poder ofrecer un instrumento facultativo, que menos interfiere aun en la idiosincrasia del legislador nacional¹¹⁸³. El precepto, que ha sido la base legal que ha justificado la Propuesta de Reglamento de compraventa europea¹¹⁸⁴, sin embargo, parece referirse implícitamente a las Directivas comunitarias,

¹¹⁸¹ BOELE WOELKI, K.: “Cross-border relations in Europe...”, *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁸² HESSELINK, M., RUTGER, J. y DE BOOYS, T.: “The legal basis for an optional instrument on European contract law”, *Centre for the study of European contract law*, working paper series nº 2007/04, p. 7.

¹¹⁸³ *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema: El 28º régimen – Una alternativa para legislar menos a nivel comunitario” (DO C 21 de 21 de enero de 2011), punto 3.3.3.

¹¹⁸⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM (2011) 635 final).

instrumento comunitario que resulta inapropiado para los fines que se pretenden conseguir¹¹⁸⁵, pues la “aproximación de legislaciones nacionales” no se corresponde con la idea de creación de un régimen opcional, dado que las diferencias entre los distintos regímenes económico matrimoniales en los Estados miembro seguirían persistiendo.

Quizás la base legal más apropiada podría encontrarse en el art. 352 TFUE, en virtud del cual siempre que los Tratados no hayan otorgado los poderes de actuación necesarios a la Unión Europea para asegurar el buen funcionamiento del mercado interior, el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión Europea y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá tomar las medidas oportunas¹¹⁸⁶. Aunque esta disposición es ciertamente abstracta o imprecisa y establece expresamente que la medida adoptada debe ser necesaria para asegurar el buen funcionamiento del mercado interior –y cabría plantearse si la creación de un régimen matrimonial lo es¹¹⁸⁷-, lo cierto es que otros instrumentos unificados de derecho privado en la Unión Europea –Reglamento de marca comunitaria¹¹⁸⁸, Reglamento sociedad europea¹¹⁸⁹, etc.- se han fundamentado en el art.352 TFUE, por lo que no resultaría extraño que el régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional optara de nuevo por esta vía.

¹¹⁸⁵ HESSELINK, M., RUTGER, J. y DE BOOYS, T.: “The legal basis...”, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 8.

¹¹⁸⁷ PINTENS, W.: “Europeanisation of family...”, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁸⁸ Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo de 26 de febrero de 2009 sobre la marca comunitaria (DO L 78/1 de 24 de abril de 2009).

¹¹⁸⁹ Reglamento del Consejo (CE) n° 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DO L 294 de 10 de noviembre de 2011)

2) Otra cuestión de enorme relevancia por lo que respecta a la creación de un régimen económico matrimonial sería el instrumento jurídico que se utilizara, pudiéndose destacar con carácter protagonista dos opciones: El Convenio internacional y el Reglamento de la Unión Europea.

El primero de ellos consistiría en un Acuerdo, no sólo entre varios Estados miembro sino, en su caso, también con terceros Estados, en el que se ofreciera un concreto régimen económico matrimonial de carácter opcional. Esta opción, lógicamente, trascendería de los poderes de acción de la Unión Europea y sería fruto de la cooperación jurídico-política de varios Estados. El Acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial, de acuerdo con lo analizado en el capítulo 3, constituye un buen ejemplo de ello. Por su parte, la vía del Reglamento supondría seguir el procedimiento legislativo de la Unión Europea, con todos sus pros y sus contras y se trataría de una opción que no resultaría “nueva” en el proceso de unificación del derecho privado, sobre el que ya se dispone de varios Reglamentos.

Teniendo en cuenta que una de las posibles razones de la falta de éxito del Acuerdo Franco-alemán está siendo, precisamente, su gestación por la vía intergubernamental y no bajo la supervisión de un organismo como la Unión Europea, y que la creación de regímenes económico matrimoniales mediante la vía convencional puede potenciar una *race of unification models*¹¹⁹⁰, en la que diferentes Estados ofrezcan distintos

¹¹⁹⁰ FÖTSCHL, A.: “The common optional matrimonial property regime...”, *op. cit.*, p. 403: “...from a broader perspective, there is a far greater danger than non-accession, namely the chaos that would ensue if other States were minded to follow the French-

regímenes económico matrimoniales, puede concluirse que la opción por el Reglamento de la Unión Europea resulta la más conveniente. Paralelamente, y con la excepción del cooperación reforzada Reglamento Roma III, puede concluirse que en materia de derecho de familia y sucesiones las acciones legislativas de la Unión Europea, si bien referidas al Derecho internacional privado, tienen buena acogida entre los Estados miembro.

3) Fundamentada la competencia de la Unión Europea para su creación y habiendo elegido el instrumento jurídico más apropiado que lo contenga –el Reglamento–, otra cuestión de gran interés sería el ámbito de aplicación del régimen económico matrimonial europeo, debiendo optarse por una fórmula *opt in* –que los cónyuges elijan expresamente el régimen económico matrimonial europeo– u *opt out* –que el mismo resultara de aplicación automática y fueran las partes quienes decidieran expresamente excluir su aplicación, pues dicho régimen se aplicaría directamente cuando las normas de derecho internacional privado remitieran al derecho de un Estado miembro–¹¹⁹¹.

Aunque una fórmula de exclusión expresa de su aplicación garantizaría un mayor protagonismo del instrumento unificado, la primera

German example and create their own bilateral solutions, which could even compete with the COMPR for accessions”.

¹¹⁹¹ Como por ejemplo, el Convenio de Viena de 1980, sobre la compraventa Internacional de mercaderías, que en su art. 6 establece “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención...”. Sobre la relación *opt in* y *opt out* en la Propuesta de Reglamento de compraventa europea, *vid.* MAGNUS, U.: “CISG AND CESL”, en BONET, M.J., HOLLE, M-L. y NIELSEN, P.A. (eds.): *Liber amicorum Ole Lando*, Djøf Publ, Copenhagen, 2012, pp. 226-255 y HESSELINK, M: “How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission’s Proposal for a Regulation”, *European review of private law*, núm. 1, 2012, pp. 195-212.

de las opciones se plantea más realista, pues la opción del *op out* supondría una “cesión” casi absoluta de todos los Estados miembro en materia de régimen económico matrimonial para aquellos matrimonios internacionales que no pactaran un régimen económico matrimonial previsto en su legislación nacional¹¹⁹². Lo anterior viene justificado por el hecho de que, en el momento presente, el derecho de familia continúa estando estrictamente conectado con la cultura, tradición e identidad de cada Estado, y en un primer paso del proceso de unificación y armonización de los regímenes económico matrimoniales la opción del *opt in* es la menos lesiva para los Estados miembro.

4) Sin duda, otra de las cuestiones esenciales sería el concreto diseño del régimen económico matrimonial a ofrecer, pues la eficacia y éxito del mismo vendría, en gran medida, motivada por lo atractivo que régimen pudiera resultar para los ciudadanos de la Unión Europea. El nuevo régimen económico matrimonial podría tratarse, o bien del régimen económico matrimonial legal aplicable en la mayoría de los Estados miembro, o bien ser uno totalmente nuevo.

La primera de las opciones vendría a emplear el método *common core*¹¹⁹³ en virtud del cual el régimen económico matrimonial europeo debería representar la opción común entre los distintos ordenamientos jurídicos de la Unión Europea y, por tanto, adoptar la forma de régimen

¹¹⁹² BOELE-WOELKI, K.: *Unifying and harmonizing...*, *op. cit.*, pp. 133–134: “If the European uniform law were to be applicable automatically in clearly prescribed situations, the *opt out* approach potentially would have the potential to set aside domestic substantive law unless parties were to agree on the contrary”.

¹¹⁹³ ANTOKOLSKAIA, M.: “The better law...”, *op. cit.*, p. 160: “The common core method seems easiest to use because it makes justifying the choice of a particular rule very simple: the rule has been chosen merely because it represents a majority of jurisdictions”.

comunitario, al tratarse del régimen aplicable a falta de autonomía de la voluntad en la mayoría de los Estados miembro, tal y como ha quedado demostrado en el capítulo 1. La opción por la creación de un régimen comunitario garantizaría, en cierta medida, una buena aceptación entre los ciudadanos de los Estados miembro, al poder acogerse a un régimen al que ya están acostumbrados.

Por otro lado, la creación de un régimen económico matrimonial “nuevo”, fruto del estudio de las ventajas e inconvenientes de los distintos regímenes previstos en cada Estado miembro, emplearía el método *better law*, que representaría la opción más apta y adecuada de entre todos ellos, aunque sea residual¹¹⁹⁴. Algunos autores han sostenido que para el diseño de un régimen económico matrimonial fundamentado en este método deben valorarse varios intereses: el respeto de la independencia de los cónyuges durante el matrimonio –tendente a un régimen separatista– y la solidaridad entre los esposos –favorecedora de los regímenes de comunidad–¹¹⁹⁵. Así pues, este grupo de autores considera que el régimen económico matrimonial europeo debería estar basado en un régimen de participación que, a efectos prácticos, funciona como separatista durante la vigencia del matrimonio y como comunitario cuando se produce la disolución del vínculo matrimonial.

¹¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 162: ...select the better rule among the diverging rules existing in the national jurisdictions, or to engineer a better rule if no existing solution seems satisfactory”.

¹¹⁹⁵ VERBEKE, A.: “Perspectives for an international...”, *op. cit.*, pp. 189–200; BRAAT, B.: “Matrimonial property...”, *op. cit.*, pp. 245–250 y BOELE–WOELKI, K.: BOELE–WOELKI, K.: “Property relations of international couples in Europe: the interaction between unifying and harmonizing instruments”, en AA.VV: *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, Bielefeld, Giesecking, 2011, p. 72.

Sin embargo, más allá de tener que escoger entre uno u otro tipo de régimen económico matrimonial –comunitario o de participación–, la opción más lógica consistiría en ofrecer ambos, pues habiéndose optado por un ámbito de aplicación basado en el *opt in* –que exige una elección expresa por parte de los cónyuges–, nada impediría que fueran dos los regímenes ofrecidos y no uno. Para ello, sería muy recomendable que el legislador de la Unión Europea se inspirara, de acuerdo con lo analizado en el capítulo 3, en parte del trabajo elaborado por la CEFL en relación con los Principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, en los que, precisamente, se diseña un régimen económico matrimonial de tipo comunitario y otro de participación, teniendo presentes las particularidades y singularidades de los regímenes económico matrimoniales de los ordenamientos jurídicos europeos¹¹⁹⁶.

5) La última cuestión que cabría plantearse en torno al diseño de un régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional sería su interacción con las normas de Derecho internacional privado. Para ello, y tal y como se debatió en torno a la creación del Reglamento de compraventa europeo, se plantea la opción de considerar el nuevo texto jurídico como un “régimen 29º” o como un “segundo régimen nacional”¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁶ BOELE WOELKI, K.: “Why and how to accommodate and optional European family law”, en AA.VV: *Festschrift für Dieter...*, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁹⁷ PALAO MORENO, G.: “El marco común de referencia como sistema opcional 28º: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional Privado”, en DE PAULA BLASCO GASCO, F. (coord.): *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1905-1922.

La primera alternativa, esto es, que el nuevo régimen económico matrimonial fuese el “régimen 29º”, necesitaría de una concreta provisión en la norma de Derecho internacional privado que permitiese elegir este concreto régimen económico matrimonial junto con el resto de ordenamientos jurídicos nacionales. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado de la Unión Europea, sería necesario el establecimiento en el Reglamento de régimen económico matrimonial de una cláusula similar al Considerando 14 del Reglamento Roma I, que prevé que las partes pueden optar por el derecho contractual material europeo, o bien, o el ofrecimiento expreso del régimen económico matrimonial europeo entre el abanico de ordenamientos jurídicos disponibles, como si de una ley más se tratara.

A la vista de la redacción de la Propuesta de Reglamento y de las versiones modificadas de la misma, y en particular del contenido de la Octava versión revisada, puede afirmarse que, de crearse el régimen económico matrimonial europeo, probablemente lo haría adoptando la forma de un segundo régimen nacional, como ha ocurrido con el Reglamento de compraventa europeo. En virtud de ello, el acuerdo de sometimiento al régimen económico matrimonial supondría elegir entre dos *corpus* diferentes de régimen económico matrimonial dentro del mismo ordenamiento jurídico, el estatal y el elaborado por el legislador de la Unión Europea. Con esta opción, las normas previstas en el Reglamento de régimen económico matrimonial en nada se verían alteradas, pues la elección del régimen económico matrimonial sería una elección de derecho material, en sentido estricto, que dependería de la previa

designación por las normas de conflicto del derecho de un Estado miembro.

En definitiva, se propone aquí la creación de un régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional para los ciudadanos de los Estados miembro de la Unión Europea, que resultara de aplicación siempre que éstos lo eligieran expresamente -ámbito de aplicación *opt in*-. Para ello, el legislador de la Unión Europea podría fundamentar su competencia en el art. 352 TFUE, y elaborar un Reglamento que contuviera, dos regímenes económico matrimoniales en sentido material – uno de tipo comunitario y otro de participación-, que bien podrían estar inspirados en los regímenes ofrecidos en los principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales de los cónyuges elaborados por la CEFL. Dicho/s régimen/es, que actuaría/n como un segundo régimen ofrecido junto con los ya existentes en el derecho nacional de cada Estado miembro, podría/n ser elegido/s siempre que el derecho designado por las normas de conflicto fuera el de un Estado miembro. La opción por un “segundo régimen nacional” aseguraría una perfecta coordinación con el estado actual de los trabajos del Reglamento de régimen económico matrimonial, en los que no se hace referencia alguna a la posibilidad de elección de un “29º régimen”.

Puede concluirse que esta solución, si bien es la más complicada, sería la que mejor contribuiría a mejorar la vida diaria de los ciudadanos de la Unión Europea en relación con la organización de sus propiedades en supuestos transfronterizos, pues no debe olvidarse que en esta materia, igual de importante resulta la ley rectora del régimen económico matrimonial, como el concreto régimen que resulta de aplicación.

CONCLUSIONS

The conducted study is based on a characteristic sociological factor of the present day: the increasing internationalization of human and legal relationships. In the European Union, this has been boosted by the free movement of EU citizens, as well as by the increasing immigration of third-state nationals. Without any doubts, this phenomenon has had a direct impact on the increasing number of cross-border marriages, in which spouses are of different nationalities, have acquired different habitual residences or even own assets located in different Member States. However, the European Union legal framework has not yet adequately regulated this social phenomenon. This leads us to the following final statements and recommendations:

I. Concluding statements

First

The coexistence of Civil and Common law legal systems in the European Union gives rise to a legal situation which is characterized by the complexity and the heterogeneity of solutions regarding matrimonial property regimes under substantive law. Nonetheless, it is true that there is a common core between both legal traditions.

In Civil law systems –among which all Member states can be broadly included, with the exceptions of United Kingdom and Ireland– marriage generates a series of economic effects between the spouses, known as matrimonial property regime. It is, however, an ample and inclusive concept covering at least two diverse aspects.

In the first place, it encompasses all those rights and duties of the spouses that have an economic content and refer to a series of primarily financial provisions applicable just because of the existence of the marriage itself, without any possibility for the parties to wave or change them. This group of legal relationships is known as *régime primaire* (primary matrimonial property regime).

Certainly, however, the more important aspect in Civil law systems is the secondary matrimonial property regime, which presents a double typology: those regimes that are agreed upon by the parties, and those so-called legal regimes. In that sense, the first one refers to the possibility of the spouses to organize their assets in accordance with their specific interests, using for that purpose the so-called matrimonial property agreements. However, this option has a limited degree of application in real life. Most of the time, the spouses remain silent with regard to the organization of their matrimonial property regime. This, in turn, leads to the application of legal matrimonial property regimes. These are regimes provided by the law in case the spouses have not expressed any preference with regard to their economic obligations as part of their marriage. These legal regimes, applicable in lieu of an agreement by the parties, can be distinguished into three general groups that coexist within the different European Union Member States: community, participation and separation

regimes, all of which present diverse peculiarities with regard to the composition, administration and distribution of the assets in case of the dissolution of marriage.

Nevertheless, English and Welsh law have traditionally been characterized by the absence of the concept of matrimonial property regime in their legal systems. In English and Welsh Common law, marriage does not produce, *per se*, economic consequences between the spouses, without prejudice to the existence of certain general “minimum” economic rights and duties, such as contributions toward maintenance or protection of the family dwelling. In these legal systems, the real economic effect of the marriage is produced at the time of divorce or death of one of the spouses, giving rise to different scenarios depending on whether the spouse or spouses have made use of their private autonomy.

When marriage is terminated because of divorce, the courts distribute the spouses’ assets and decide on other economic consequences, mainly on maintenance obligations following ample discretionary criteria. However, it is also true that the courts have assigned growing importance to marital agreements in order to determine the economic effects of marital breakdown. This allows us to conclude that the spouses can design and apply more suited solutions to their specific situation.

When the death of a spouse terminates marriage, English and Welsh law apply different rules, depending on whether intestate or testate succession applies. In case of intestate succession, certain assets are assigned automatically to the surviving spouse. By contrast, in case of a will, the private autonomy of the testator prevails in England and Wales. Only exceptionally, the surviving spouse receives a portion of the assets of

the deceased, provided that it is clearly demonstrated that the will or the result of the implementation of the provisions of intestate succession does not provide in sufficient for the needs of the surviving spouse.

In spite of the differences, there is a common core of both systems - Civil and Common law-, which regards the following three aspects.

First, there is a series of provisions with an economic content, which apply in connection with marriage and can be found in both legal systems, such as the economic independence of the spouses, the solidarity principle and the protection of the family dwelling.

On the other hand, there are important parallels between matrimonial property agreements in the Civil law systems and the marital agreements of the English and Welsh Common law, even if it is true that the purpose of the two types of agreements and the degree to which they are binding are different. Matrimonial property agreements may transcend from the simple choice of a matrimonial property regime and concern the economic consequences derived from the dissolution of marriage, having, thus, a similar goal as marital agreements.

Finally, in the absence of an agreement between the spouses, the differences are not so either. This is mainly because the Civil law systems try –even if not completely- to seek the fairness of the English and Welsh Common law system with regard to the financial consequences of a divorce. This is done by creating maintenance obligations in order to correct unjust consequences that may result from the dissolution and liquidation of the matrimonial property regime, without sacrificing, to this end, the certainty offered by the matrimonial property regimes. Similarly, the Common law legal systems resemble more and more the Civil law

systems, because English and Welsh courts, by making use of their discretionary powers, have been applying a kind of deferred community.

Second

The legal treatment of matrimonial property regimes differs widely among the Member States. This is not only true for substantive law, but also, largely, private international law. This is due to the lack of an international unification of the criteria for the applicable law, which in turn results in the application of the various national conflict-of-law rules in the Member States of Civil law tradition –in Spain, articles 9.2 and 9.3 of the Civil code- and of the lex fori in England and Wales.

A closer analysis of the connecting factors in the Civil law systems shows wide heterogeneity, even though the majority of the Member States commonly distinguish according to whether the spouses have chosen the applicable law or where they have not, so that the objective connecting factors apply.

With regard to the choice of the applicable law, most Member States, with the exception of certain Member States where conflict-of-law party autonomy is not allowed, grant the spouses, to a larger or smaller extent, the possibility to choose the applicable law for their matrimonial property regime. Likewise, the degree of party autonomy can be different depending on the interplay of laws that can be chosen as well as for the change of applicable law.

In the absence of a choice of law, there are two main trends in the Member States belonging to the Civil law tradition. Some of them apply the common nationality of the spouses as the first subsidiary connecting factor, while others apply the habitual residence criterion.

The application of objective connecting factors where a choice of law is not allowed or has not been made, raises in some Member States the problem of the *conflict mobile*. While some conflict-of-law rules allow the involuntary mutability of the applicable law in order to adapt the applicable law to the current conditions of the spouses, others provide the freezing of the connecting factor in order to safeguard legal certainty.

The Spanish legal system, as one of the Civil law systems, raises the same questions. Articles 9.2 and 9.3 of the Spanish Civil code deal with the applicable law regarding the matrimonial property regime.

Article 9.2 of the Civil Code determines the law applicable to the personal relationship between the spouses, to the succession rights of the surviving spouse, and to the property effects of marriage when the spouses have not entered a matrimonial property agreement. The list of applicable laws follows a hierarchical order and all the connecting factors are fixed in time in order to avoid possible *conflict mobile* situations.

Article 9.3 in turn contains a special conflict-of-law rule, which departs from the general criterion of article 9.2 by giving the spouses the possibility to determine, modify or replace their matrimonial property regime by way of entering a matrimonial property agreement. It is a conflict-of-law rule that establishes the *favor negotii* or *favor validitatis* and recognizes the validity of an agreement as long as it satisfies to any of the legal systems provided in the conflict-of-law rule. Yet, this provision

Conclusions

raises immense questions, in particular as to the degree of party autonomy permitted -substantive or of conflict-of-law– and because of the absence of a regulation regarding capacity, formalities or disclosure of the matrimonial property agreements.

On the other hand, the Common law systems present their own peculiarities in comparison with the Civil law legal systems: when the English and Welsh courts have jurisdiction to decide on the economic consequences of the dissolution of marriage, they will always apply English and Welsh law, regardless of the parties' domicile or the existence of other elements that may show a connection to other legal systems.

A different question is the determination of the property system of a specific asset. It is here where the necessity of determining the applicable law becomes apparent. Questions arise not so much with regard to the distribution of assets in case of a divorce because there is ample discretion of the judge. They arise, however, in particular in case of successions in which there is no need for financial provisions as well as with regard to third party proceedings related to the spouses and even with regard to disputes of the spouses concerning the joint or individual property of a specific asset.

The solutions offered by the Common law differ depending on whether the spouses have entered a marital agreement or not. Where they have made such an agreement, party autonomy –whether express or inferred by the circumstances of the case– of the spouses is given priority for determining the legal system that will regulate the property regime of a specific asset. Where a marital agreement has not been made, a distinction is made between movable assets and immovable assets. With regard to

movable assets the general rule is the application of the law of the common domicile, and in lack thereof, the law that is most closely connected. Case law on the applicable law to immovables has fluctuated between the application of the law of the place where the asset is situated, and the law of the common domicile.

Third

The heterogeneity of substantive and conflict-of law legislation can potentially generate a series of problems, like forum shopping, law shopping and serious legal uncertainty that international marriages face. International marriages have not yet been dealt with on a global level and in a definitive way, neither from a substantive point of view (the Franco-German agreement instituting a Common matrimonial property regime of participation in acquisitions and/or the Principles of European family law regarding property relations between spouses), nor from a conflicts-of-law point of view (The Hague Convention 1978 on the law applicable to matrimonial property regimes).

The problems that the substantive and conflict-of-law diversity of the matrimonial property regimes may generate, can be classified in view of the attitude that the spouses themselves take in front of this situation: they can take an active stance –forum shopping and law shopping– or a passive one, which results in legal uncertainty as regards the matrimonial property regime.

Conclusions

Forum shopping is particularly relevant with regard to matrimonial property regimes when the spouses have not entered a matrimonial property agreement since the better-informed spouse can file the claim before the courts of a Member State whose conflict-of-laws lead to a system that best satisfies his or her interest. Thus, and without forgetting that every Member State establishes different matrimonial property regimes in the absence of choice, it is clear that forum shopping plays an important role, because it will determine the application not only of a specific law, but of a concrete matrimonial property regime.

Moreover, since some legal systems do not offer the possibility of choosing the law applicable to the matrimonial property regime and the range of applicable laws varies considerable in the different legal systems, law shopping is very attractive. That is why the future spouses who are particularly interested in the application of a specific law to govern their economic relations will turn to the authorities of the Member State, which allows for that choice. Likewise, they could modify their existing regime.

Even though the spouses may profit from the legal heterogeneity of substantive and of conflict-of-law rules, the circumstance of a couple residing in a Member State different from the one of their nationality, the fact of being married to a person of different nationality or of having assets in different Member States, regularly produces enormous legal uncertainty. This is due to the simultaneous connection to various legal systems that may be of application. This may hamper the free circulation of people, as European Union citizens will be less likely to reside and circulate freely in the European Union if their family status and the resulting rights remain unclear.

One could try to solve these problems on a substantive and on a conflict-of-law level. On a substantive law level, one could aspire to the convergence of the different national provisions of the Member States, which would lead to either a harmonization of the matrimonial property regimes, or to a unification of matrimonial property regimes, so that identical matrimonial property regimes would be offered in the single Member States. On the other hand, a unification of the conflict-of-law rules could generally solve both the forum shopping and law shopping problems and remove the legal uncertainty faced by cross-border marriages. However, from the analysis of the existing solutions, we can conclude that none of them offers global and definitive results.

As for the substantive approach, the Franco-German agreement instituting a Common matrimonial property regime of participation in acquisitions has not reached the expected success in the four years since its introduction. This is mainly due to two reasons. On the one hand, the fact that only France and Germany participated in its drafting may lead to a lack of interest by the rest of the Member States because the characteristics of their matrimonial property regimes have not been taken into consideration. On the other hand, we must not lose sight of the fact that the Franco-German matrimonial property regime is not introduced as a legal regime in the legal systems of the potential signatories of the Agreement. This would require a change in the matrimonial property regime and, unlike in Germany, Greece and the Nordic Countries, in which the legal matrimonial property regime is of participatory nature, that regime is practically unfamiliar in other European Union legal systems.

Conclusions

Even further, the principles of European family law regarding property relations between spouses lack the necessary legal force to be applied directly. Yet they are complete to the point that they can be classified not just as principles whose purpose it is to harmonize European family law, but also as model rules, and even more, as perfectly applicable law for dispute resolution. At present, and unlike what happens with contract law, choice by the parties of non-state law in cross-border family relations has not yet been debated at any great length and conflict-of-law rules designate only national substantive law as the applicable law.

As for the solutions on the conflict-of-law level, the issue of economic marital relationships has been on the agenda of different organizations and groups, among which we can find The Hague Conference on private international law that drafted a Convention in 1978 concerning the law applicable to matrimonial property regimes. The lacking success in terms of ratifying States –only The Netherlands, France and Luxembourg ratified the Convention– may very well be explained by the opposition of the States with regard to some of the proposed solutions. Examples are the automatic change of the applicable law, the choice of the law of the place where the immovable property is situated, or the balance stricken between nationality habitual residence as connecting factors in the absence of a choice of law.

Fourth

The Proposal for a Regulation on matrimonial property regimes, which is already three years old, is going to be the last instrument in the Europeanization of family and succession private international law. The

definitive version, however, is not expected before the end of 2015. This future Regulation will have to be coordinated with the Regulations Brussels II bis, Rome III and the Regulation on succession, which all refer to matters related to matrimonial property regimes. The truth is that in certain situations the interactions between these instruments may stand in the way of legal certainty and utility that cross-border marriages demand. On the other side, we can conclude that the Proposal for a Regulation mitigates in fair measure those mentioned problems by unifying the conflict-of-law rules. Yet, the heterogeneity will continue to exist on the level of substantive law, which is why couples in the EU may continue to encounter great difficulties with regard to the organization and management of their assets.

1) The results with regard to the relationship of the Proposal for a Regulation with the other family law and succession instruments differ, depending on the concrete sector of private international law that we focus on.

As to the sector of international jurisdiction, it is evident that the relationship between the matrimonial property regimes and succession proceedings suggests the –on occasions unbridled – influence that heirs may have in the choice of courts having jurisdiction in both matters when the deceased has chosen his/her national law. Similarly, the general remission of the Proposal for a Regulation to the Succession Regulation allows a glimpse of the problems of legal uncertainty and predictability that the implementation of the provisions on subsidiary jurisdiction and the *forum necessitatis* may cause.

Conclusions

On the other hand, the relationship between the Brussels II *bis* Regulation and the Proposal for a Regulation is not undisputed. This is due to the impossibility of concentration of cases in front of the same court when the divorce case is heard by courts having jurisdiction according to Article 3.1.a) five and six indents of the Brussels II *bis* Regulation as well as to the prohibition to enter choice-of-court agreements with regard to future divorces.

With regard to the applicable law for those situations, we have found how, in absence of party autonomy, setting the subsequent habitual residence after the celebration of the marriage as a connecting factor hinders the convenience that the same national law regulates both issues. This is due to the fact that the first of the objective connecting factors of the Succession Regulation -habitual residence at the moment of death- and of Brussels II *bis* Regulation -habitual residence at the moment of filing of the claim- are determined in different moments of the marriage.

Although these problems can be mitigated by a choice of law, it has been shown that the larger party autonomy that the Proposal for a Regulation grants in contrast with the Rome III Regulation and in particular with the Succession Regulation, does not allow for the marriages to choose the same applicable law under certain situations. The situation, however, is different with regard to maintenance cases where the reference of the Hague Protocol 2007 to the conflict-of-law rules of the matrimonial property regime guarantees that the same national law governs both issues.

Concerning the validity of international judgements, authentic instruments and court settlements, it is evident that the European Union is

still reticent to the complete abolition of the *exequatur* in family and succession law. In that sense, the recognition and enforcement regime is identical to the one set forth by Brussels I Regulation, and thus it is out of date in comparison to Regulation 4/2009 – at least with regard to the Member States that are part of The Hague Protocol 2007 – and to Regulation Brussels I *bis*. The direct consequence of this is that the recognition and enforcement of a judgment that simultaneously solves all the legal consequences of the dissolution of the marriage will not only have to apply the different Regulations, but will also have to follow different procedures.

The eighth revision of the Proposal for a Regulation, whose drafting process has been closely followed throughout this analysis in order to take into account the whole evolution of the work on this matter, will solve some of the described problems, albeit not all of them.

Thus, with regard to international jurisdiction, the provisions of the Proposal for a Regulation as regards successions have been preserved. As to marital crises, a direct attribution of jurisdiction to the courts designated by virtue of Regulation Brussels II *bis* –with exemption of five and six indents of Article 3.1.a), in which the consent of both spouses is still required– has been provided.

On the other hand, the applicable law has preserved the basic core of the Proposal for a Regulation – the same objective connecting factors and an almost identical degree of party autonomy – even though the provisions on the formal conditions for the choice-of-law or marriage agreements, the remission to states with more than one legal system and the protection of third parties have been improved.

Conclusions

As to the matter of recognition and enforcement of foreign judgments, the eighth version does not abolish the declaration of enforceability, but it offers an autonomous regulation and “avoids” the remission to Regulation 44/2001 which permits a clearer drafting of its provisions.

2) With regard to the problems mentioned for the current situation of matrimonial property regimes in the European Union, and in particular for the *forum shopping* problem it should be pointed out again that we start from a situation in which each Member State applies its own conflict-of-law rules. This can lead to situations in which the better-informed spouse, in the absence of a previous choice-of-law agreement, files the claim before the courts of a Member State whose conflict-of-law rules lead to a legal system that best satisfies his or her interests. This means that a specific secondary regime will be applied and in particular, the legal regime of the Member State appointed by the conflict-of-law rule. The conflict-of-law unification that is proposed by the Regulation, jointly with the international jurisdiction criteria, will put an end to this phenomenon because no matter which courts hear the case of matrimonial property regime, the substantive law to be applied will always be the same.

As for the *law shopping*, there is no doubt that a homogeneous degree of party choice of law will prevent the spouses from seeking other Member States’ courts that allow them to “shop” for the state law they desire. This homogeneity will be established by the Regulation and thus put an end to *law shopping*.

As a downside of these two problems, the legal plurality implies in the majority of cases greater economic and temporary costs derived from legal uncertainty. In order to avoid this situation, the Proposal for a Regulation, by way of introducing conflict-of-law rules for matrimonial property regimes, reduces legal uncertainty, because the European Union citizens will always be led to the application of the same conflict-of-law, jurisdiction and of recognition and enforcement rules.

Ultimately, we can conclude that the Proposal for a Regulation mitigates, in good measure, the problems described above, through the unification of conflict-of-law rules, and therefore, helps to overcome the conflict-of-law diversity described in Chapter 2. Nonetheless, this only offers a partial solution to the problem because the current scenario is characterized not only by the fact that each Member state applies their own conflict-of-law rules for matrimonial property regimes, but also because there is an existing heterogeneity of substantive law. This is to say, that different matrimonial property regimes exist in the single Member States with their own characteristics as was shown in Chapter 1. Thus, the global and definitive solution, which acts like a complement for the unification of private international law rules, would consist in offering legal solutions from the substantive point of view of matrimonial property regimes.

II. Recommendations

As has been shown in the course of the investigation, the European Union lacks competence to unify and/or harmonize substantive family law of Member States. Therefore, the only legal instrument that may be used

to mitigate the problems described in Chapter 3 is the unification of private international law rules, as was analysed in Chapter 4.

Therefore, in the short term, the legal panorama of matrimonial property regimes in the European Union will be characterized by the overcoming of the diverse conflict-of-law regulation, that was presented in Chapter 2 and by the continuing existence of different secondary matrimonial property regimes, whether arising from party autonomy or legal provisions, as analysed in Chapter 1.

Nonetheless, besides the harmonization or unification of matrimonial property regimes in a strict sense, there is an alternative way that should be taken into account as a supplement of conflict-of-law unification. It is the creation of an optional European matrimonial property regime, which is called to be the future scenario of this subject in the European Union.

In particular, we recommend the creation of an optional European matrimonial property regime for European Union citizens, which would be applicable whenever the spouses choose it in an express manner -opt-in approach-. The European Union could base its competence on article 352 TFEU and draft a Regulation, which could provide for two substantive matrimonial property regimes, one of a community nature and another of a participation nature. The rules of the regimes could well be inspired by the regimes offered by the Principles of European Family Law regarding property relations between spouses drafted by the CEFL. Those regimes could act as a second regime beside the ones already offered by the national law of each Member State and could be elected as long as the legal system indicated by the conflict-of-law rules is that of a Member

State. The option of a “second national regime” will secure a perfect coordination with the actual state of the Works of the Regulation on matrimonial property regimes, in which no reference is made to the possibility of a choice of a “29th regime”.

The EU family law instruments for cross-border relationships will only be successful in the long run when there are greater similarities between the substantive law instruments. As the EU has no competence to unify or harmonise family law, the establishment of an optional substantive matrimonial property regime within the European Union seems to be an alternative and possible way for international couples. We can conclude, therefore, that this solution, although it is the most complicated, will be the one that best contributes to the improvement of the situation of European Union citizens with regard to the organization of their assets, since we must not forget that in this subject matter, the rule on the applicable law to the matrimonial property regime is as important as the concrete regime that is to be applied.

BIBLIOGRAFÍA (POR ODEN ALFABÉTICO)

I. Manuales y obras generales

BALLARINO, T.: *Diritto internazionale privato italiano*, Cedam, Padova, 7º ed., 2011.

BAPTISTA MACHADO, J.: *Lições de direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 3º ed., 2009.

BIRD, R. y KING, A.: *Ancillary Relief and Financial Orders Handbook*, Bristol, Family law, 8º ed., 2011.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I y II, Comares, Granada, 15º ed., 2014-2015.

CLARKSON, C.M.V. y HILL, J.: *The conflict of laws*, Oxford University press, Oxford, 3º ed., 2006.

CLAVEL, S.: *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 3º ed. 2012.

COLLINS, L.: *Dicey, Morris & Collins on the conflict of laws*, vol. II, Sweet & Maxwell, Londres, 15 ed., 2012.

COURBE, P.: *Droit international privé*, Hachette, Paris, 2007.

DE LIMA PINHEIRO, L.: *Direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 3º ed., 2009.

ESPINAR VICENTE, J.M.: *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. (ed.): *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 6º ed., 1995.

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 8º ed., 2014.

FAWCETT, J. y CARRUTHERS, J.: *Cheshire, North & Fawcett Private international law*, Oxford University press, Oxford, 14º ed., 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 7º ed., 2014.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J.J.: *Derecho internacional privado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ºed., 2014.

HARRIS-SHORT, S. y MILES, J.: *Family Law. Text, Cases and materials*, Oxford University press, Oxford, 2º ed., 2011.

HERRING, J., PROBERT. R. y GILMORE, S.: *Great debates in family law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012.

LOWE, N. y DOUGLAS, G.: *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford, 10º ed., 2007.

MARÍN LÓPEZ, A. (coord.): *Derecho internacional privado español. Parte especial*, Granada, 7º ed., 1991.

MAYER, P. y HEUZÉ, V.: *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 10º ed., 2010.

MOURA RAMOS, R.M.: *Estudos de direito internacional privado e de direito procesual civil internacional*, vol. II, Coimbra editora, Coimbra, 2007.

PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de direito de familia*, vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 3º ed., 2003.

PÉREZ VERA, E. (dir.): *Derecho internacional privado*, vol. II, Colex, Madrid, 2001.

PROBERT, R.: *Cretney and Probert's family law*, Sweet & Maxwell, Londres, 8º ed., 2012.

QUEIROLO, I. y SCHIANO DI PEPE, L.: *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Giappichelli editore, Torino, 3º ed, 2014.

RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.): *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 2014.

II. Monografías y libros en coautoría

ÁLVAREZ TORNÉ, M.: *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales: el nuevo Reglamento de la UE*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales, Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004.

BAARSMA, N.A.: *The europeanisation of international family law*, Ulrik Huber Inst. for Private Internat. Law, Groningen, 2010.

BELL, A.S.: *Forum shopping and venue international litigation*, Oxford University press, Oxford, 2003.

BOELE-WOELKI, K. FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GÓNZALEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W. (eds.): *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2004.

BOELE-WOELKI, K.: *Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws*, Nijhoff, Leiden, 2010.

BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n°650/2012 du juillet 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*, Colex, Madrid, 2004.

CARLIER, J.Y.: *Autonomie de la volonte et statut personnel*, Bruylant, Bruselas, 1992.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014.

Ídem: Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado, Comares, Granada, 2000.

CERASELA ANITEI, N.: *The law applicable to matrimonial agreement. Romanian private international law*, Lap Lambert Academic publishing, Saarbrücken, 2013.

CERVILLA GARZÓN, M.D. y ZURITA MARTÍN, I.: *El derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, Difusión jurídica, Madrid.

CERVILLA GARZÓN, M.D.: *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CURRY-SUMMER, I.: *All's well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005.

DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales en derecho internacional privado*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999

ESPINAR VICENTE, J.M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996.

Bibliografía

FUGARDO ESTIVLL, J.M.: *El nuevo régimen económico matrimonial de participación en las ganancias. Derecho matrimonial europeo*, Bosch, Barcelona, 2013.

Ídem: *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el derecho francés. Normativa interna y Derecho internacional privado*, Bosch, Barcelona, 2011.

Ídem: *En torno a la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2010.

GAROFALO, L.: *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giappichelli editore, Torino, 2º ed., 1997.

GÓMEZ CAMPELO, E.: *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Reus, Madrid, 2008.

LUQUE TORRES, G.: *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002.

MÁDL, F. y VÉKÁS, L.: *The law of conflicts and of international economic relations*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1998.

MANDIROLA BRIEUX, P.: *Introducción al derecho islámico*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011.

MOTA, H.: *Os efeitos patrimoniais do casamento em direito internacional privado*, Coimbra editora, Coimbra, 2012.

OREJUDO DE LOS MOZOS, P.: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Navarra, 2002.

ORTIZ DE LA TORRE, J.A.T.: *Legislaciones nacionales de derecho internacional privado*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1995.

Ídem: *Derecho internacional privado. Parte general. vol. I. Historia doctrinal y codificación*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.

OSER, D.: *The Unidroit principles of international commercial contracts: a governing law?*, Leiden, Nijhoff, 2008

PINTO ANDRADE, C.: *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, Barcelona, 2010.

PRESNO LINERA, M.A.: *El derecho europeo de familia*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

RANOUIL, V.: *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Presses universitaires de France, Paris, 1980.

REMY, B.: *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Paris, 2008.

REVILLARD, M.: *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, Paris, 7^o ed., 2010.

Ídem: *Pratique de la convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Commentaire & Formules*, Defrénois Paris, 2^o ed., 2008.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Dykinson, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: *El divorcio internacional en la Unión Europea: jurisdicción y ley aplicable*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002.

SANZ CABALLERO, S.: *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

SERRANO ALONSO, E., CAMPUZANO TOMÉ, H., GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. y CARBAJO GONZÁLEZ, J.: *Régimen económico del matrimonio*, Forum, Barcelona, 1996.

SIMO SANTOJA, V.L.: *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros. Derecho comparado y conflictual*, Tecnos, Madrid, 1970.

SOTO MOYA, M.: *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VIARENGO, I.: *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Navarra, 2007.

WIEDERKEHR, G.: *Les conflits de lois en matière matrimoniale*, Dalloz, Paris, 1967.

ZARRALUSQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L.: *Derecho de la familia y de la persona. Regímenes económicos matrimoniales*, Bosch, Barcelona, 2007.

III. Capítulos de obras colectivas

AGELL, A.: “The underlying principles of consensual divorce”, en BOELE WOELKI, K. (ed.): *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, 2005, pp. 59-70.

Ídem: “The division of property upon divorce from a European perspective”, en AA.VV: *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein: droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 1-20.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los efectos del matrimonio”, en AA.VV: *Lecciones de derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171.

ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A.: “Les régimes matrimoniaux en droit arabe et musulman – Cas de l’Égypte et du Maroc: normes matérielles et normes de conflit”, en BONOMI, A. y STEINER, M. (eds.): *Les régimes matrimoniaux en droit compare et en droit international prive. Actes du Colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, Droz, Geneva, 2006, pp. 279-306.

ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “Compatibilidad de las normas españolas de Derecho internacional privado con el proyecto Comunitario en materia de sucesiones internacionales”, en BORRÁS, A. y GARRIGA SUAU, G. (eds.): *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 243-264.

AMORES CONRADI, M.A.: “Artículo 9, apartados 2 y 3”, en ALBADALEJO, M. y DIAZ ALABART, S. (dir.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo I, vol. II, Edersa, Madrid, 1995, pp. 181-205.

Ídem: “Comentario al artículo 9.2” y “Comentario al artículo 9.3”, en AA.VV: *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de justicia, Madrid, 1991, pp. 79-84.

Ídem: “Efectos del matrimonio”, en GONZÁLEZ CAMPOS, J. (ed.): *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 6º ed., 1995, pp. 329-354.

AMORÓS GUARDIOLA, M.: “Comentarios al artículo 1.333 del Código Civil”, en AA.VV: *Comentarios a la reforma de derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1560-1562.

ANDERSON, M.: “Marital agreements: Spanish Case-law v. The 2010 Catalan Reform” en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart, Oxford, pp. 23-40.

Bibliografía

ANTOKOLSKAIA, M.: “Harmonization of family law in Europe: a historical perspective”, en ANTOKOLSKAIA, M. (ed.): *Convergence and Divergence of family law in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2007, pp. 11-24.

Ídem: “The "better law" approach and the harmonisation of family law” en BOELE–WOELKI, K.: *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Antwerpen, 2003, pp. 194-216.

AÑOVEROS TERRADAS, B.: “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia”, en DELAYGUA FORNER, J., BEILFUSS GONZÁLEZ, C. y VIÑAS FARRÉ, R.: (eds.): *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Pons, Madrid, 2013, pp. 119-131.

ARENAS GARCÍA, R.: “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.): *Estudios de derecho de familia y sucesiones*, De conflictu legum, Santiago de Compostela, 2009, pp. 39-64.

BARIATTI, S.: “Forum shopping, abus du droit et droit international privé européen: quelques réflexions”, en FORNER DELAYGUA, J, GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (eds.): *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado; Liber Amicorum Alegría Borrás*, Pons, Madrid, 2013, pp. 161-174.

BASEDOW, J.: “European Divorce Law. Comments on the Rome III Regulation” en AA.VV: *Confronting the frontiers of family and succession law*, Intersentia Cambridge, 2012, pp. 135-150.

BATTIFOL, H.: “Le pluralisme des méthodes en droit international privé”, en AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1973, núm. 139, pp. 75-148.

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomía de la voluntad. Elección de ley aplicable: Consentimiento y forma de los actos”, en PRATS

ALBENTOSA, L. (Coord.): *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V: Derecho internacional privado e interregional, Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pp. 1-166.

BOELE-WOELKI, K.: “Cross-border relations in Europe: towards a European matrimonial property law based upon cooperation between private international law and substantive law” en LOOS, M. y KEIRSE, A.: *Alternative ways to ius commune: the Europeanisation of private law*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 33-48.

Ídem: “General rights and duties in the CEFL principles on property relations between spouses”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 3-12.

Ídem: “Parental responsibility-CEFL’s initial results”, en BOELE WOELKI, K. (ed.): *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, 2005, pp. 141-168.

Ídem: “Property relations of international couples in Europe: the interaction between unifying and harmonizing instruments”, en AA.VV: *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, Bielefeld, Giesecking, 2011, pp. 68-73.

Ídem: “The CEFL principles regarding parental responsibilities: predominance of common core”, en BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European challenges in contemporary family law*, Intersentia, Antwerpen, 2008, pp. 63-83.

Ídem: “The working method of the Commission on European family law”, en BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, 2005, pp. 14-38.

Ídem: “Why and how to accommodate an Optional European Family Law”, en AA.VV: *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 27-40.

BOELE-WOELKI, K. y JÄNTERÄ JAREBORG, M.: “Initial results of the CEFL in the field of property relationships between spouses”, en BOELE WOELKI, K., MILES, J. y SCHERPE, J. (eds.): *The future of family property in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 47-64.

BOELE-WOELKI, K., SCHONEWILLE, F. y SCHRAMA, W.: “The Netherlands report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

BONELL, M.J.: “The UNIDROIT Principles a Decade after their first appearance: What have they achieved and what are their prospects of the future?”, en CASHIN RITAINE, E. Y LEIN, E. (eds.): *The UNIDROIT Principles 2004: Their impact on contractual practice, jurisprudence and codification*, Schulthess, Zurich-Basel-Genf, 2007, pp. 259-265.

BONOMI, A.: “Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé” en AA.VV: *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Genève, 2006, pp. 59-75.

BORRAS, A.: “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, en AA.VV: *Recueil des cours*, Nijhoff, La Haya, 1994, núm. 249, pp. 145-368.

Ídem: “Comentario al artículo 12.5”, en AA.VV: *Comentario del Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 145-147.

BRAAT, B.: “Matrimonial property law: diversity of forms, equivalence in substance?”, en ANTOKOLSKAIA, M. (ed.): *Convergence and Divergence of family law in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2007, pp. 11-24.

BUSKENS, L.: “Sharia and national law in Morocco”, en OTTO, J.M. (ed.): *Sharia incorporated*, Leiden University press, Leiden, 2010, pp. 89-138.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El matrimonio”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.): *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 201-218.

Ídem: “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial”, en DI FILIPPO, M., CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ BENOT, A. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. (coords.): *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*,

Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 93-119.

CARRIER, J.Y.: “Estatuto personal y multiculturalidad: el papel de la autonomía de la voluntad”, en CALVO CARAVACA, A.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.L. (eds.): *Estatuto personal y multiculturalidad*, Colex, Madrid, 2002.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.): *El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 213-228.

CLEMENTE MEORO, M.: “El régimen económico matrimonial de la comunidad valenciana, ley 10/2007”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. y RAJOY BREY, E. (coords.): *Regímenes económico matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial. Tomo I*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

COOKE, E.: “A late Instalment in a Long Story”, en GILMORE, S., HERRING, J. y PROBERT, R. (eds.): *Landmark Cases in Family Law*, Oxford, Hart, 2011, pp. 271-282.

COSTAS RODAL, L.: “Artículo 9.2” y “Artículo 9.3”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.): *Comentarios al Código civil*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, 2º ed., pp. 68-71.

D’ALESSANDRO, E.: “Il riconoscimento, l’esecutività e l’esecuzione delle decisioni e delle transazioni giudiziarie in materia sucesoria”, en FRANZINA, P. y LEANDRO, A. (eds.): *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 139-170.

DE BOER, T.: “Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community”, en MALATESTA, A. (ed.): *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, Cedam, Padova, 2008, pp. 295-330.

Ídem: “The second revision of the Brussels II Regulation: jurisdiction and applicable law”, en BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP,

T. (eds.): *European challenges in contemporary family law*, Intersentia, Antwerpen, 2008, pp. 321-342.

DE OLIVEIRA, G., MARTINS, R. y VÍTOR, P.: “Portugal report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

DE WINTER, L.J.: “Nationality or Domicile?. The present state of affairs”, en AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1969, núm. 128, pp. 347-503.

DETHLOFF, N. y MARTINY, D.: “German report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

DROZ, G.: “Les principaux traités multilatéraux relatifs aux régimes matrimoniaux, sucesions et libéralités”, en AA.VV: *Régimes matrimoniaux, sucesions et libéralités. Droit international privé et droit comparé*, Ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1979, pp. 205-336.

Ídem: “Régimes matrimoniaux en droit international privé”, en AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1974, núm. 143, pp. 1-138.

DUTTA, A.: “Marital agreements and private autonomy in Germany”, en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart, Oxford pp. 176-183.

ESPLUGUES MOTA, C.: “General report on the application of foreign law by judicial and non judicial authorities in Europe”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (dirs.): *Application of foreign law*, Sellier european law publishers, Munich, 2011, pp. 3-78.

FARRUGIA, R.: “Malta report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

Ídem: “The future EU Regulation concerning matrimonial property regimes”, en CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ BENOT, A., CZEPELAK, M. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, A. (eds.): *Latest developments in EU private international law*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 63-82.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J.: “De las capitulaciones matrimoniales”, en RAMS ALBESA, J y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coords.): *El régimen económico del matrimonio: (comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 109-181.

FERRAND, F. y BRAAT, B.: “France report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

FERRAND, F.: “Divorce and spousal agreements”, BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, 2005, pp. 59-70.

Ídem: “The community of acquisitions regime”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 37-64.

FLORENCE BOCK, A.: “Dividing assets upon the dissolution of a marriage. A Comparison between legal systems which apply a “hard and fast rule” and systems with a discretionary approach to the division of assets”, en BOELE WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European challenges in contemporary family law*, Intersentia. Antwerpen-Oxford-Portland, 2008, pp. 289-303.

FONT I SEGURA, A.: “Una nova etapa pel dret interterritorial?”, en FLORENSA I TOMÀS, C. (dir.) y FONTANELLAS MORELL, J.M. (coord.): *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 567-577.

FONTANELLAS MORELL, J.M.: “Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil”, en ARECES PIÑOL, M.T. (coord.): *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Comares, Granada, 2009, pp. 335-370.

Ídem: “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en PARRA, C. (ed.): *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Bosch Editor, Barcelona, 2012, pp. 257-290.

GARAU JUANEDA, L.: “Los conflictos de leyes entre las diferentes regulaciones en materia de régimen económico matrimonial vigentes en España y cuestiones de derecho intertemporal asociadas a los mismos”, en LLEGÓ YAGÜE, F. y FERRER VANRELL, M.P (dirs.): *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 51-86.

GAUDEMET TALLON, H.: “La désunion du couple en Droit international privé”, AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1991, núm. 226, pp. 9-280.

Ídem: “Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions”, en KHAIRALLAH, G. Y REVILLARD, M. (dirs.): *Droit européen des successions internationales. Le règlement du juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013, pp. 127-140.

GÓMEZ TABOADA, J.: “Resoluciones sobre ciudadanos extranjeros”, en FUGARDO ESTIVILL, J.M.: *Extranjería: función notaria y derecho documental. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, pp. 11-172.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Spain report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

Ídem: “The unification of private international law in Europe: a success story?” en BOELE-WOELKI, K., MILES, JO y SCHERPE, J.: *The future of family property in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 329-340.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Artículo 11”, en ALBADALEJO, M. y DIAZ ALABART, S. (dir.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo I, vol. II, Edersa, Madrid, 1995, pp. 795-842.

HAMILTON, C. Y PERRY, A.: “England and Wales”, en HAMILTON, C. Y PERRY, A. (eds.): *Family law in Europe*, Butterworths, Londres, 2º ed., 2002, pp. 105-111.

HARPER, M. y FRANKLE, B.: “An English practitioner’s view on Pre-Nuptial, Post-Nuptial and Separation agreements”, SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart, Oxford, pp. 122-143.

HARTLEY, T.: “Matrimonial (marital) property rights in conflicts of laws: a reconsideration” en FAWCETT, J. (ed.): *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 215-235.

HATAPKA, M.: “Slovakia report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

HAUSMANN, R.: “Article 3”, en CORNELOUP, S. y BORRAS RODRÍGUEZ, A. (eds.): *Droit européen du divorce*, Lexis Nexis, París, 2013, pp. 241-242.

HEREDIA CERVANTES, I.: “*Lex sucessionis y lex rei sitae* en el Reglamento de sucesiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. 11, 2011, pp. 415-445.

ISAC I AGUILAR, A.: “El régimen económico matrimonial de la Comunidad autónoma de Cataluña”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. y RAJOY BREY, E. (coords.): *Regímenes económico matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial. Tomo I*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

JÄNTERÄ JAREBORG, M.: “Unification of international family law in Europe – A critical perspective”, en BOELE-WOELKI, K. (ed.):

Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe, Intersentia, Antwerp, 2003, pp. 194-216.

Ídem: “Rights of property upon divorce in Swedish conflict of laws”, en LOWE, N. y DOUGLAS, G. (eds.): *Families across frontiers*, Kluwer Law international, Holanda, 1996, pp. 793-805.

JÄNTERA-JAREBORG, M.; BATTSTRÖM, M. y WALLENG, K.: “Sweden report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

JAYME, E.: “Identité culturelle et integration: le droit international prive postmoderne”, in AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, The Hague, 1995, núm. 251, pp. 9–267.

KECSKÉS, L.: “Private international law”, en HARMATHY, A. (ed.): *Introduction to Hungarian law*, Kluwer law international, The Hague, 1998.

KERAMEUS, K.D. y KOZYRIS, P.J. (eds.): *Introduction to greek law*, Kluwer Law international, Aphen aan den Rijn, 3º ed., 2007, pp. 386-387.

KOUTSOURADIS, A.: “Greek report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

KROLL, K.: “Unifications of conflicts of law in Europe-Matrimonial property regimes-“, en BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European challenges in contemporary family law*, Intersentia, Antwerpen, 2008, pp. 379-393.

KURKI-SUONIO, K.: “Finland report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

LAGARDE, P.: “Eléments pour un droir international privé communautaire des régimes matrimoniaux et des successions”, en DE

LIMA PINHEIRO, L. (org.): *Seminário internacional sobre a communitarização do direito internacional privado (direito de conflitos, competencia internacional e reconhecimento de decisoes estrangeiras)*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 149-163.

Ídem: “Instrument optionnel international et droit international privé-subordination ou indépendance”, en AA.VV: *A Commitment to private international law. Essays in honour of Hans Van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 287-298.

Ídem: “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours general de droit international privé”, en AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, núm. 196, 1986, pp. 9-238.

Ídem: “Réflexion sur la problématique de la doublé nationalité en matière de divorce”, en en CORNELOUP, S. y BORRAS RODRÍGUEZ, A. (eds.): *Droit européen du divorce*, Lexis Nexis, París, 2013, pp. 681-700.

Ídem: “Vers un reglement communautaire du droit international prive des regimes matrimoniaux et des successions”, en AA.VV: *Obra homenaje al professor Julio. D. González Campos*, Tomo II, Eurolex, Madrid, 2005, pp.1687-1709.

LALIVE, P.: “Tendances et méthodes en droit international privé”, en AA.VV: *Recueil des cours*, Nijhoff, La Haya, 1979, núm. 155, pp. 3-424.

LEANDRO, A.: “La giurisdizione nel regolamento dell’Unione europea sulle successioni mortis causa”, en FRANZINA, P. y LEANDRO, A. (eds.): *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 59-88.

LEQUETTE, Y.: “Le droit international privé de la famille à l’épreuve des conventions internationale”, en AA.VV: *Recueil des courses*, Nijhoff, La Haya, 1994, núm. 246, pp. 9-234.

LETELLIER, H.: “Droit patrimonial de la Famille: les régimes matrimoniaux”, en BALDUS, C. y MÜLLER-GRAFF, P.C. (eds.): *Droit privé européen: l’unité dans la diversité: Convergences en droit des biens de la famille et des successions?*, München, Sellier european law publishers, 2011, pp. 141-150.

LOWE, N.: “Marital property agreements”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 13-24.

Ídem: “Prenuptial Agreements. The developing English position”, en VERBEKE, A-L., SCHERPE, J., DECLERK, C., HELMS, T. Y SENAVERE, P. (eds.): *Confronting the frontiers of family law and succession law*, Intersentia, Cambridge, 2012.

LUND ANDERSEN, I. y MAGNUSSEN, I.: “Denmark report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

MAŁCZYŃSKI, ANDRZEJ: “Poland report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

MAGNUS, U.: “CISG AND CESL”, en BONET, M.J., HOLLE, M-L. y NIELSEN, P.A. (eds.): *Liber amicorum Ole Lando*, Djøf Publ, Copenhagen, 2012, pp. 226-255.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad”, en GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C. (coord.): *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Madrid, 2009, pp. 102-118.

MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “Comentario al art. 1.333 Cc” en SIERRA GIL DE LA CUESTA (dir.): *Comentario del Código Civil*, Tomo VII, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 50-55.

MARTINY, D.: “Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?”, en AA.VV: *Towards a European civil code*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 429- 458.

Ídem: “Objectives and values of (private) international law in family law”, en AA.VV: *International family law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen, 2007, pp. 69-99.

Ídem: “The effects of marital property agreements in respect of third parties”, en AA.VV: *Confronting the frontiers of family and succession law*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 903-928.

Ídem: “The harmonization of family law in the European Community. Pro and Contra” en FAURE, M. (ed.): *Towards a European ius commune in legal education and research. Proceedings of the conference held at the occasion of the 20th anniversary of the Maastricht Faculty of Law*, Intersentia, Antwerpen, 2002, pp. 191-201.

Ídem: “The participation in Acquisitions regime”, “Marital property agreements”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 25-36.

MEEUSEN, J.: “Public policy in European private international law: In response to the contribution of Professor Th. M. de Boer on Unwelcome foreign law”, en MALATESTA, A. (ed.): *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, Cedam, Padova, 2008, pp. 331-336.

MEEUSEN, N.: “System shopping in European private international law in family matters”, en MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. y SWENNE, F. (eds.): *International family law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen, 2007, pp. 260-278.

MELZER, F. y HRUSAKOVÁ, M.: “Czech Republic report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

MICHAHELOS, R.: “Preamble I: purposes, legal nature and scope of the PICC; applicability by courts: use of the PICC for the purpose of interpretation and supplementation and as a model”, en VOGENAUER, S., KLEINHERSTERKAMP, J. y DU PLESSS, J.E. (eds.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University press, Oxford, 2009, pp. 21-80.

MIKELENAS, V.: “Lithuania report” en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in*

action: *Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

MILES, J.: “England and Wales”, en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart, Oxford, pp. 89-121.

MONFORT FERRERO, M.J.: “El levantamiento de las cargas del matrimonio”, en MAS BADÍA, M.D. (coord.): *El régimen económico matrimonial de la comunidad valenciana*, Tecnos, Madrid, 2010.

MOYA ESCUDERO, M.: “Relaciones entre los cónyuges”, en MARÍN LÓPEZ, A. (coord.): *Derecho internacional privado español. Parte especial*, Granada, 7º ed., 1991, pp. 139-164.

ORTIZ ARCE, A.: “Artículo 9, apartados 2 y 3”, en RAMS ALBESA, J. y MORENO FLOREZ, R.M.: *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p.283-285.

PALAO MORENO, G.: “El marco común de referencia como sistema opcional 28º: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional Privado”, en BLASCO GASCÓ, F. de P. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, vol. 2, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 1905-1922.

PARISOT, V.: “Article 15”, en CORNELOUP, S. y BORRAS RODRÍGUEZ, A. (eds.): *Droit européen du divorce*, Lexis Nexis, París, 2013, pp. 648-651.

PARRA RODRÍGUEZ, C.: “La revisión del Derecho interregional español: un análisis desde los principios generales del derecho que inspiran la reforma”, en DELAYGUA FORNER, J., BEILFUSS GONZÁLEZ, C. y VIÑAS FARRÉ, R.: (eds.): *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Pons, Madrid, 2013, pp. 653-669.

PATTI, S., CARICATO, C., IRTI, C., IANNICELLI, M.A., SERRA, M.F., DI STEFANO, P. y BORTOLU, T.: “Italy report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.):

European family law in action: Property relations between spouses, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

PERALES VISCASILLAS, P.: “The role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the interpretation and GAP-filling of CISG”, en JANSSEN, A. y MEYER, O. (eds.): *CISG Methodology*, Sellier, Munich, 2009, pp. 287-318.

PÉROZ, H.: “La gestions des biens du couple” en PÉROZ, H. y FONGARO, E.: *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis Litec, Paris, 2010, pp. 123-209.

PETREL SERRANO, J.J.: “La publicidad del régimen económico matrimonial. Relaciones entre el registro civil y el registro de la propiedad”, en AA.VV: *Derecho de familia y registro de la propiedad. Jornadas organizadas por el Colegio de registradores de España y el Comité Internacional de Congresos de derecho de familia*, Centro de Estudios registrales, Madrid, 2002, pp. 237-274.

PINTENS, W., ALLAERTS, V., PIGNOLET, D. y SEYNS, S.: “Belgium report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

PINTENS, W.: “Europeanisation of family law”, en BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2003, pp. 3-34.

POCAR, F.: “The communitarization of private international law and its impacts on the external relations of the European Union” en MALATESTA, A. (ed.): *The External Dimension of EC private international law in family and succession matters*, Cedam, Padova, 2008, pp. 3-18.

QUEIROLO, I.: “La famiglia nella prospettiva della libera circolazione delle persone: il diritto al rincongiungimento familiar spettante ai cittadini dell’Unione europea e degli Stati terzi”, en SAVORANI, G. (ed.): *Famiglie In Movimento*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 41-70.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “La disolución del matrimonio”, en QUIÑONES ESCÁMEZ, A., RODRÍGUEZ BENOT, A., BERJAOU, K. y TAGMANT, M.: *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*, Vol. I, FIIAPP, Madrid, 2009, pp. 99-178.

REBOLLEDO VARELA, A.L.: “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)”, en GÓMEZ GALLIGO, F.J. (coord.): *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 735-755.

REVILLARD, M.: “L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: regards sur les récents instruments interantionaux”, en LAGARDE, P.: “Instrument optionnel international et droit international privé-subordination ou indépendance”, en AA.VV: *A Commitment to private international law. Essays in honour of Hans Van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 487-502.

Ídem: “Primer bilan d'application de la Convention de la Haye de 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, en BORRAS, A., BUCHER, A., STRUYCKEN, T. Y VERWILGHEN, M. (eds.): *E Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague-Boston-London, 1996, pp. 369-390.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La armonización del régimen económico matrimonial en la UE: La Propuesta de Reglamento de 2011” en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.): *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 555-572.

Ídem: “La unificación del derecho de familia en los procesos de integración regional: la experiencia europea”, en GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ BENOT, A. (ccords.): *El derecho de familia en un mundo globalizado*, Porrúa, Méjico, 2007, pp. 93-122.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “El régimen económico matrimonial en el derecho internacional privado”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dirs.): *Tratado de derecho de familia. Volumen IV*, Thomsom Reuters, 2012, pp. 331-416.

ROTH, M.: “Future Divorce law-two types of divorce”, en BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, pp. 41-57.

Ídem: “Austria report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Artículo 12, apartado 5”, en ALBADALEJO, M. y DIAZ ALABART, S. (dir.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo I, vol. II, Edersa, Madrid, 1995, pp. 943-973.

SCHERPE, J.: “Marital agreements and private autonomy in comparative perspective”, en SCHERPE, J. (ed.): *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart, Oxford, 2012, pp. 443-517.

Ídem: “Towards a matrimonial property regime for England and Wales?”, en PROBERT, R. y BARTON, C., *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, Cambridge, pp. 133-146.

TENREIRO, M. y EKSTRÖM, M.: “Unification of private international law in family matters within the European Union”, en BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2003, pp. 185-193.

TODOROVA, V.: “Bulgaria report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

TOMASI, L., RICCI, C. y BARIATTI, S.: “Characterization in family matters for purposes of European private international law”, en MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. y SWENNE, F. (eds.): *International family law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen, 2007, pp. 341-385.

TORGA, M.: “Drawing a demarcating line between spousal maintenance obligations and matrimonial property in the context of the new instruments of European Union private international law”, en BEAUMONT, P., HESS, B., WALKER, L. Y SPANCKEN, S. (eds.): *The recovery of maintenance in the EU and worldwide*, Oxford, 2014, pp.425-442.

VENTOSO ESCRIBANO, A.: “Régimen económico matrimonial de extranjeros perspectiva notarial–registrar”, en AA.VV: *Libro–Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 1825-1885.

VERSCHRAEGEN, B.: “Comments on the Principles of European family law: Divorce and maintenance between former spouses”, BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, pp. 135-140.

VON OVERBECK, A.E.: “Explanatory Report”, en CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *Actes et documentes de la Treizième sesión. Tome II. Matrimonial property regimes*, Bureau Permanent de la Conférence, La Haya, 1978, pp. 329-377.

Ídem: “La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, en AA.VV.: *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II, Fac. der Rechtsgeleerdheid, Gent, 1965, pp. 1085-1112

WAUTELET, P. “Private international law aspects of same-sex marriage and partnerships in Europe”, en BOELE-WOELKI, K. y FUCHS, A. (eds.): *Legal recognition of same-sex marriage in Europe*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 143-188.

WEISS, E. Y SZEIBERT, O.: “Hungary report”, en BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European family law in action: Property relations between spouses*, vol. IV, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

ZABALO ESCUDERO, E.: “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, en CALVO CARAVACA, A.L. e IRIARTE ÁNGEL, J.L.

(eds.): *Estatuto personal y multiculturalidad*, Colex, Madrid, 2002, pp. 9-26.

Ídem: “El derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales”, en DELAYGUA FORNER, J., BEILFUSS GONZÁLEZ, C. y VIÑAS FARRÉ, R.: (eds.): *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Pons, Madrid, 2013, pp. 889-900.

Ídem: “El sistema español de derecho interregional”, en FONT I SEGURA, A. (ed.): *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier libros jurídicos, 2011, pp. 17-30.

Ídem: “La remisión a ordenamientos plurilegislativos en materia sucesoria”, en VIÑAS, R. y GARRIGA, G. (coords.): *Perspectivas del derecho sucesorio en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 137-156.

IV. Artículos de revistas

AGUILERA ANEGÓN, G. y RAMOS BLANES, J.: “Inscripción de adquisiciones por cónyuges casados en régimen económico matrimonial sujeto a una legislación extranjera”, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de España*, núm. 101, 2004, pp. 693-718.

AGUILERA ANEGÓN, G.: “Derecho internacional privado y calificación registral de los negocios inter vivos otorgados por personas casadas en régimen económico matrimonial extranjero y de los títulos judiciales a ellos afectantes”, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de España*, núm. 121, 2006, pp. 31-66.

ALVÁREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7613, 2011, pp. 1-19.

ALVÁREZ GONZÁLEZ, L. y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: “La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones”, *Diario La Ley*, núm. 7726, 2011, pp. 1-22.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y derecho interregional (o ¿para quién legisla el legislador autonómico de derecho civil?)”, *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, núm.1, 2006, pp. 263-285.

Ídem: “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009)”, *Diario La Ley*, núm.7312, 30 de diciembre de 2009, pp. 1-12.

ALLUEVA AZNAR, L.: “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *Indret*, núm. 1, 2013, pp. 1-20.

AMORES CONRADI, M.A.: “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, núm. 11-12, 1991, pp. 39-72.

AÑOVEROS TERRADAS, B.: “Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el derecho internacional privado”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 441-469.

ARENAS GARCÍA, R.: “Condicionantes y principios del Derecho Internacional español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 547-593.

ÁVILA ALVAREZ, P.: “Régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 578, 1987, pp. 27-46.

BALLARINO, T.: “Il nuovo Regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di diritto internazionale*, núm. 4, 2013, pp. 1116-1145.

BASEDOW, J.: “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 99, núm. 3, 2010, pp. 427-456.

Ídem: “The Communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam”, *Common market law review*, vol. 37, núm. 3, 2000, pp. 687-708.

BATIFFOL, H.: “La treizième session de la Conference de la Haye de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 64, núm. 3, 1975, pp. 451-484.

BERGÉ, J.S.: “El derecho europeo ante la fragmentación del derecho aplicable a las relaciones internacionales: la mirada del internacionalprivatista”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 49-68.

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, enero-junio 2012, pp. 67-98.

BONOMI, A.: “Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 84, núm. 2, 2001, pp. 298-346.

Ídem: “Mandatory rules in private international law: the quest for uniformity of decisions in a global environment”, *Yearbook of private international law*, vol.1, 1999, pp. 215-247.

Ídem: “The Interaction among the Future EU Instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, pp. 217-231.

Ídem: “The proposal for a Regulation on matrimonial property: A critique of the proposed rule on the inmutability of the applicable law”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, K. y GEPHART, W. (eds.): *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 213-248.

BORRÁS, A.: “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000 (Bruselas II)”, *Revista jurídica de Catalunya*, 2003, vol. 102, núm. 2, pp. 361-386.

Ídem: “No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español”, *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 1, 1999, pp. 233-249.

BOUZA VIDAL, N.: “Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado”, *La Notaría*, núm. 42, 2007, pp. 11-40.

BUCKLEY, L.: “European Family Law: the Beginning of the End for “Proper” Provision?”, *Irish Journal of family law*, vol. 15, 2012.

BUSCHBAUM, M. y SIMON, U.: “Les propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 100, núm. 4, 2011, pp. 801-816.

CALVO CACARAVA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 36-81.

CALVO CARAVACA, A.L.: “El «Derecho internacional privado multicultural» y el revival de la ley personal”, *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012, pp. 1-8.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “Los sistemas registrales en el marco del derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos”, *Anuario de derecho civil*, vol. 57, núm. 3, 2004, pp. 929-1002.

CAMPIGLIO, C.: “Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n.2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”, *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 2, núm. 2, 2010, pp. 242-244.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La política legislativa de la Unión Europea en Derecho internacional privado de familia. Una valoración de conjunto”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.5, núm.2, 2013, pp. 234-264.

Ídem: “The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, pp. 233-253.

CARO GANDARA, R.: “(Des) confianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el Reglamento Bruselas II “bis”: algunas claves para el debate”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 417-439.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 52-85.

CARRILO POZO, L.F.: “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 86-121.

CARRUTHERS, J.: “Party autonomy in the legal regulation of adult relationships: place for party choice in private international law”, *International and comparative law quarterly*, vol. 61, núm. 4, 2012, pp. 881-913.

CLARKSON, C. & COOKE, E.: “Matrimonial property: Harmony in Europe”, *Family Law*, vol. 37, núm. 10, 2007, pp. 920-923.

COOKE, E., AKOTO, T., BALLOW, A. y CALLUS, T.: “A community of property-A regime for England and Wales: Interim report”, *International family law*, 2005, pp. 133-137.

COOKE, E.: “Miller/McFarlane: law in search of discrimination”, *Child and family law quarterly*, vol. 19, núm. 1, 2007, pp. 98-111.

CORNUT, E.: “Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé”, *Journal droit international*, núm.1, 2007, pp. 27-55.

CRETNEY, S.: “Community of property imposed by judicial decision”, *Law Quarterly Review*, vol. 119, 2003, pp. 349-352.

DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 789, 2005, pp. 809-832.

DETHLOFF, N.: “Arguments for the unification and harmonization of family in Europe”, en BOELE-WOELKI, K.: *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Antwerpen, 2003, pp. 54-64.

Ídem: “New models of partnership: the financial consequences of separation”, *Journal of the academy of European Law*, vol. 12, núm. 1, 2011, pp. 89-102.

Ídem: “The Franco-German Optional Matrimonial Property Regime – A Trailblazer for the Alignment of Family Law?”, *Rebels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, Num. 3, 2012, pp. 509-539.

DEVAUX, A.: “The Franco-German Agreement on the Optional Matrimonial Property Regime: A New Practical Tool in the Movement towards the Harmonization of the European Substantive Rules in Family Law”, *Indiana University Robert H. McKinney School of Law Legal Studies Research Paper Series*, 2014.

DIAGO DIAGO, M.P.: “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en derecho internacional privado español”, *Boletín de información del ministerio de justicia*, núm. 2067-2068, 2008, pp. 2736-2787.

DROZ, G.: “Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 81, núm. 4, 1992, pp. 631-680.

DUTOIT, B.: “La Treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé sous le signe du droit de la famille”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 14, núm. 3, 1978, pp. 449-479.

DUTTA, A.: “Cross-border enforcement of English ancillary relief orders- Fog in the channel, Europe cut off?”, *Family law Journal*, Abril 2010, pp. 385-390.

ESPINAR VICENTE, J.M.: “Algunas reflexiones sobre la nueva ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7771, 2012, pp. 1-13.

FARGE, M.: “La détermination du régime matrimonial des époux mariés avant l’entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978: la Cour de cassation restaure-t-elle la prévisibilité de la règle de conflit de lois?”, *Droit de la famille*, núm. 10 (étude 21), 2008, pp. 8-16.

FERACI, O.: “La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 59-88.

FERNÁNDEZ SOTO, C.: “El régimen económico matrimonial de separación de bienes en el ámbito del código civil”, *Actualidad civil*, núm. 22, 2005, pp. 2693-2703.

FILIPPO, Di M.: “Concepciones nacionales en materia de familia y Derecho internacional privado comunitario: breves notas sobre el Reglamento N. 2001/2003 y el ordenamiento italiano”, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Actas de Seminarios, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 201-205.

FONTANELLAS MORELL, J.M.: “La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXV, fasc. I, 2012, pp. 275-291.

FÖTSCHL, A.: “The common optional matrimonial property regime of Germany and France. Epoch-Making in the unification of law”, *Yearbook of private international law*, vol. 11, 2009, pp. 395-404.

FOYER, J.: “Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires”, KHAIRALLAH, G. Y REVILLARD, M. (dirs.): *Droit européen des successions internationales. Le règlement du juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013, pp. 141-168.

FUGARGO ESTIVILL, J.M.: “Inconstitucionalidad del art. 9.2 Cc (D 1836/1974, de 31 de mayo). Vulneración del derecho a la igualdad conyugal. Designación de la ley nacional del marido para regir supletoriamente el régimen económico matrimonial. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 39/2002, de 14 de febrero (BOE de 14 de marzo)”, *La notaría*, núm. 3/2002, marzo 2002, pp. 19-61.

GARAU JUANEDA, L.: “El Derecho interregional español ante un derecho internacional privado europeo común”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, núm. 6, 2006, pp. 161-164.

Bibliografía

GARCÍA CUETO, E.: “Hacia un derecho matrimonial europeo: nuevos pasos”, *La notaria*, núm.1, 2011, pp. 84-87.

GARCÍA VILLAVERDE, R.: “El ejercicio del comercio por persona casada”, *Revista de derecho mercantil*, núm. 164, 1982, pp. 497-534.

GASPAR LERA, S.: “Los acuerdos prematrimoniales en derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial”, *Indret*, núm.3, 2012, pp. 1-25.

GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J.L.: “La publicidad de las capitulaciones matrimoniales en el derecho internacional privado”, *RCDI*, 1979-II, pp. 769-786.

GLENN, H. P.: “Conflict of laws. The 1976 Hague Conventions on Marriage and Matrimonial Property Regimes”, *Canadian Bar Review*, vol. LV, 1977, pp. 586-605.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial común”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 397-416.

Ídem.” The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, pp. 183-198.

GRAY, J. y QUINZÁ REDONDO, P. “The fifth conference of the Commission on European family law”, *European review of private law*, núm. 1, vol. 22, pp. 157-164.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977-I, pp. 81-99.

GUZMÁN PECES, M.:” ¿Hacia un derecho dispositivo en materia de estatuto personal y familiar? Reflexiones a la luz del Derecho Internacional Privado español”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 491-510.

HARDING, M.: “The harmonisation of private international law in Europe: taking the character out of family law?”, *Journal of private international law*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 203-229.

HEREDIA CERVANTES, I.: “El artículo 9.2 Cc (1974) era inconstitucional. Comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 16, 2002.

HERNÁNDEZ CABALLERO, M.J.: “Vecindad civil y régimen económico matrimonial”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2003, pp. 237-257.

HESSELINK, M.: “How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission’s Proposal for a Regulation”, *European review of private law*, núm. 1, 2012, pp. 195-212.

JAQUET J.M.: “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 35-48.

JAYME, E.: “Party autonomy in international family and succession law: new tendencies”, *Yearbook of private international law*, vol. 11, 2009, pp. 1-10.

JEREZ DELGADO, C.: “La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 715, 2009, pp. 2531-2559.

JESSEL HOLSIJ, C.: “The bulgarian private international law code”, *Yearbook of private international law*, vol. 9, 2007.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Los regímenes económicos matrimoniales y la publicidad registral”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1963, pp. 593-608.

LAMONT, R.: “Habitual residence and Brussels II bis: developing concepts for European private international law”, *Journal private international law*, vol. 3, 2010, pp. 261-281.

Bibliografía

LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La publicidad del régimen económico matrimonial”, *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 364-373.

LIENARD-LIGNY, M.: “Régime matrimonial en droit international privé et la Convention de La Haye du 14 mars 1978”, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1981, vol. 26, pp. 312-337.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: “El nuevo modelo de Registro Civil del siglo XXI”, *Diario La Ley*, núm. 7771, 2012, pp. 1-13.

LOUSSOUARN, Y.: “La Convention de la Haye sur la loi applicable aux regimes matrimoniaux”, *Journal du droit international*, 1979, vol. 106, pp. 5-20.

MAESTRE CASAS, P.: “Doble nacionalidad y *forum patriae* en divorcios internacionales (notas a la STJUE de 16 de julio de 2009, Hadadi, As. C-168/08), *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, núm.2, 2010, pp. 290-304.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 548, Enero - Febrero 1982, pp. 47-115.

MARINAI, S.: “Matrimonial Matters and the Harmonization of Conflict of Laws: A Way to Reduce the Role of Public Policy as a Ground for Non-Recognition of Judgments”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, pp. 255-272.

MARTÍNEZ DIE, R.: “Comentario a la STC de 14 de febrero de 2002”, *La notaría*, núm. 5/2002, mayo 2002, pp. 113-132.

MARTINY, D.: “Aspects de droit international privé du régime optionnel franco-allemand”, *Revue critique droit international privé*, núm. 102, vol. 4, 2013, pp. 843-859.

Ídem: “*Lex rei sitae* as a connecting factor in EU private international law”, *IPRax*, vol. 32, núm. 2, 2012, pp. 119-133.

MARZAL YETANO, T.: “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *Journal of private international law*, vol. 6, núm. 1, 2010, pp. 155 y ss.

MATTEUCCI, M.: “L’évolution en matière d’unification du droit”, *Revue de droit comparé*, vol. 13, núm. 2, 1961, pp. 285-291.

MEDINA ORTEGA, M.: “El derecho patrimonial europeo en la perspectiva del programa de Estocolmo”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 69-90.

MENDEZ GONZÁLEZ, F.: “La función económica de los sistemas registrales”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 671, 2002, pp. 875-900.

MEURLING, E.: “Less surprise for spouses moving within the nordic countries: amendments to the 1931 nordic convention on marriage”, *Yearbook of private international law*, vol. 11, 2009, pp. 385-394.

MIKELENAS, V.: “Reform of private international law in Lithuania”, *Yearbook of private international law*, vol. 7, 2005, pp. 161-181.

MILES, J.: “Charman v Charman (Nº4) - making sense of need, compensation and equal sharing after *Miller/McFarlane*”, *Child and family law quarterly*, vol. 20, núm. 3, 2008, pp. 381-385.

MINGORANCE GONSÁLVEZ, C.: “Registro de la propiedad y régimen económico de los matrimonios extranjeros en España”, *Revista crítica de derecho privado*, núm. 5-6, 2010, pp. 59-74.

MIRALLES GONZÁLEZ, I.: “La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales”, *Indret*, núm. 1, 2012, pp. 1-24.

MOLINER NAVARRO, R.: “La ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalidad Valenciana, de régimen económico matrimonial valenciano (modificada por la Ley 8/2009). Cuestiones abiertas en torno a su

aplicación”, *Revista electrónica de derecho civil valenciano*, núm. 4, 2013.

MORA MATEO, J.E.: “Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones”, *Revista General de Derecho*, núm. 636, septiembre de 1997, pp. 10317-10351.

NAGY, C.I.: “El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 511-529.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, núm. 7913, 2012.

ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Control del orden público y supresión del exequatur en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. 9, 2009, pp. 201-224.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el derecho español”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 1, 2001, pp. 425-434.

PAJOR, T.: “Introducción a la nueva ley polaca de Derecho internacional privado de 4 de febrero de 2011”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 64, núm.1, 2012, pp. 263-285.

Ídem: “Introduction to the New Polish Act on Private International Law of 4 February 2011”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, pp. 381-388.

Ídem: “La nouvelle loi polonaise de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 101, núm.1, 2012, pp. 5-14.

PALAO MORENO, G.: “El *forum non conveniens* es incompatible con el Convenio de Bruselas (Comentario a la STJCE, de 1 de marzo de

2005, en el asunto C-281/02, Owusu)", *La Ley. Union Europea*, 2005, núm. 6306, pp. 1-5.

Ídem: "La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural", *Actualidad civil*, núm. 15, 2001, pp. 529 a 576.

PALMER, E.: "The Austrian codification of conflict of laws", *American Journal comparative law*, núm. 28, 1980, pp. 214-217.

PAREDES PÉREZ, J.I.: "La incidencia de los derechos fundamentales en la ley aplicable al estatuto familiar", *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 471-490.

PARRA LUCÁN, M.A.: "Autonomía de la voluntad y derecho de familia", *Diario La Ley*, núm. 7675, 2011, pp. 1-6.

PÉREZ MARTÍN, A.J.: "La determinación del régimen económico matrimonial", *Revista de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 38, 2008, pp. 29-61.

PRESA DE LA CUESTA, A.: "Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 662, 2000, pp. 3389-3416.

PUHARIC, K.: "Private international law in Slovenia", *Yearbook of private international law*, vol. 5, 2003, pp. 155-162.

QUEIROLO, I. y CARPANETO, L.: "Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento «Roma III»", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 48, núm. 1, 2012, pp. 59-86.

RENTERÍA AROCENA, A.: "La liquidación del régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad", *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de España*, núm. 104, 2004, pp. 1789-1801.

RESETAR, B.: "Matrimonial property in Europe: a link between sociology and family law", *Electronic journal of comparative law*, vol. 12.3, 2008, pp. 1-18.

Bibliografía

REVILLARD, M.: “Dix ans d’application de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, *Répertoire du Notariat Defrénois*, núm. 13, 2002, pp. 893-907.

Ídem: “La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, *Répertoire du Notariat Defrénois*, núm. 5, 1992, pp. 257-275.

Ídem: “Les nouvelles Conventions de la Haye et le droit patrimonial de la famille”, *Hague Yearbook of international law*, núm. 7, 1994, pp. 53-78.

RICCI, C.: “Habitual residence as a ground of jurisdiction in matrimonial disputes: from Brussels II *bis* to Rome “, en MALATESTA, A., BARIATTI, S. Y POCAR, F. (eds.): *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, Cedam, Pavoda, pp. 207-219

RIVAS ANDRÉS, R.: “Inscripción en el Registro Civil de capitulaciones de separación de bienes autorizadas por notario español”, *La notaria*, núm. 49-50, pp. 53-59.

ROBLES PEREA M.A.: “Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por extranjeros y la prueba del matrimonio celebrado fuera de España”, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de España*, núm. 161, 2009, pp. 2123-2127.

Ídem: “Las compras de cónyuges extranjeros Adquisición según el régimen económico matrimonial extranjero”, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de España*, núm. 110, 2004, pp. 3669-3672.

Ídem: “Sobre el conocimiento del registrador de los regímenes matrimoniales de los adquirentes extranjeros y la doctrina reciente de la D.G.R.N.”, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de España*, núm. 117, 2005, pp. 2053-2058.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.2, núm.1, 2010, PP. 186-202.

Ídem: “La exclusión de las obligaciones derivadas del derecho de familia y de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento

Roma I”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 112-130.

RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 27, 2014, pp. 1-59.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Do we need a Rome 0 Regulation”, *Journal of private international law*, vol. 9, núm. 3, 2013, pp. 535-538.

Ídem: “La inconstitucionalidad del art. 9.2 Cc de 1974 (Comentario a la STC 39/2002, de 14 de febrero)”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 54, núm.1., 2002, pp. 243-254.

ROJAS MONTES, L.: “Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVI, 1987, pp. 299-311.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva españolas”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 45, núm. 1, 1993, pp. 131-148.

SANZ VIOLA, A.M.: “El régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 662, 2000, pp. 3389-3416.

SCHERPE, J.: “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v Granatino. Equidad, libertad y “elementos extranjeros””, *Indret*, núm. 2, 2012, pp. 1-24.

SCHWIND, F.: “La codification du droit international privé en Autriche”, *Revue de droit international et de droit comparé.*, núm. 54, 1977.

SEGURA ZURBANO, J.M.: “Las formas de acreditar el régimen económico matrimonial de los extranjeros que otorgan fuera de su país”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 15, 1986, pp. 127-130.

SEIN, K.: “The development of private international law in Estonia”, *Yearbook of private international law*, vol. 10, 2008.

Bibliografía

SEOANE PREADO, J.: “Cuestiones procesales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional del régimen económico matrimonial”, *Diario La Ley*, núm.6, 1996, pp. 1552-1555.

SIMO SANTOJA, V.L.: “Matrimonial property regimes in private comparative international law”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año núm. 56, núm. 539, 1980, pp. 859-876.

SOTO BISQUERT, A., “La publicidad del régimen matrimonial de bienes” *Revista de derecho privado*, 1967, pp. 511-537.

STAATH, C.: “La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 10, 2010, pp. 717-729.

VAQUERO LÓPEZ, C.: “Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia: apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial internacional, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales”, *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 6, 2006, pp. 195-208.

VÁZQUEZ BOTE, E.: “La publicidad registral, base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 696, 2006, pp. 1557-1604.

VERBEKE, A.: “Perspectives for an international marital contract”, *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 8, núm. 2, 2001, pp. 189-200.

VIARENGO, I.: “The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes –Some General Remarks”, *Yearbook of private international law*, vol. 13, 2011, pp. 199-216.

VIDAL, M.D.: “El repudio en el Código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la Unión Europea”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, núm. 2, pp. 201-244.

VON OVERBECK, A.E.: “La Convention de la Haye sur la loi applicable aux regimes matrimoniaux”, *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXXIII, 1977, pp., 105-126.

WATTÉ, N.: “L’autonomie de la volonté dans les Conventions de la Haye”, *Revue belge de droit international*, vol. 24, núm. 1, 1991, pp. 413-437.

Ídem: “La détermination de la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, *Journal des tribunaux*, núm. 5224, 1982, pp. 661-665.

MOTA, H.: “El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, núm. 2, pp. 428-447.

YÁÑEZ VIVERO, F.: “El cambio de régimen económico matrimonial en fraude de acreedores en Suiza y España: análisis comparativo”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2002, pp. pp. 641-656.

JURISPRUDENCIA CITADA (POR ORIGEN, TRIBUNAL Y ORDEN CRONOLÓGICO)

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 6 de marzo de 1980, C-120/79, *De Cavel, Rec.*, 1980.

STJUE de 27 de febrero de 1997, C-220/95, *Van den Boogaard v Laumen, Rec.*, 1997.

STJUE de 1 de febrero de 2005, C-281/02, *Owusu, Rec.*, 2005.

STJUE de 16 de julio de 2009, C-168/08, *Hadadi, Rec.*, 2009.

STJUE de 2 de abril de 2009, C-523/07, *A, Rec.* 2009.

STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU, *B. Mercredi, Rec.*, 2010.

II. TRIBUNALES ESPAÑOLES

1. Tribunal Supremo

STS 25 septiembre 1954 (RJ 1954\2348).

STS 23 abril 1970 (RJ 1970\2031).

STS 2 abril 1972 (RJ 1972\1859).

STS de 6 de octubre de 1986 (RJ 1986\5327).

STS de 6 de junio de 1994 (RJ 1994\4585).

STS 13 julio 1996 (RJ 1996\5583).

STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998\1042).

STS de 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6799).

STS de 5 de junio de 1999 (RJ 1999\4244).

STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005\1407).

2. Audiencias Provinciales

SAP de Tenerife de 25 de mayo de 2001 (JUR 2001\260856).

AP de Baleares de 30 de marzo de 2002 (JUR 2002\192542).

SAP de Islas Baleares de 10 de septiembre de 2002 (JUR 2002\272157).

SAP de Pontevedra de 8 de enero de 2003 (JUR 2003\108347).

SAP de Zaragoza de 28 febrero de 2003 (JUR 2010\67413).

SAP de Barcelona de 19 marzo de 2003 (AC 2003\1119).

SAP de Granada de 13 julio 2005 (JUR 2005\138285).

SAP de Valladolid de 29 de septiembre de 2005 (JUR 2006\36781).

SAP de Barcelona de 11 de noviembre de 2005 (JUR 2006\58265).

SAP de Barcelona de 17 abril de 2007 (JUR 2007\271238).

SAP de Vizcaya de 27 de julio de 2007 (AC 2008\758).

SAP de Tenerife de 29 octubre de 2008 (AC 2008\2122).

SAP de Huesca de 13 de enero de 2009 (JUR\2009\240026).

SAP de Barcelona de 24 de marzo de 2009 (AC 2009\1383).

SAP de Almería de 17 de abril de 2009 (JUR 2009\272940).
SAP de Barcelona de 30 de junio de 2009 (JUR 2009\ 418657).
SAP de Barcelona de 21 diciembre de 2009 (JUR 2010\84277).
SAP de Pontevedra de 14 enero de 2010 (JUR 2010\83212).
SAP de Madrid de 16 de julio de 2010 (JUR 2010\31011).
SAP de Guipúzcoa de 29 de octubre de 2010 (JUR 2010\416762).

3. Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN de 4 de junio de 2001 (RJ 2002\5494).
RDGRN de 6 noviembre de 2002 (RJ 2003\444).
RDGRN de 19 de diciembre de 2003 (RJ 2003\234).
RDGRN de 12 de febrero de 2004 (RJ 2004\2000).
RDGRN de 23 noviembre 2006 (JUR 2008\112558).
RDGRN de 25 septiembre 2007 (JUR 2007\315032).
RDGRN de 9 enero de 2008 (RJ 2008\2090).
RDGRN de 12 de marzo de 2008 (JUR 2009\214901).
RDGRN de 22 de mayo de 2009 (RJ 2010\301933).
RDGRN de 1 de septiembre de 2009 (JUR 2010\352996).
RDGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012\3168).
RDGRN de 28 de julio de 2012 (RJ 2012\10379).
RDGRN 9 mayo de 2013 (JUR 2013\330071).

RDGRN 14 de mayo de 2013 (JUR 2013\330212).

RDGRN de 15 de julio de 2013 (JUR 2014\174484).

RDGRN de 26 de julio de 2013 (JUR 2014\174487).

RDGRN de 10 de enero de 2014 (JUR 2014\217082).

RDGRN de 18 de febrero de 2014 (JUR 2014\214619).

III. TRIBUNALES DE INGLATERRA Y GALES

1. Supreme Court (House of Lords)

Radmacher v Granatino [2010] UKSC 42.

Miller v Miller; McFarlane v McFarlane [2006] UKHL 24.

White v White [2000] 1 UKHL 54.

2. Court of Appeal

Robson v Robson [2010] EWCA Civ. 1171.

Radmacher v Granatino [2009] EWCA Civ. 649.

B v B [2008] EWCA Civ. 543.

Crossley v Crossley [2007] EWCA Civ. 1491.

Charman v Charman [2007] EWCA Civ. 503

Dart v Dart [1996] EWCA Civ. 1343.

Edgar v Edgar [1980] EWCA Civ. 2.

3. High Court

NG v KR [2008] EWHC 1532 (fam).

CR v CR [2007] EWHC 3334 (fam).

P v P [2007] EWHC 2877 (fam).

L v L [2006] EWHC 956 (*fam*).

K v K [2003] EWHC 3178 (fam).

NORMATIVA CITADA (POR ORIGEN Y ORDEN CRONOLÓGICO)

I. Legislación de la Unión Europea

Reglamento (CEE) n° 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) (*DO L 199* de 31 de julio de 1985)

Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (*DO C 340* de 10 de noviembre de 1997).

Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22-12-2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO L* de 16 de enero de 2001).

Reglamento del Consejo (CE) n° 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (*DO L 294* de 10 de noviembre de 2001).

Reglamento (CE) n° 1435/2003 de 22 de julio de 2003, del Consejo relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea (*DO L 207* de 18 de agosto de 2003)

Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DO L 251* de 3 de octubre de 2003).

Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DO L 16* de 23 de enero de 2004).

Reglamento n° 2201/2003 del Consejo, de 27-11-2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental (*DO L 338* de 23 de diciembre de 2003).

Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (*DO L 158* de 30 de abril 2004).

Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (*DO L 375* de 23 de diciembre de 2004).

Directiva 2005/71/CE del Consejo de 12 de octubre de 2005 relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (*DO L 289* de 3 de noviembre de 2005).

Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. (*DO L 399* de 30 de diciembre de 2006)

Reglamento (CE) n° 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11-7-2007, relativo a las obligaciones extracontractuales (*DO L 199* de 31 de julio de 2007).

Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. (*DO L 199* de 31 de julio de 2007).

Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17-6-2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*DO L 177* de 4 de julio de 2008).

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*DO L 348* de 24 de diciembre de 2008).

Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (*DO L 155* de 18 de junio de 2008).

Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo de 18-12-2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos (*DO L 7* de 10 de enero de 2009).

Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria (*DO L 78* de 24 de marzo de 2009).

Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20-12-2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DO L 343* de 29 de diciembre de 2010).

Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales de 16 de marzo de 2011 (COM (2011) 126 final).

Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de uniones registradas de 16 de marzo de 2011 (COM (2011) 127 final).

Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4-7-2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DO L 201* de 27 de julio de 2012).

II. Legislación Española

Real Decreto de 22-8-1885 por el que se publica el Código de Comercio (*Gaceta de Madrid*, de 16-10 a 24-11-1885).

Real Decreto de 24-7-1889, disponiendo la publicación en la *Gaceta de Madrid* de la edición reformada del Código Civil (*Gaceta de Madrid*, de 25-7-1889).

Decreto de 2-7-1944, que aprueba el Reglamento de la organización y régimen de notariado (*BOE*, de 7-7-1944).

Ley del Registro Civil, de 8-6-1957 (*BOE*, de 10-6-1957).

Decreto de 14-11-1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (*BOE* 11-12-1958).

Decreto 1836/1974 de 31-5 por el que se sanciona con fuerza de ley el Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil (*BOE* de 9-7-1974).

Ley 11/1990 de 15-10, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (*BOE* de 18-10-1990).

Compilación de derecho civil de las Islas Baleares (*BOIB* núm. 120 de 2 de Octubre de 1990).

Real Decreto 1784/1996, de 19-7 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (*BOE*, de 31-7-1996).

Ley 1/2000, de 7-1, de Enjuiciamiento Civil (*BOE*, de 8-1-2000).

Ley de régimen económico matrimonial valenciano (*DOCV* núm. 5475 de 22 de Marzo de 2007).

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (*DOGC* núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010).

Ley 20/2011 de 11-7, del Registro Civil (*BOE* de 22-7-2011).

III. Legislación Inglaterra y Gales

Wills Act 1837 (1837 C.26 (Regnal. 7 Will 4 and 1 Vict))

Married Women's Property Act 1882 (1882 C.75 (Regnal. 45 and 46 Vict)).

Normativa Citada

Administration Estates Act 1925 (1925 C.23 (Regnal 15 and 16 Geo 5)).

Law Reform Married Women and Tortfeasors Act 1935 (1935 C.30 (Regnal. 25 and 26 Geo 5)).

Married Women's Property Act 1964 (1964 C. 19).

Divorce Reform Act 1969 y la Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 (1970 C. 45).

Matrimonial Causes Act 1973 (1973 C. 18).

Inheritance Act 1975 (1975 C. 63).

Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act 1978 (1978 C. 22).

Family Law Act 1996 (1996 C. 27).

Equality Act 2010 (2010 C. 15).

Family Procedure Rules 2010 (2010 No. 2955 (L.17)).

Inheritance and Trustee's Act 2014 (2014 C.16)

OTROS DOCUMENTOS

Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia – Texto adoptado por el Consejo Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998 (*DO* C19 de 23 de enero de 1999).

Conclusiones de la presidencia del Consejo europeo extraordinario de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999 (COM (2001) 0628 final).

Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* C12 de 15 de enero de 2001).

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» (COM (2005) 184 final, *DO* C236 de 24 de septiembre de 2005).

Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo (COM (2006) 400 final).

Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (*DO* C115 de 4 de mayo de 2010).

Informe 2010 sobre la ciudadanía de la Unión: la eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la UE (COM (2010) 603 final).

Resumen de la evaluación del impacto del impacto (*SEC* (2011) 328 final) que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Disipación de las incertidumbres en torno a los derecho patrimoniales de las parejas internacionales (COM (2011) 125 final).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema: El 28 o régimen – Una alternativa para legislar menos a nivel comunitario” (DO C 21 de 21 de enero de 2011).

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento 2201/2003, COM (2014) 225 final.

Consejo de la Unión Europea. Estado de los trabajos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales y de la Propuesta del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, de 24 de noviembre de 2014, 15888/1/14 JUSTCIV 304.

RECURSOS ELECTRÓNICOS Y BASES DE DATOS

I. DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

1. Datos estadísticos de la Unión Europea

<http://ec.europa.eu/eurostat>

2. Sobre el Acuerdo franco alemán por el que se instituye un régimen económico matrimonial común

<http://consulathonoraireallemagnerennes.fr/SitewebConsulatFichiers/liens/Site%20web%20Consulat%20Fichiers%20liens/Dossier%20presse%20regime%20matrimonial%20commun.pdf>

<http://www.france-allemande.fr/Traite-de-l-Elysee-22-janvier-1963,0029.html>

3. Sobre la Comisión de derecho de familia europeo

<http://ceflonline.net/>

<http://ceflonline.net/property-relations-reports-by-jurisdiction>

II. BASES DE DATOS

Westlaw: <http://www.westlaw.es/>