

LA OPOSICIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y LA PROTECCIÓN DEL TERCERO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

THE OPPOSITION OF THE MATRIMONIAL PROPERTY REGIME AND THE PROTECTION OF THE THIRD PARTY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Prof. Ayudante doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
orcid ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 31.05.2017 / Aceptado: 07.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3864>

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto el estudio de la protección que el tercero que se relaciona con persona casada tiene en el ordenamiento jurídico español. Este estudio, aunque no en exclusiva, se centrará en las soluciones que el Derecho internacional privado español brinda al respecto. La contratación entre particulares donde existe un elemento de extranjería está a la orden día, no es una ninguna novedad. Sin embargo, cuando uno de los contratantes no cumple con lo pactado y se convierte en deudor, la otra parte (el tercero) puede quedar en una situación de desprotección si dicho deudor es una persona casada. Tal desprotección no es por el hecho de su estado civil, sino debido a que el hecho de estar casado implica cambios en el patrimonio y de cómo éste debe responder en el tráfico jurídico. En definitiva, tener información sobre el régimen económico matrimonial de las personas con las que se contrata es importante. Pero aun así, hay muchas ocasiones en las que dicha información no existe en un Registro público español, o aun existiendo la información, ésta es errónea, por lo que el tercero queda en una situación incierta que debería intentar mitigar.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, tercero, ley aplicable, cónyuges, deuda.

Abstract: This paper studies the protection the Spanish legal order gives to a third party who is related with a married person. This study, although not exclusively, will focus on the solutions that Spanish private international law provides in this regard. The contracts where there is a foreigner element are not a novelty. However, when one of the parties fails to comply with the agreement and becomes a debtor, the other party (the third party) may be in a situation of lack of protection if said debtor is a married person. Such lack of protection is not due to the fact of his marital status, it is because being married implies changes in the patrimony and how this must respond in the legal traffic. In short, having information about the matrimonial property regime of the people with whom you contract is essential. But even so, there are many occasions that such information does not exist in a Spanish Public Registry, or although it is existed, is wrong, so the third is in an uncertain situation that must alleviate.

Keywords: matrimonial property regime, third, applicable law, spouses, debt.

Sumario: I. Introducción. II. Los factores que permiten que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede ser oponible a terceros. 1. Introducción. 2. La aplicación de la Ley que rige el régimen económico matrimonial a terceros conforme el Reglamento europeo sobre régimen

económico matrimonial. 3. La oposición de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial frente a un tercero en defecto de aplicación del Régimen europeo sobre régimen económico matrimonial. III. La publicidad como medio de protección del tercero en Derecho español. 1. Introducción. 2. La protección del tercero cuando existe publicidad en el Registro civil. A) Aproximación inicial. B) Matrimonio inscrito en el Registro Civil español cuyo régimen económico matrimonial no es pactado. C) Matrimonio inscrito en el Registro Civil español cuyo régimen económico matrimonial sí es pactado. D) La protección del tercero cuando existe publicidad en otros registros públicos españoles que no son el Registro Civil. IV. La protección del tercero cuando no existe publicidad registral en España. V. las anotaciones preventivas de embargo. VI. Los efectos que provoca en el tercero el cambio de régimen económico matrimonial. 1. Aproximación inicial. 2 El tipo de cambio y su origen. 3. La publicidad del cambio. 4. Los derechos adquiridos por tercero conforme al régimen anterior.

Introducción

1. Las relaciones jurídicas que desarrollan los cónyuges en el tráfico jurídico no tienen las mismas consecuencias jurídicas que las de una persona no casada. Especialmente nos referimos a cuando alguno de los cónyuges entabla relaciones con un tercero. A éste le va a afectar el régimen económico matrimonial que han establecido los cónyuges, si el mismo se ha modificado o si existen capitulaciones matrimoniales o algún pacto entre ellos.

2. La publicidad registral, es decir, que quede constancia en un Registro público español del régimen económico matrimonial o los pactos establecidos entre los cónyuges es una vía de protección al tercero que contrate con los cónyuges. Sin embargo, en muchas ocasiones el sistema registral falla, hay errores o simplemente no se tiene intención de hacer público las cuestiones patrimoniales que afectan al matrimonio. Esta situación se acrecienta en los asuntos privados internacionales en los que los cónyuges son ambos extranjeros o siendo españoles alguno de ellos regulan su régimen económico matrimonial conforme Derecho extranjero o tienen bienes fuera del territorio nacional. En estos casos, el tercero que se relaciona con alguno de los cónyuges puede quedar totalmente desprotegido, ya que en el caso de ostentar un crédito frente alguno de los miembros del matrimonio debería poder conocer su régimen económico matrimonial. Este aspecto será crucial para poder cobrar una posible deuda, ya que si los bienes pertenecen a uno sólo de los cónyuges, y no es el cónyuge deudor, el tercero verá que su intento de cobro fracasa.

3. Por lo tanto, en primer lugar, lo importante para el tercero será averiguar el régimen económico matrimonial mediante el cual operan los cónyuges en el tráfico jurídico. Una vez determinado este, será necesario apreciar si el mismo es oponible al tercero, para ello será esencial determinar la Ley aplicable para la oposición al tercero.

4. En Derecho Internacional privado español no hay normas de conflicto específicas para la protección del tercero¹. En poco tiempo esta ausencia no será relevante debido a la previsión que hace el legislador europeo en el *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales* (en adelante, Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial) sobre la cuestión². Aun así el citado Reglamento no soluciona todos los problemas que surgen para la protección del tercero. Por tal motivo será necesario acudir en algunos casos a la ley material española para saber cómo se puede proteger al tercero. En particular, será necesario tener en cuenta el régimen de publicidad registral que existe en España. El problema es que este régimen, en principio, no está previsto para asuntos de Derecho Internacional privado, así habrá supuestos en los que no será posible dar información registral sobre determinados

¹ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 146. A diferencia del Derecho español hay otros ordenamientos como el suizo que sí disponen de normas de conflicto que permiten la protección del tercero (art. 57 Ley federal suiza de 18 de diciembre de 1987 sobre Derecho internacional privado).

² DOUE L 183/1, de 8 de julio de 2016.

regímenes económicos matrimoniales, simplemente porque el matrimonio no puede acceder al Registro Civil por ser ambos cónyuges extranjeros. En estos casos habrá que hacer una combinación armónica de la diferente normativa existente, tanto material como conflictual, española y extranjera, en función del supuesto en el que nos encontremos.

II. Los factores que permiten que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede ser oponible a terceros

1. Introducción

5. La Ley aplicable al régimen económico matrimonial se ocupa de cuestiones muy variadas que afectan al patrimonio de los cónyuges. A este respecto, el Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial en su artículo 27 señala a efectos de dicha norma el ámbito de la Ley aplicable³. Así, podríamos destacar como aspectos incluidos todos aquellos relativos a la clasificación de los bienes de los cónyuges, como pasan de una categoría a otra, la responsabilidad de uno de los esposos frente a las deudas contraídas por el otro, la disolución del régimen económico... Además de los anteriores, un aspecto interesante a la luz del presente trabajo es el hecho de que el régimen económico matrimonial también se ocupa de determinar los efectos patrimoniales que dicho régimen presenta respecto a las relaciones que los cónyuges entablan con terceros. Esta cuestión, en principio, debería resolverse de acuerdo a la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Así, que el tercero conozca el régimen económico de los cónyuges con los que ha contratado será un aspecto esencial. Sin embargo, no siempre es fácil que el tercero conozca la Ley que rige el régimen económico de los cónyuges, especialmente cuando la ley que regula el régimen es extranjera. Por tanto, surge la duda de si en todo caso los cónyuges pueden oponer al tercero la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Para abordar la solución de este problema jurídico será necesario diferenciar entre lo dispuesto por el Derecho Internacional privado europeo y lo recogido en el Derecho internacional privado de producción interna.

2. La aplicación de la Ley que rige el régimen económico matrimonial a terceros conforme el Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial

6. El Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial en los arts. 22.3, 26.3, 27 letra f y 28 establece las condiciones en las que los cónyuges pueden oponer la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial a terceros que se relacionan con ellos. Este Reglamento, fruto de la cooperación reforzada entre 18 Estados miembros, entre los que se encuentra España, entró en vigor el pasado julio de 2016, aunque su aplicación integral tendrá lugar a partir de 29 de enero de 2019⁴.

³ Sobre este Reglamento, *vid. ad. ex.*, entre la doctrina española, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho Internacional privado: regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, Nº 40, septiembre, 2016; J. P. QUINZÁ REDONDO, Régimen Económico Matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 299-400; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea. La propuesta de Reglamento de marzo de 2011”, en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, M. A. PENADÉS FONS (Coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, pp. 555-571; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “capítulo 29. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/ M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2012, pp.405-413. *Vid.* entre la doctrina extranjera, ad ex., J. BACHMANN, *Die neuen Rom IV-Verordnungen: auf dem Wege zu einem einheitlichen Güterkollisionsrecht für Ehegatten und eingetragene Partner*, Remscheid, Gardez! Verlag, 2016; A. BONOMI, “The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF, y W. GEPHART, (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, págs. 231-247; C.M.V. CLARKSON, “Matrimonial property: the proposed EU Regulation”, *Trust&Trustees*, vol. 17, nº 9, october 2011, pp. 846-854; M. ESSER, *Die Beendigung ehelicher Güterstände mit Auslandsbezug in Deutschland und Frankreich: eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und französischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Kommissionsvorschläge zur EhegüterVO und PartgüterVO sowie der Regelungen zur Wahl-Zugewinnngemeinschaft*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2016; I. VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, págs. 199-215.

⁴ Art. 69.3 Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece

7. El art. 27.f señala que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se ocupará también de regular “*los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero*”. Sin embargo, el art. 28.1 matiza lo anterior recogiendo que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial sólo se podrá oponer al tercero cuando éste la conociera o debiera haberla conocido. Es más, el propio Reglamento establece diferentes supuestos en los que se presume que el tercero conoce la Ley aplicable al régimen económico designado por los cónyuges. Esos supuestos que señala el Reglamento podrían tener lugar cuando la Ley aplicable al régimen económico es:

- i) la Ley aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero; o
- ii) la Ley del país en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual; o
- iii) en el caso de que la controversia versara sobre bienes inmuebles, la Ley del lugar donde se halle el bien.

También se recoge en el art. 28.2 que al tercero se le podrá oponer la Ley aplicable al régimen económico matrimonial cuando los cónyuges hubieran dado publicidad a su régimen económico conforme a⁵:

- i) la Ley aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero; o
- ii) la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual; o
- iii) en el caso de los bienes inmuebles, la ley del Estado en el que se halle el bien.

Estas conexiones que presenta el Reglamento basadas en leyes cercanas a las partes persiguen la previsibilidad, evitar sorpresas al tercero. En definitiva, que pueda prever de forma segura y cierta cuándo se le va a aplicar la Ley que rige el régimen económico matrimonial de los cónyuges con los que se ha relacionado. Esta regulación que ofrece el Reglamento aporta seguridad jurídica al tercero ya que, aunque es cierto que no agota todos los supuestos que pueden tener lugar⁶, sí que quedan regulados una gran parte de ellos.

una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales europeo sobre régimen económico matrimonial (DOUE núm. 113, de 29 de abril de 2017, p. 62).

⁵ *Ejemplo práctico.* Cónyuges malteses con residencia habitual en Madrid que adquieren un bien inmueble sito en Marbella. Al registrar el bien en el Registro de la Propiedad no se hace mención alguna de su régimen económico matrimonial, tampoco en la proporción en la que el bien pertenece a cada uno de los cónyuges, sólo se hace la siguiente mención “La Ley maltesa es la Ley rectora de los efectos de su matrimonio”. Pasado un tiempo, la mujer contrajo deudas por valor de 200.000 euros debido a su condición de empresaria, un tercero acreedor pretende enajenar dicho bien inmueble sito en Marbella para poder cobrar su deuda pero el esposo se opone alegando que la mitad del bien es de su propiedad y que conforme a la Ley maltesa que rige su régimen de comunidad de bienes (art. 1339 CC maltés) primero se debe ir contra el patrimonio personal del cónyuge deudor y si no fuera suficiente únicamente contra la parte del bien que posea el cónyuge deudor. De este modo cabe preguntarse si sería posible oponer la Ley maltesa que es la Ley aplicable al régimen económico matrimonial al acreedor español. Siguiendo el razonamiento planteado por el *Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial* se podría decir que en este caso aunque no se hace mención expresa al régimen económico por el que se rigen los cónyuges sí que se señala la Ley aplicable al mismo, el cual es la Ley maltesa. Así cabe plantearse si este supuesto encajaría dentro del establecido por el art. 28.2 del *Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial*, ya que no se ha hecho publicidad de régimen en concreto pero sí de la Ley aplicable al mismo conforme a la Ley española que es la Ley de la residencia habitual de la cónyuge deudora y del acreedor. Desde nuestro punto de vista, la respuesta debe ser afirmativa, el supuesto sí podría ser uno de los previstos en el art. 28.2 del Reglamento, ya que el acreedor español pudo prever al aparecer en el Registro de la propiedad que la Ley maltesa es la Ley aplicable al Régimen económico ya que se especificaba que dicha Ley era la que rige los efectos del matrimonio. Por tanto, al acreedor español se le podría oponer la Ley maltesa que es la Ley que rige el régimen económico matrimonial. Será dicha Ley la que determine en qué medida dicho bien inmueble puede ser embargado para satisfacer la deuda del tercero español. Sin embargo, no hay que olvidar que lo que conoce el tercero es la Ley aplicable al régimen, faltaría determinar el régimen concreto por el que se rigen los cónyuges dentro de dicho ordenamiento. Aquí es importante para el tercero conocer si existe pacto entre los cónyuges, en defecto de éste, el régimen aplicable debería ser el legal establecido por defecto en el Derecho maltés.

⁶ D. MARTINY, “The effects of marital property agreements in respect of third parties”, en A.L. Verbeke/ J.M.Sherpe/ C. Decker, T. Helms/P. Senaev, *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum Walter Pintens*, Intersentia, 2012, p. 924.

El Reglamento con el fin de ser lo más exhaustivo posible recoge la Ley aplicable en los casos en los que no sea posible aplicar la Ley que regula el régimen económico matrimonial al tercero. En ese caso, conforme al art. 28.3 del Reglamento sería aplicable:

- i) la Ley aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, o
- ii) en el caso de los bienes inmuebles o de los bienes o derechos registrados, la ley del Estado en el que se halle el bien inmueble o en el que estén registrados los bienes o derechos.

8. Junto con la oposición de la Ley del régimen económico matrimonial a tercero, hay otros artículos a lo largo del Reglamento que se ocupan también de determinar cómo queda protegido el tercero cuando se relaciona con personas casadas. Así, el art. 22.3 señala que a los terceros no se les podrán aplicar los cambios retroactivos en la Ley aplicable cuando los mismos afectan negativamente a sus derechos.

3. La oposición de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial frente a un tercero en defecto de aplicación del Régimen europeo sobre régimen económico matrimonial

9. La aplicación del Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial a partir del 29 de enero de 2019 hace necesario tener en cuenta lo dispuesto por el Derecho Internacional privado español en relación a la oposición al tercero de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Así, en este sentido, es posible destacar tres posibles soluciones doctrinales, ya que no hay que olvidar que no hay regulación legal al respecto en el sistema de Derecho Internacional privado español. Las alternativas serían las siguientes⁷:

En primer lugar se podría destacar la tesis de que para poder oponer a un tercero el régimen económico matrimonial por el que se rigen unos cónyuges es necesario seguir los criterios de la *Ley del país de la situación de los bienes*, ya sean muebles o inmuebles (art. 10.1 CC). Esta posición puede tener más sentido cuando se trata de bienes inmuebles, ya que el tercero puede saber perfectamente donde están sitios y consultar la legislación al respecto. Sin embargo, lo mismo no se puede predicar de los bienes muebles. Éstos podrían encontrarse en cualquier lugar, el tercero, en realidad podría no conocer con exactitud su ubicación, por lo que no podía conocer la Ley aplicable. Además, conviene no olvidar la función del art. 10.1 CC⁸. Su objetivo es regular la publicidad de las transacciones que tienen que ver con bienes concretos y determinados, no a la publicidad en general de los bienes integrados en un patrimonio como puede suceder con el conjunto de bienes que componen el patrimonio de un matrimonio⁹.

En segundo lugar, otra opción es que la Ley que determine si un concreto régimen puede oponerse o no a un tercero sea la Ley que regula el régimen económico matrimonial. Dicha Ley podría venir deter-

⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 215-217.

⁸ *Ejemplo práctico A.* Un matrimonio ruso adquiere un bien inmueble en Castellón en el verano de 2016. Las exigencias de publicidad que recaen sobre dicha transacción se rigen por el art. 10.1 CC. Así, por tanto, es la Ley del lugar donde se halle sito el inmueble es la que regirá las cuestiones que afectan a la publicidad, es decir, la Ley española. Uno de los cónyuges contrae deudas con un tercero español y éste intenta embargarle el bien inmueble, pero el cónyuge deudor intenta oponer su régimen económico matrimonial el cual se rige por el Derecho ruso. Dicho régimen podrá oponerse si efectivamente en el Registro de la propiedad quedó constancia de dicho régimen económico matrimonial.

Ejemplo práctico B. Un matrimonio de nacionalidad estadounidense pero que ha residido en Australia los últimos diez años se traslada a España recientemente. El marido emprende diferentes negocios en Madrid y contrae deudas por valor de 500.000 euros. El banco X, su principal acreedor, desea embargar todos los activos de los que se compone su patrimonio, el cual se conforma principalmente de dinero, acciones en bolsa y joyas. El señor estadounidense se opone al embargo alegando que dicho patrimonio le pertenece de acuerdo a su régimen económico matrimonial sólo en un 30%, el 70% restante es de su esposa. Siguiendo esta tesis sustentada en el art. 10.1 CC, la ley que debe regir la posibilidad de oponer el tercero acreedor el régimen económico matrimonial debe ser la Ley del lugar donde están sitios los bienes. Como se trata de un patrimonio de bienes muebles, el tercero debería cerciorarse de qué dice la ley del país o países en el que se encuentran dichos bienes. Dicha situación es especialmente compleja y gravosa para un tercero, además puede hasta resultar inútil, ya que actualmente a golpe de click se pueden hacer transferencias bancarias que permitirían trasladar el dinero de un país a otro sin que el tercero pueda tener constancia de ello.

⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 215.

minada por los arts. 9.2 y 9.3 CC en la actualidad¹⁰. Esta solución podría ser la más adecuada debido a que respecta a la perfección la imperatividad de la norma de conflicto. Sin embargo, el problema surge cuando el tercero no tiene conocimiento del régimen económico por el que se rigen los cónyuges. Esta situación no es poco frecuente cuando se trata de matrimonio donde ambos cónyuges son extranjeros y no hay constancia alguna sobre su régimen en ningún registro español. Así, ante tal falta de información registral, al tercero no le quedaría más opción que averiguar el régimen. Pero puede suceder que la determinación del régimen no sea posible debido a que el tercero desconoce *ad ex.*, que los cónyuges en el momento de contraer matrimonio no ostentaban la misma nacionalidad que ostentan al contratar con el tercero¹¹.

Con el fin de evitar los efectos negativos de imponer al tercero la Ley aplicable al régimen económico matrimonial por el que se rigen el cónyuge o cónyuges con los que se ha relacionado cuando lo desconoce, algunos autores han considerado que la Ley aplicable debería ser la de Ley de la residencia habitual común del esposo deudor y del tercero¹². En atención a esta posición, la posibilidad de oponer el régimen económico matrimonial es decidida por la Ley de la residencia habitual común del cónyuge deudor y del tercero. Para que esta opción opere es necesario que se cumplan dos requisitos: 1) el régimen económico matrimonial debe ser válido conforme al Derecho que lo rige; 2) el tercero debe probar que no conocía que el Derecho extranjero era el que regía el régimen económico matrimonial de los cónyuges. Además dicha falta de conocimiento no puede deberse exclusivamente a falta de diligencia por parte del tercero. Esta solución de aplicar la Ley de la residencia habitual de las partes no debería aplicarse cuando el tercero sabe que el régimen económico de los cónyuges se rige por una Ley extranjera. En este caso debería aplicarse la Ley aplicable al régimen económico matrimonial¹³.

III. La publicidad registral como medio de protección del tercero en Derecho español

Introducción

10. Una vez determinada la Ley que rige la oposición a tercero de un régimen económico matrimonial es necesario plantearse el escenario que tendría lugar cuando el problema jurídico tiene lugar en

¹⁰ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 216.

¹¹ *Ejemplo práctico*. Un señor de nacionalidad portuguesa debe a un señor español con residencia habitual en Badajoz 75.000 euros debido a transacción mediante la cual el señor portugués adquirió un coche de alta gama. La ley aplicable a la transacción es la Ley que rige el contrato, la cual vendrá determinada por el Reglamento Roma I y es la que determinará si el que reclama la deuda tiene tal derecho. Sin embargo, una vez reconocido su derecho de crédito, el tercero debería consultar el régimen económico matrimonial de su deudor a efectos de saber si los bienes que comparte en España con su esposa están sujetos a un régimen de comunidad de bienes o de separación de bienes, cual es la cuota que posee cada uno sobre los mismos... Para llegar a dicha información debería determinar el régimen económico matrimonial de los cónyuges. En el caso de existir alguna información al respecto en algún registro español, la situación sería más fácil, pero en ausencia de ésta, debe conforme a las normas de conflicto españolas llegar a determinar el régimen económico de los cónyuges. Para eso, el tercero necesitaría saber la nacionalidad que ostentaban los cónyuges al momento de contraer matrimonio o la residencia habitual que ostentaban en aquel momento o si hay un pacto entre ellos donde se estipulan previsiones sobre su régimen económico. La falta de esta información llevaría no permitiría al tercero conocer el régimen económico matrimonial.

¹² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 216; Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 150-153.

¹³ *Ejemplo práctico*. Un señor argentino residente en España casado con brasileña residente también en España contrae deudas por valor de 50.000 euros. La entidad de crédito acreedora decide proceder al embargo. Sin embargo, el señor argentino opone la aplicación de su régimen económico matrimonial alegando que el bien inmueble que pretende embargar el tercero español sólo le corresponde a él en un 10%. Si el banco español, actuando de buena fe no ha tenido conocimiento de que dicho deudor está inmerso en un régimen económico matrimonial en el que la Ley aplicable es extranjera, la Ley que determinará si dicho régimen matrimonial argentino puede aplicarse será la Ley española. Ley de la residencia habitual del tercero y del deudor. La Ley española exige que para que un régimen extranjero pueda ser opuesto es necesario diferenciar dos supuestos. Si el régimen es pactado o no lo es. Si el régimen económico extranjero es pactado, es decir se recoge en un acuerdo celebrado antes o durante el matrimonio debe aparecer en el Registro Civil. La falta de publicidad en principio no permitiría su oposición en atención al Derecho español. Si el régimen no es pactado y es el régimen legal, el aplicable por defecto, debe quedar constancia de dicho régimen, al tercero se le debe informar, bien el propio cónyuge o puede constar en Registro público, *ad ex.*, en el Registro de la propiedad junto con la titularidad de un bien inmueble, si no, su oponibilidad a tercero conforme a Derecho español no será posible.

la esfera del ordenamiento español. Las soluciones que ofrece el Derecho español varían en función del supuesto en el que nos encontremos, ya que no es lo mismo el matrimonio que se rige por un régimen económico matrimonial extranjero y el mismo consta registrado en el ordenamiento español, que el matrimonio que alega regirse por un régimen económico matrimonial pactado por ambos pero del cual sólo existe constancia en un Registro público extranjero. Por tanto, si el matrimonio se encuentra inscrito en el Registro Civil o existe mención a un pacto entre los cónyuges en algún registro público, el tercero puede contar con información que le puede ayudar en su relación con el cónyuge deudor. De este modo, vamos a diferenciar diferentes supuestos: 1) matrimonio inscrito en el Registro Civil sin mención a régimen matrimonial pactado; 2) matrimonio inscrito en el Registro Civil donde constan capitulaciones matrimoniales; 3) La protección del tercero cuando existe publicidad en otros registros públicos españoles que no son el Registro Civil.

2. La protección del tercero cuando existe publicidad en el Registro civil

A) Matrimonio inscrito en el Registro Civil español cuyo régimen económico matrimonial no es pactado

11. En este apartado el supuesto de hecho del que partimos es el siguiente: matrimonio inscrito sin mención a régimen económico matrimonial pactado. En la actualidad como abordaremos más adelante sólo aparece junto con la inscripción del matrimonio la existencia de pacto capitular. Así, por tanto, si no existe pacto entre los cónyuges, no tiene por qué especificarse el régimen económico matrimonial concreto por el que se rigen los cónyuges. Esta situación nos podría plantear dos problemas jurídicos diferentes. De un lado, el tercero debe averiguar cuál es la Ley aplicable al régimen económico de los cónyuges. Decimos averiguar porque partimos de que no hay constancia alguna de dicha Ley o del régimen concreto en el Registro Civil. De otro, una vez que se ha localizado el Derecho aplicable, se van a plantear unos u otros problemas en función del tipo de Ley que resulte de aplicación, ya sea la española o una extranjera.

12. En primer lugar, en cuanto a la averiguación del régimen económico, es necesario acudir a las normas de conflicto sobre la materia, en concreto al art. 9.2 del Código Civil. Este artículo es la norma de conflicto que determina la Ley aplicable a los efectos del matrimonio en defecto de pacto¹⁴. La Ley aplicable al régimen económico conforme al art. 9.2 del Código Civil español puede ser la ley nacional común de los cónyuges al momento de contraer matrimonio, en defecto de esta, la ley personal o la de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges elegida en documento auténtico por ambos antes de la celebración del matrimonio, en defecto de elección, será aplicable la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y falta de la misma, la ley del lugar de celebración del matrimonio.

En muchas ocasiones sin la colaboración de las partes, el tercero va a tener difícil la determinación del Derecho aplicable. Ante la falta de información registral no va a poder llegar a saber con exactitud la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de su deudor. Por ese motivo, ha habido alguna propuesta doctrinal en la que se ha planteado si es excesivo exigir al tercero que conozca la condición de cónyuge de su deudor, si éste es extranjero o si está casado con extranjero, y que conozca también, por tanto, las normas de conflicto entran en juego para poder llegar al concreto Derecho aplicable. Según la Prof. ELENA RODRÍGUEZ PINEAU es necesario diferenciar el tipo de negocio que emprende el tercero con el cónyuge¹⁵. La diligencia exigida al tercero no debe ser la misma en un negocio de pequeña en-

¹⁴ Sobre el art. 9.2 del Código Civil, *vid., ad ex.*, con carácter general, M. AMORES CONRADI, "Las relaciones entre los cónyuges en el nuevo Derecho Internacional Privado de la familia: valores jurídicos y técnicos de reglamentación", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, nº 1, 1987, pp. 89-138; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado», *Anuario de Derecho Civil*, XLIV, 1991, pp. 626-634; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 195-207; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudios de DIPr.*, Granada, Comares, 2000, pp. 123-154; E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 26-34.; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «capítulo 29. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales», en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (DIRS.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 357-370.

¹⁵ *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 151.

vergadura que en un negocio que implique un traspaso de una propiedad o de una cuantía que en caso de impago pueda acarrear una repercusión considerable en el patrimonio del tercero. Es decir, cuanto mayor envergadura económica suponga el negocio, mayor diligencia debe acompañar las actuaciones del tercero. Por lo tanto, la doctrina se ha planteado si el tercero podría utilizar la presunción que existe en nuestro ordenamiento interno para los matrimonios sin elemento extranjero que luego explicaremos más adelante (la aplicación del régimen legal en defecto de mención a pacto capitular) y así prescindir de la aplicación de las normas de conflicto españolas en la materia¹⁶.

Una u otra solución dependerá del grado de exigencia que debe recaer sobre un tercero que se relaciona con un contratante casado. Así, cabría preguntarse si debería el tercero informarse sobre la condición de cónyuge y de extranjero del otro contratante en defecto de publicidad registral. Pero aun así, nos surge la duda de si a pesar de que el negocio sea de cierta envergadura se le podría exigir al tercero que contrata con cónyuge extranjero o cónyuge casado con extranjero que conozca las normas de Derecho Internacional privado español aplicable a la materia (art. 9.2 Código Civil) y de que si resultara de aplicación un Derecho extranjero al régimen económico matrimonial debiera conocer el contenido de tal ordenamiento. El conocimiento del contenido de tal ordenamiento es esencial tanto para determinar el régimen económico matrimonial aplicable en defecto de pacto, como para fijar el régimen de responsabilidad de ese cónyuge con respecto a ese régimen extranjero.

Desde nuestro punto de vista, siguiendo la imperatividad de la norma de conflicto, el tercero debería acudir a las normas de Derecho internacional privado español aplicables en defecto de pacto para determinar el régimen económico de los cónyuges. Es decir, no consideramos que haya que dar el mismo tratamiento al matrimonio inscrito con elemento extranjero que sin elemento extranjero. No obstante, aunque consideramos que esta debería ser la regla general, hay situaciones en las que la falta de información con la que cuenta el tercero le impide aplicando el art. 9.2 del Código Civil llegar al concreto régimen económico. Por lo tanto, en esos casos, la aplicación de la Ley de la residencia habitual del cónyuge deudor y del tercero como Ley aplicable al régimen económico matrimonial podría ser una solución.

13. Una vez determinada la Ley aplicable, nos enfrentamos a un segundo problema, ya que puede suceder que el Derecho que resulte de aplicación sea un Derecho extranjero o se trate del Derecho español. En concreto, nos vamos a centrar en las cuestiones a tener en cuenta cuando el Derecho aplicable es el español. Aquí se van a diferenciar distintos supuestos:

14. 1º) *Cónyuges ambos españoles que comparten vecindad civil.* En el caso de cónyuges ambos españoles que inscriben su matrimonio en el Registro civil sin mención a pacto entre ellos existe la presunción de que su régimen económico es el determinado por ley salvo disposición en contrario. De este modo, si un matrimonio se encuentra inscrito en el Registro Civil y no aparece mención alguna sobre su régimen económico matrimonial se presume que su régimen económico matrimonial es el de gananciales si la vecindad de los cónyuges es la común. La falta de mención cuando el matrimonio tiene vecindad civil catalana, valenciana, balear... hace que la presunción sea a favor del régimen legal aplicable por defecto en dichos territorios, es decir, separación de bienes (estas son las presunciones a las que anteriormente se hacía referencia)¹⁷. Esto es así debido a que por mandato del art. 14 del Código Civil la sujeción de una persona al derecho civil común o al especial o al foral es determinada conforme a la vecindad civil.

¹⁶ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 151-153.

¹⁷ No obstante, en cuanto a la Comunidad valenciana no se puede dejar de mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 en la que se declara nula e inconstitucional la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial. En concreto el alto Tribunal considera que el legislador autonómico se excedió en sus competencias legislativas en materia civil en atención al art. 149.1.8 CE. Sobre los efectos jurídicos de la sentencia decir que no afectan a las situaciones jurídicas consolidadas. Por lo tanto, una persona con dicha vecindad civil puede seguir gobernando su patrimonio conyugal conforme al mismo régimen económico que venía haciéndolo antes de la sentencia, salvo que su voluntad cambie y quede constancia del cambio mediante capitulaciones matrimoniales. Del mismo modo, tampoco se alteran las relaciones de los cónyuges con respecto a terceros. Para un mayor detalle sobre esta sentencia vid. M. YZQUIERDO TOLSADA, "El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano", *CDT*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 330-347.

La determinación de la vecindad civil puede suponer una ardua tarea. De este modo, la regla general es que ésta se determina conforme a la vecindad civil que tengas los padres (art. 14 Código Civil español).

15. 2º) *Cónyuges españoles que no comparten vecindad civil.* La cuestión se recrudece cuando los cónyuges no comparten vecindad civil, el matrimonio no la altera, pudiendo los cónyuges optar por la vecindad civil del otro. Así, cuando unos cónyuges cuentan con vecindad civil diferente (uno tiene vecindad civil común y el otro conforme a un territorio con Derecho propio) surge la duda de cuál es el Derecho aplicable en defecto de pacto, si el Derecho civil común o el foral o especial. Esta situación plantea un problema de Derecho interregional que debería resolverse conforme a las normas de Derecho Internacional privado contenidas en el título preliminar del Código Civil, especialmente habría que tener en consideración el art. 16 del Código Civil.

16. 3º) *Cónyuges ambos extranjeros o Cónyuges español y extranjero.* Las cuestiones que plantábamos con anterioridad se agravan cuando el Derecho español resulta de aplicación (*ad ex.*, así lo ha determinado la norma de conflicto) y se trata extranjeros residentes en España, los cuales no ostentan vecindad civil, ya que la vecindad civil sólo la ostentan los nacionales españoles. Aun así, es necesario determinar qué Derecho español resulta de aplicación, si el común o el foral o especial. Ante la ausencia de una previsión legal específica al respecto se podría acudir al Derecho más próximo o más vinculado con el asunto¹⁸. Si la norma de conflicto permitiera individualizar y hacer aplicable un concreto Derecho español, *ad ex.* utiliza como punto de conexión la residencia habitual, sería una forma de llegar al Derecho civil concreto dentro del ordenamiento español. Se podría aplicar el Derecho de la Comunidad Autónoma en la que residen los cónyuges justo después de la celebración del matrimonio¹⁹.

17. Como ya se ha mencionado, en la actualidad sólo existe la obligación de inscribir en el Registro Civil los acuerdos o capitulaciones celebrados entre los cónyuges que afecten al régimen económico matrimonial. No es necesario en ningún caso hacer mención al régimen económico matrimonial legal. Este sistema de presunciones que señalábamos puede ser una guía para el tercero a la hora de determinar el régimen económico matrimonial de los cónyuges, pero aun así, no deja de ser incierto y nada fácil conocer el régimen económico de los cónyuges en defecto de pacto. Esta inseguridad jurídica es básicamente debida a la pluralidad de normas que existen en el ordenamiento jurídico español en lo que a regímenes económicos se refiere.

18. Sin embargo, esta falta de obligatoriedad de inscripción en el Registro Civil del régimen legal aplicable puede que deje de ser la regla existente en España en el caso de entrar en vigor la Ley

¹⁸ Vid. A.-L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, Granada, 2016, p. 527.

¹⁹ *Ejemplo práctico.* El señor Y de nacionalidad española y con residencia habitual en Madrid es acreedor de la Señora X de nacionalidad austriaca y con residencia habitual en Marbella. Ambos firmaron un contrato de franquicia mediante el cual la Señora X, franquiciada, se comprometía al pago mensual de 12.000 euros en concepto de derechos de explotación de la franquicia. El señor Y tras tres impagos seguidos decide informarse sobre el patrimonio de su deudora, así acude al Registro Civil y se entera de que está casada con señor español desde hace más de 20 años, pero en ningún momento aparece mención a pacto capitular o régimen económico alguno. El tercero para determinar el régimen de responsabilidad de su deudora ante la insuficiente información que le brinda el registro debería determinar el régimen económico del matrimonio conforme al art. 9.2 del Código Civil español, ya que no hay constancia de que existan capitulaciones. Así, conforme a esta norma, en defecto de nacionalidad común habrá que acudir al siguiente punto de conexión que es la Ley nacional o la de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges elegida por ambos antes del matrimonio en documento auténtico. Si no constara tal elección, el siguiente punto de conexión es el de la residencia habitual común tras el matrimonio. El tercero no sabe si el matrimonio instaló su residencia habitual en España justo después de su matrimonio, pero podría averiguarlo preguntando al deudor. Si eso fuera así, sería el Derecho español el aplicable. Pero debido a que el ordenamiento español es un sistema plurilegislativo cabe preguntarse a qué concreto derecho habrá que acudir ya que será el régimen legal por defecto el aplicable al régimen económico de la deudora austriaca casada con señor español. En atención al art. 16 del Código Civil español habrá que acudir al Derecho de la vecindad civil, en este caso, la señora austriaca al ser extranjera no tiene vecindad civil, así podría salvarse dicha laguna acudiendo al Derecho español más próximo o vinculado con el asunto. Debido a que la residencia de la deudora se encuentra en Marbella, el Derecho civil común podría considerarse el más vinculado con el asunto.

20/2011, de 21 de julio de 2011, norma que modifica la Ley del Registro Civil, cuya entrada en vigor se prevé para el 30 de junio de 2017 e implicaría un importante cambio en el régimen actual²⁰. Esto es así debido a que con la citada reforma existiría la obligación para todos los matrimonios celebrados a partir de su entrada en vigor de que constara su régimen económico matrimonial en el Registro Civil junto con la inscripción del matrimonio, con independencia de que dicho régimen fuera legal o paccionado²¹.

19. Ante este escenario cabe plantearse si esta nueva regla podría también aplicarse a los matrimonios mixtos o matrimonios entre extranjeros que residen en nuestro país que han accedido al Registro Civil. La respuesta debería ser afirmativa, si en base al art. 60 de la nueva Ley de Registro Civil existe la obligatoriedad de mencionar junto con la inscripción del matrimonio el Régimen económico matrimonial, tal obligación debe entenderse *erga omnes*, aplicable a todo matrimonio que accede al Registro Civil, con independencia de que sea entre españoles, o entre español o extranjero. Aquí el problema se encontraría en el matrimonio entre extranjeros, celebrado en el extranjero, este matrimonio no accedería en principio al Registro Civil²². Esta cuestión se abordará en una parte posterior del trabajo, ya que como se analizará existe una vía legal para que estos matrimonios puedan acceder al Registro Civil.

Por lo tanto, si el matrimonio con elemento extranjero se inscribe en el Registro Civil y también existe la obligación conforme al citado art. 60 de dejar constancia del régimen económico matrimonial por el que han optado los cónyuges, ya sea legal o pactado, la incertidumbre sobre el régimen legal aplicable desaparecería. Esta reforma de entrar en vigor solventaría en gran parte los problemas de protección al tercero que existen en el ordenamiento español.

B) Matrimonio inscrito en el Registro Civil español cuyo régimen económico matrimonial sí es pactado

20. En este caso, el acuerdo o capitulaciones matrimoniales pueden haberse celebrado en España o en el extranjero. En el caso de celebrarse en España se deben seguir los requisitos de fondo y de forma que se exigen en nuestro ordenamiento jurídico, además de que las partes deben ser capaces y prestar su consentimiento. En cuanto a los requisitos formales, se debe atender a los criterios exigidos bien por la Ley del lugar de celebración, o la Ley aplicable a su contenido, o la Ley nacional del disponente o a la común de los otorgantes (art. 11.1 del Código Civil). En el caso de que sea el Derecho español el aplicable a la forma se debe atender a lo dispuesto por el art. 1327 CC. Es necesario que consten en escritura pública. En cuanto a los requisitos de fondo o sustanciales será necesario atender a lo dispuesto en la Ley que rige el pacto. Esta Ley vendrá determinada actualmente por lo dispuesto en el art. 9.3 CC²³. En cuanto a la inscripción del pacto, en el ordenamiento español no existe un registro específico

²⁰ BOE núm. 175 de 22 de julio 2011.

²¹ Vid. J.J. PRETEL SERRANO, "La publicidad del régimen económico legal en el Registro Civil", en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Dykinson, 2013, pp. 1436-1442.

²² Sobre este particular vid. P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional privado*, El Justicia de Aragón, 1999, pp. 451-452.

²³ Sobre el art. 9.3 CC *vid. ad ex.*, sin carácter exhaustivo, A.P. ABARCA JUNCO, «Los efectos del matrimonio», en A.P. ABARCA JUNCO, (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Madrid, 2004, pp. 119 y ss.; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «Los efectos del matrimonio», en Aguilar Benítez de Lugo, M., (Dir.), *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 135-164; M. AMORES CONRADI, «La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, enero-agosto 1991, núm. 11-12, pp. 54 y ss.; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado», *Anuario de Derecho Civil*, XLIV, 1991, págs. 233-249; A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., «Efectos del matrimonio», en A. -L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 207 y ss.; Carrascosa González, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudios de DIPr.*, Granada, Comares, 2000, pp. 154-176; P. DIAGO DIAGO, *Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho Internacional Privado*, El Justicia de Aragón, 1999; Espinar Vicente, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, 1996, pp. 304-319; C. ESPLUGUES MOTA/ J.L. IGLESIAS BUHIGUES/G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 9.ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 451-452.; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional privado*, 7.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 470 y ss.; J. M. FONTANELLAS MORELL, «Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil», en M.T ARECES PIÑOL (Coord.), *Estudios Jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2009, pp. 355 y ss.; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 464-465; J.L. IRIARTE ÁNGEL, «Capítulo IV. Normas de Dere-

para los acuerdos entre cónyuges como sí se contempla en otros ordenamientos jurídicos²⁴. Esta circunstancia no ayuda a la protección del tercero. De este modo, para que sea oponible a un tercero un pacto entre cónyuges que se rige por el Derecho español es necesario que se inscriba en el Registro Civil, si no, aunque dicho pacto sea válido no será oponible a tercero (art. 77.2 Ley del Registro Civil)²⁵. En el mismo sentido se enmarca el art. 1317 del Código Civil, cualquier modificación del régimen económico matrimonial realizado durante el matrimonio no perjudicará a los derechos ya adquiridos por terceros. Sin embargo, no hay que olvidar que este precepto sólo resulta de aplicación cuando el Derecho aplicable al pacto sea el español.

En el supuesto de que el acuerdo entre los cónyuges se haya celebrado en el extranjero se deberán atender a los siguientes requisitos para que pueda inscribirse en un Registro Público español:

- i) *El acuerdo entre los cónyuges debe ser válido*. El encargado del Registro Público correspondiente debe asegurarse de que dicho pacto que va a inscribir es válido. Los extremos que debe controlar son los ya estudiados anteriormente: 1) Capacidad de las partes; 2) Consentimiento de las mismas; 3) Validez del pacto en fondo y forma.
- ii) *Debe recogerse en un documento público extranjero*. El documento debe haber sido realizado por la autoridad pública extranjera competente en dar fe de ese tipo de actos jurídicos. La denominación de tal autoridad es indiferente para que dicho documento acceda a un Registro Público español. Lo relevante es que el documento se expida conforme a los requisitos legales del país de otorgamiento y que la autoridad extranjera sea competente para tal función y ésta sea similar a la que realizaría un notario español, el encargado de expedir este tipo de documentos en España. Esto se conoce como principio de equivalencia de funciones [art. 60 Ley 29/2015, de 30 de julio de 2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil²⁶ y la Disposición Adicional Tercera Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria 1.b)²⁷]. En concreto, para un acuerdo prematrimonial, en el mismo sentido que si se trata de unas capitulaciones matrimoniales, la autoridad pública extranjera debería haber controlado aspectos como la identidad de las partes (juicio de identidad) y su capacidad (juicio de capacidad), de la misma forma a como lo habría hecho un notario español.
- iii) *El documento público extranjero debe ser auténtico*. El registrador necesita comprobar que el documento público extranjero es auténtico. Las partes, por tanto, en atención a la normativa española aplicable al respecto deberán legalizar el documento público extranjero (art. 323.2.2.º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC) o realizar un trámite similar (Apostilla de la Haya) y traducirlo al idioma oficial (art. 144 LEC). En concreto, aunque se recoge lo mismo que en la LEC, *vid.* para el Registro Civil los arts. 86 y 88 del Reglamento del Registro Civil y para el Registro de la Propiedad los arts. 4 y 36 de la Ley Hipotecaria.

Estos requisitos podrían ser prescindibles en el caso de que el acuerdo ya conste en Registro Público extranjero. En ese caso sería posible practicar el asiento mediante certificación expedida por el Registro extranjero²⁸.

21. Sin embargo, que se haga mención en el Registro Civil al acuerdo celebrado entre los cónyuges no siempre ayuda al tercero. Esto es así porque dicha mención al pacto es eso, “una mera mención”,

cho internacional privado», en Sierra Gil, de las Cuesta (Coord.), *Comentarios al Código Civil, Tomo I*, arts. 1 al 89, Barcelona, 2000, pp. 403-522; E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 48 y ss.; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «capítulo 29. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales», en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 370-402.

²⁴ Entre los países que sí cuentan con este tipo de Registro se puede destacar, Países Bajos (art. 1:116 y art. 1:120 Código de Familia holandés), Letonia (Art. 115 Código Civil), Alemania (art. 1412 Código Civil alemán), Lituania (art. 3.103 Código Civil lituano) y Rumanía (art. 334.5 Código Civil rumano).

²⁵ Resolución de la DGRN de 23 de junio de 1988.

²⁶ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

²⁷ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

²⁸ *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 150.

en ningún caso se detalla el contenido²⁹. La información a la que puede acceder el tercero es incompleta. El tercero no puede conocer el contenido del acuerdo. Por lo tanto, al tercero el conocimiento de la existencia del pacto no le ayuda en la práctica si el cónyuge o el notario que lo realizó no le ayudan a determinar el contenido. Las opciones que tendrían el tercero de conocer el contenido podrían ser bien solicitando al propio cónyuge que le muestre el pacto o bien al notario en atención al Protocolo notarial correspondiente. El notario tiene la obligación de expedir una copia de las estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial a cualquier solicitante que pruebe que es titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges (art. 266.VII Reglamento del Registro Civil).

C) La protección del tercero cuando existe publicidad en otros registros públicos españoles que no son el Registro Civil

22. Además del Registro Civil existen el ordenamiento jurídico otros Registros como el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil que pueden también contener inscripciones relativas al régimen económico matrimonial de los cónyuges o la titularidad de sus bienes.

23. Respecto al *Registro de la Propiedad* decir que la protección que brinda al tercero es la misma que puede ofrecer el Registro Civil. Aunque en el Registro de la Propiedad se llevan a cabo inscripciones o anotaciones relativas a bienes inmuebles sitios en España, desde el año 2007 existe la obligación conforme al art. 159 de *Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944*³⁰ de que conste el régimen económico matrimonial si el otorgante de la escritura es una persona casada. Así, la protección que brinda el Registro de la Propiedad no es limitada a la titularidad de los bienes y si estos tienen cargas o gravámenes, también el tercero podrían saber el concreto régimen económico matrimonial si el titular del bien es una persona casada. Sin embargo, la necesidad de dejar constancia del concreto régimen económico en la escritura de propiedad ya se exigía en el ordenamiento español con anterioridad a 2007 para adquirentes cuyo régimen económico se regía por Derecho extranjero (art. 92 del Reglamento Hipotecario³¹).

24. La declaración de las otorgantes será esencial para que el notario pueda dejar constancia del régimen económico. Los comparecientes pueden acreditar su régimen económico conforme a Derecho extranjero bien presentando un pacto de capitulaciones o un certificado del Registro extranjero en la que aparecen inscritas (para que dicho certificado sea válido para el Registrador español deben cumplirse los requisitos del art. 36 del Reglamento hipotecario)³². Las partes también pueden probar su régimen económico matrimonial en defecto de pacto probando el Derecho extranjero. La cuestión problemática se deriva del hecho de que no se acredite el régimen, bien porque el esfuerzo de las partes ha sido insuficiente o bien porque no han realizado declaraciones al respecto. En ese caso surge la cuestión debido a las exigencias del art. 92 del Reglamento Hipotecario de hasta dónde debe llegar la obligación del notario y/o del registrador de acreditación del Régimen del adquirente. La DGRN ante la falta de determinación del régimen extranjero ha fijado la siguiente doctrina: el registrador de la propiedad puede aplicar el Derecho extranjero si lo conoce personalmente pero en ningún caso recae sobre el funcionario español la obligación de prueba del Derecho extranjero, tal obligación corresponde a las partes³³. Así, si las partes no acreditan el Derecho extranjero, la DGRN ha mantenido que ni el notario ni el registrador podrían con carácter facultativo suplir la falta de prueba. Dichas autoridades están sujetos al Derecho extranjero por el mandato imperativo de la norma de conflicto española, pero en el caso de que no pu-

²⁹ Vid. P. DIAGO DIAGO, "La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, N° 2067-2068, p. 2782.

³⁰ BOE núm. 25, de 29 de enero de 2007.

³¹ Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (BOE n° 106, de 16 de abril de 1947).

³² A. L. CALVO CARAVACA/ J.CARRASCOSA GONZÁLEZ., «Efectos del matrimonio», en A. -L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 219.

³³ Sobre el régimen de prueba del Derecho extranjero en el sistema de Derecho Internacional privado español, *vid, ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, "Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones Críticas", *REDI*, vol. 68,n° 2, julio-diciembre, 2016, pp. 133-156.

dieran probar el Derecho extranjero y por tanto determinar el régimen económico matrimonial deben suspender la inscripción, no puede aplicar el Derecho español³⁴.

25. Sin embargo, la práctica demuestra que ha habido supuestos en los que se ha realizado la inscripción del bien inmueble a pesar de no quedar acreditado el régimen económico. Este tipo de situaciones no favorece al tercero, ya que se enfrenta a una publicidad insuficiente que no le ayuda a tener la información necesaria del cónyuge o cónyuges con los que ha contratado o está dispuesto a contratar. Este tipo de supuestos ha sido alentado por la DGRN que ha permitido dichas inscripciones a pesar de que el régimen extranjero no quedaba acreditado. La Dirección General ha concluido en diferentes resoluciones que es posible practicar la inscripción de un bien aun cuando los adquirentes no determinen su régimen económico debiendo únicamente constar que el bien se adquiere “con sujeción al régimen económico de los cónyuges”³⁵. El razonamiento de la DGRN se basa en que la necesidad de determinación del régimen se puede aplazar al momento de la enajenación, así en ese momento, sí que será necesario precisar el régimen económico³⁶. No obstante, la precisión del régimen económico tampoco será necesaria en el momento de la enajenación cuando el bien es enajenado con el consentimiento de ambos cónyuges o cuando uno fallece con el consentimiento del cónyuge superviviente y de los herederos³⁷. Este escenario en nada beneficia al tercero que quiere informarse sobre el patrimonio de una persona casada. Esta imprecisión no le ofrece seguridad jurídica alguna, podrá saber la titularidad del bien pero no el régimen económico³⁸.

En particular, la práctica de la DGRN para determinar el régimen económico se podría resumir en varios supuestos³⁹:

- a) Si los cónyuges ostentan nacionalidad común, su régimen en defecto de capitulaciones será el determinado por el Derecho de su nacionalidad (art. 9.2 CC)⁴⁰.
- b) Si los cónyuges no comparten nacionalidad común, deben manifestar cual es Ley aplicable a su régimen económico en atención al art. 9.2 CC y también al art. 51.2 del Reglamento Hipotecario aunque no quede determinado el concreto régimen económico matrimonial⁴¹

Otro problema surge cuando existe contradicción entre inscripciones del Registro Civil y del Registro de la Propiedad. En ese caso, el ordenamiento español lo soluciona dando mayor veracidad a la inscripción del Registro de la propiedad⁴². Así, por tanto el tercero que adquiere un bien de buena fe, adquiere de forma válida la propiedad con independencia de que la información recogida en el Registro Civil no sea real.

26. En relación al *Registro Mercantil* señalar que puede darse el caso que no exista información sobre los cónyuges en el Registro Civil pero sí en el Registro Mercantil porque uno de los cónyuges es

³⁴ Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2011 (BOE núm. 229, de 23 de septiembre de 2011), fundamentos de Derecho nº 4; Resolución de la DGRN de 3 de mayo de 2016 (BOE núm. 136, 6 de junio de 2016).

³⁵ DGRN de 8 de octubre de 2008 (BOE núm. 269 de 7 de noviembre de 2007), DGRN 7 de marzo de 2007 (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2007), DGRN de 7 de julio de 2006, DGRN de 19 de diciembre de 2003, DGRN de 29 de octubre de 2002, DGRN de 10 de marzo de 1978.

³⁶ DGRN de 26 de febrero de 2008 (BOE núm.67, de 18 de marzo de 2008).

³⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 220.

³⁸ En el mismo sentido, vid. P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, Nº 2067-2068, p. 2768.

³⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 220.

⁴⁰ Resolución de la DGRN de 7 de marzo de 2007 (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2007). Sobre los problemas que viene planteando la práctica de la DGRN de fijar la Ley nacional común de los cónyuges como ley que rige el régimen económico en defecto de pacto vid. P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, Nº 2067-2068, pp. 2771-2772.

⁴¹ DGRN de 5 de marzo de 2007 (BOE núm 81, de 4 de abril de 2007).

⁴² Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 156. Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 1954.

empresario. Este Registro puede ser un complemento al resto de Registros ya que puede proporcionar una información importante al tercero. Esto es así ya que conforme al Derecho español existe la obligación de darle publicidad a los pactos que realicen los empresarios (art. 21.1 Código de Comercio) y a los actos de consentimiento, oposición y revocación (art. 11 Código de Comercio) para que sean oponibles a terceros. Estos preceptos podrían ser aplicables también a los empresarios extranjeros aunque operen con sociedad extranjera siempre en lo concerniente a las actividades mercantiles desarrolladas en territorio español (art. 15 Código de Comercio).

IV. La protección del el tercero cuando no existe publicidad registral en España

27. Hay matrimonios que no pueden acceder al Registro Civil español a pesar de que presentan conexión con España (residencia habitual en España) y de que realizan actos que afectan al tráfico jurídico español. Este podría ser el caso de matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero. La no inscripción del matrimonio puede implicar que el tercero no pueda tener ninguna información relativa al régimen económico matrimonial sobre estos cónyuges, ya que si no hay inscripción del matrimonio tampoco se podrían inscribir unas capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, esta falta de acceso a ese tipo de matrimonio podría salvarse recurriendo al art. 15 de la Ley del Registro Civil. En base a dicho precepto se puede proceder a la inscripción de un matrimonio entre extranjeros celebrados en el extranjero cuando dicha inscripción sirva de base a otra exigida por el Derecho español⁴³.

28. Aun así, la ausencia de información en el Registro Civil español no implica necesariamente que no exista información sobre el Régimen económico de los cónyuges en otros Registros españoles o incluso en un Registro extranjero. De este modo, el tercero, sobre todo cuando se trata de negocios de cierta entidad, debería cerciorarse de la existencia de inscripción en el extranjero, no tanto por el hecho de que le pueda ser oponible dicha inscripción, cuestión que dependerá de otros factores, sino por su propia tranquilidad. Lanzarse a un negocio importante cuando la otra parte contratante es un extranjero sobre el que no hay mención alguna en el Registro Civil español puede ser motivo para ponerse a hacer determinadas averiguaciones con el fin de aclarar cuál es el régimen aplicable a su responsabilidad en caso de incumplimiento. Además, no hay que olvidar que dicha diligencia del tercero en la averiguación de inscripciones en el Registro Público extranjero será aún más necesaria cuando la posición del tercero sea tal que permita sin demasiado esfuerzo hacer tales comprobaciones. Tal es el caso cuando el tercero es una entidad de crédito o un tercero que comparte nacionalidad con el contratante extranjero⁴⁴. En estos supuestos el deber de diligencia es mayor que cuando el tercero tiene una posición débil y le puede resultar difícil o muy gravoso el acceso al Registro extranjero. Aun así, puede ser que el tercero haya sido lo suficientemente diligente como para consultar el Registro Público extranjero pero que la información sea incompleta o incluso errónea, por lo que de nada sirve dicha información.

Ante este escenario cabe plantearse cómo podría quedar protegido el tercero, así podríamos decir que se podrían diferenciar distintas situaciones⁴⁵: 1) la intervención de notario, puede ayudar a informar al tercero y a determinar el régimen económico aplicable; 2) el contratante extranjero podría proporcionar la información al tercero sobre su régimen, en principio las partes basan su relación en la buena fe.

V. Las anotaciones preventivas de embargo

29. Como ya se ha señalado, son muchas las ocasiones en las que se inscribe un bien inmueble a favor de adquirentes casados cuyo régimen económico se rige por Derecho extranjero y no consta ni

⁴³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 218; P. DIAGO DIAGO, Pactos o capitulaciones matrimoniales en *Derecho Internacional privado*, El Justicia de Aragón, 1999, p. 451; E. RODRÍGUEZ GAYÁN, *Derecho Registral Internacional*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 154.

⁴⁴ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 154.

⁴⁵ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 154.

el régimen económico ni las cuotas de propiedad a las que pertenece el bien a cada uno de ellos. Uno de los efectos de esta práctica ya hemos mencionado que es la desprotección absoluta del tercero, ya que no puede saber a pesar de que el Derecho español lo exige, el concreto régimen económico del cónyuge del que necesita informarse. Sin embargo, no acaba ahí las consecuencias negativas de esta mala *praxis*, ya que a la hora de anotar un embargo preventivo no se sabe en qué proporción corresponde el bien a cada cónyuge⁴⁶. Así, la DGRN ante la imposibilidad de determinar a priori a quién pertenece el bien y que cuantía le corresponde ha llegado a dos soluciones:

- 1º) El solicitante de una anotación de embargo preventivo contra un bien que pertenece a ambos cónyuges debe determinar el régimen económico aplicable y probar el Derecho extranjero por el cual se rige para poder practicar la anotación. La DGRN ha señalado que cuando se dirige el embargo frente a uno sólo de los cónyuges no basta con notificárselo al otro cónyuge⁴⁷. La notificación al otro cónyuge será suficiente cuando se trate de un bien privativo conforme al régimen económico matrimonial por el que se rige el patrimonio de los cónyuges (art. 144.5 Reglamento Hipotecario)⁴⁸.
- 2º) En el caso de que el solicitante de embargo no pruebe el Derecho extranjero y por tanto no quede acreditado el régimen económico tiene la opción de dirigir la demanda de embargo frente a ambos cónyuges. Al desconocer en qué porcentaje corresponde el bien a cada cónyuge, la DGRN ha permitido que se solicite el embargo frente a ambos cónyuges⁴⁹. Posteriormente si la anotación concluyera en una venta forzosa del inmueble el juez podría actuar como garante de los intereses del cónyuge que es injustamente embargado en el caso de que no se personara en el proceso.

Estas soluciones que se han venido desarrollando por la DGRN no son más que un parche a una incorrecta aplicación del art. 92 del Reglamento hipotecario, si se indicara correctamente al momento de la adquisición el régimen económico se evitaría los problemas que de su falta de acreditación se derivan como éste que se acaba de analizar⁵⁰.

VI. Cómo afecta al tercero el cambio de régimen económico matrimonial

1. Aproximación inicial

30. La mayoría de los ordenamientos permiten que los cónyuges realicen cambios en lo relativo a su régimen económico a lo largo de la existencia del matrimonio. Por lo tanto, en un primer momento,

⁴⁶ Sobre los problemas jurídicos que plantea esta forma de actuar de la DGRN, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, N° 2067-2068, pp. 2773-2776.

⁴⁷ Resolución de la DGRN de 7 de marzo de 2013 (BOE núm 87, de 11 de abril de 2013).

⁴⁸ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 220.

⁴⁹ *Vid. ad ex.*, Resolución de la DGRN de 12 de marzo de 2012.

⁵⁰ *Ejemplo práctico.* Un solicitante de anotación de embargo preventiva insta su inscripción respecto de un bien inmueble en el Registro de la Propiedad. La titularidad de este bien inmueble consta a favor de dos cónyuges, ella de nacionalidad venezolana y él de nacionalidad ecuatoriana, no consta el régimen económico matrimonial ni el Derecho aplicable al mismo, por lo que no es posible determinar en qué porcentaje corresponde el bien a cada cónyuge. El que solicita el embargo tiene dos opciones: 1) averiguar el régimen económico matrimonial de los cónyuges, bien acudiendo a la información que le puede brindar otro Registro español, o bien acudiendo a las normas de conflicto españolas sobre Ley aplicable a los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC o 9.3 CC). Una vez determinado el Derecho aplicable, si éste resulta ser Derecho extranjero deberá probarlo conforme a las reglas del art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 33 de la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil. La prueba del Derecho extranjero le permitirá al registrador conocer el régimen extranjero aplicable y en qué porcentaje corresponde el bien a cada cónyuge. Así, si la deuda es sólo frente a uno de los cónyuges que quede constancia de que dicho embargo afecta a la cuota de propiedad del cónyuge deudor; 2) En defecto de prueba del Derecho extranjero, puede solicitar el embargo frente a los dos cónyuges, las dos personas que aparecen como titulares del bien inmueble aunque no se sepa con exactitud su régimen económico ni la cuota de propiedad que en virtud de aquél le corresponde a cada cónyuge.

unos cónyuges pueden optar por un régimen de comunidad de bienes pero cambiarlo, por uno de separación de bienes, en un momento posterior. Ante este cambio, cabe preguntarse en qué situación queda el tercero acreedor, cómo le afecta el cambio, especialmente cuando ya ha iniciado acciones legales frente a uno de los cónyuges y ahora se encuentra con un cambio en el régimen económico lo cual atente gravemente contra sus intereses⁵¹.

31. Si atendemos al Reglamento europeo sobre régimen económico podemos destacar su art. 22.3. En este artículo se señala que el cambio en la Ley aplicable del régimen económico no puede tener efectos retroactivos, y que en el caso de que tuviera tales efectos, no podría en ningún caso perjudicar a los derechos de los terceros⁵². Es decir, los cónyuges podrían cambiar la Ley aplicable al régimen pero en ningún caso perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros. Este precepto sigue la línea del art. 3 del Reglamento Roma I. En el Derecho Internacional privado español de producción interna no hay ninguna norma al respecto.

32. Para abordar el estudio de este problema es necesario atender a diferentes cuestiones. Así, por un lado, es necesario atender al tipo de cambio que se ha producido y el origen del mismo. Es decir, si obedece a la mera voluntad de las partes o viene impuesto por la ley. También será necesario tener en cuenta el *iter* registral seguido por los cónyuges, así cabría plantearse si publicitaron el anterior régimen y también el actual. Por último, un aspecto esencial es determinar los derechos adquiridos por terceros en atención al régimen abandonado.

2. El tipo de cambio y su origen

33. El cambio que pueden llevar a cabo los cónyuges podría ser de dos tipos. Por un lado, se podría modificar el Derecho aplicable al régimen económico (cambio conflictual)⁵³. Es decir, que el régimen económico regido por la Ley de un ordenamiento quedara regido en un momento posterior por la Ley de otro ordenamiento distinto. *Ad ex.*, en un primer momento era el Derecho portugués el que regía los efectos del matrimonio pero en un momento posterior se opta por un Derecho diferente, el Derecho español. En la práctica podría ser que este cambio no resultara demasiado relevante para el tercero si el régimen elegido por los cónyuges en un ordenamiento primero (portugués) y en el otro posteriormente (español) tienen la misma raíz, bien de comunidad o de separación.

34. Por otro lado, el cambio puede tener lugar en el mismo ordenamiento jurídico, dentro de la misma Ley aplicable. De este modo, los cónyuges lo que hacen es modificar un régimen por otro dentro de las opciones que les brinda el Derecho aplicable (cambio material)⁵⁴. En este caso, lo más habitual es cambiar de un régimen de gananciales a uno de separación. Este cambio sí podría presentar aspectos importantes a la hora de responder frente a un tercero acreedor.

35. En relación al origen que da lugar a la modificación o cambio de un régimen económico bien dentro de una misma Ley aplicable o bien al cambiar la Ley de un ordenamiento por otro puede derivarse de la voluntad de las partes o de una modificación legal impuesta. En cuanto a la voluntad de las partes, la misma se podría manifestar mediante un pacto de capitulaciones. En el caso de que el cambio fuera fruto de un cambio legislativo, el tercero siempre podría argumentar la dificultad de conocer dichos cambios, especialmente cuando se trata de un ordenamiento jurídico extranjero.

⁵¹ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 158.

⁵² D. MARTINY, "The effects of marital property agreements in respect of third parties", en A.L. Verbeke/ J.M.Sherpe, C. Declerk, T. Helms/P. Senaeve, *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum Walter Pintens*, Intersentia, 2012, p. 922.

⁵³ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 164.

⁵⁴ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 163-164.

3. La publicidad del cambio

36. La publicidad que los cónyuges hagan del cambio será crucial para poder oponer el nuevo régimen. Así, si el régimen anterior ya constaba en el Registro Civil debido a que constaba en capitulaciones, los cambios respecto a éstas deben mencionarse expresamente mediante nota en la escritura de las anteriores estipulaciones, así lo exige el art. 1332 del Código Civil español. Por tanto si es el Derecho español el Derecho aplicable al nuevo régimen exigirá la publicidad para cualquier cambio que afecte al régimen económico para poder oponerlo a un tercero. El tercero siempre va a estar protegido por la inscripción anterior si no se llegara a publicitar. En el caso de que los cónyuges no hubieran formalizado capitulaciones en un primer momento, el tercero deberá acudir al art. 9.2 del Código Civil para llegar a determinar la Ley aplicable al régimen económico en defecto de pacto.

Por lo tanto, en atención al ordenamiento jurídico español los cambios en el régimen económico deben publicitarse, con independencia de que el régimen anterior haya o no accedido al Registro, siendo indiferente la razón que haya dado origen al cambio siempre que ésta sea legítima.

4. Los derechos adquiridos por el tercero conforme al régimen anterior

37. En el supuesto de nuevos acreedores que han contraído su crédito una vez que se ha producido el cambio de régimen no hay problema, estos acreedores sólo conocen el régimen nuevo, no el anterior, por tanto no habrá problemas de oposición. La cuestión surge con los antiguos acreedores, los cuales se relacionaron con los cónyuges conforme a unas reglas de juego que han cambiado y además han adquirido unos derechos conforme al régimen anterior. El perjuicio en los derechos del tercero sólo puede apreciarse haciendo una valoración de los derechos de crédito que tenía en atención al primer régimen y los derechos que le concede el segundo. Puede suceder que su posición no se vea perjudicada, en ese caso, sería perfectamente oponible el nuevo régimen siempre que el tercero tuviera conocimiento del cambio. Sin embargo, no siempre es así, en muchas ocasiones el tercero se ve lesionado por el cambio, de hecho, una de las razones habituales por las que los cónyuges deciden cambiar el régimen económico matrimonial que venían utilizando es para salvaguardar su patrimonio en aras de las deudas que uno de los cónyuges ha contraído.

Así, cabría preguntarse hasta dónde llega la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la hora de cambiar su régimen si con ello se perjudica a terceros. Por lo tanto, podríamos decir que la libertad de modificación de los cónyuges se limita tanto a nivel conflictual (art. 22.3 del *Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial*) como material (art. 1317 Código Civil español) cuando el cambio perjudica a terceros. Por lo tanto, desde un punto de vista conflictual, conforme al *Reglamento europeo* no podrá ser oponible ningún cambio de Ley en el Régimen económico que afecte a terceros negativamente. Desde una perspectiva material, conforme al Derecho español, el cambio de régimen no es oponible a los terceros cuando esto lesione derechos ya adquiridos (art. 1317 del Código Civil español). En el caso de acreedor español de deudor/cónyuge italiano casado con española cuyo régimen era el de gananciales en un primer momento, el cual es modificado a separación de bienes. El tercero se puede ver perjudicado con el cambio ya que quizás los bienes con los que contaba su deudor cambian de titularidad y ya no puede hacer efectiva su deuda. En atención a las normas españolas, el Derecho de crédito del tercero persiste a pesar del cambio. Así, si se modifica el régimen económico de gananciales a separación, la sociedad debe disolverse. La deuda contraída por uno de los cónyuges respecto a la masa ganancial no se evapora, forma parte del pasivo a la hora de liquidar. Si esta deuda no se satisficiera al momento de la asignación, el tercero siempre puede acudir a los tribunales a impugnar la asignación a favor del cónyuge no deudor, lo cual le podría impedir cobrar su crédito⁵⁵. Esta protección al tercero resulta de aplicación cuando el Derecho aplicable al pacto sea el español⁵⁶. Por lo tanto, la protección al tercero vendrá exclusivamente determinada por el Derecho aplicable al caso concreto. Esto es así debido a la falta de normas específicas que brindan protección al tercero en Derecho internacional privado español. De este modo, será necesario acudir al Derecho concreto que rige el régimen económico matrimonial y analizar la protección que brinda al tercero.

⁵⁵ Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 163.

⁵⁶ Vid. P. DIAGO DIAGO, "La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 62, N° 2067-2068, p. 2777.