

LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LOS MATRIMONIOS Y DE LAS UNIONES REGISTRADAS EN LA UNIÓN EUROPEA

PROPERTY CONSEQUENCES OF MARRIAGES AND OF REGISTERED PARTNERSHIPS IN THE EUROPEAN UNION

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT*

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ORCID ID: 0000-0002-3361-0556

Recibido: 14.01.2019 / Aceptado: 21.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4612>

Resumen: Desde el 29 de enero de 2019 la mayoría de los países de la UE aplica los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, de 24 de junio de 2016, sobre los aspectos de Derecho internacional privado de los regímenes matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, respectivamente. Se trata de dos textos extensos y complejos que ofrecen una regulación global o de conjunto de los aspectos de esta materia en supuestos que impliquen repercusión transfronteriza.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, efectos patrimoniales de las uniones registradas, Reglamentos de la UE 2016/1103 y 2016/1104.

Abstract: Since 29th January 2019 most of EU Member States apply Regulations 2016/1103 and 2016/1104 concerning Private International Law in matters of matrimonial property regimes and in matters of the property consequences of registered partnerships, respectively. Both are long and complex texts that govern comprehensively all issues of those matters having cross-border implications.

Keywords: matrimonial property regimes, property consequences of registered partnerships, EU Regulations 2016/1103 and 2016/1104.

Sumario: 1. La justificación para la elaboración de los dos Reglamentos. 2. Los caracteres generales de los Reglamentos. 3. El ámbito de aplicación de los Reglamentos. A) Delimitación positiva. a) Los regímenes económicos matrimoniales. b) Los efectos patrimoniales de las uniones registradas. c) La repercusión transfronteriza. B) Delimitación negativa. a) Cuestiones de Derecho público. b) Cuestiones de Derecho privado. 4. Las definiciones incluidas en los Reglamentos. A) Matrimonio y unión registrada. B) Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de la unión registrada. C) Capitulaciones matrimoniales o de la unión registrada. D) Documento público. E) Resolución. F) Transacción judicial. G) Estado miembro de origen y Estado miembro de ejecución. H) Órgano jurisdiccional. 5. Determinación de la autoridad competente. A) Soluciones generales. a) Elección de foro. b) Soluciones en defecto de elección. B) Soluciones especiales. C) Aspectos comunes a las soluciones generales y especiales. 6. Determinación del ordenamiento aplicable. A) Soluciones generales. a) Soluciones basadas en la voluntad de las partes. b) Soluciones en defecto de elección. B) Soluciones especiales. a) Los efectos frente a terceros. b) Las leyes de policía. C) Características del ordenamiento aplicable. D) Problemas técnicos de aplicación. 7. Eficacia extraterritorial de resoluciones y de documentos. A) De las resoluciones judiciales. B) De los documentos públicos y de las transacciones judiciales. a) De los documentos públicos. b) De las transacciones judiciales. 8. Disposiciones generales y finales.

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i DER2014-58581-R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

1. El 24 de junio de 2016 fueron promulgados los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 del Consejo, que resultan de aplicación desde el 29 de enero de 2019¹. A partir de esa fecha la UE dispone de dos instrumentos para una regulación global o de conjunto de prácticamente todos los aspectos de Derecho internacional privado relacionados con las consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas. El análisis de este *corpus* será efectuado abordando en primer lugar la justificación para su elaboración (1), seguidamente los caracteres generales de los instrumentos (2), a continuación el ámbito de aplicación de los mismos (3), en cuarto término las definiciones que incorporan (4), posteriormente la determinación de la autoridad competente (5) y del ordenamiento aplicable (6), ulteriormente la eficacia extraterritorial tanto de decisiones como de documentos (7) y, por fin, las disposiciones generales y finales (8).

1. La justificación para la elaboración de los dos Reglamentos

2. La elaboración de los Reglamentos de 2016 se ha erigido sobre una triple justificación de las instituciones europeas para legislar en esta materia².

3. 1ª Desde un punto de vista institucional se trata de una manifestación más del desarrollo del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia que tiene por objeto garantizar la libre circulación de personas, más concretamente en su faceta de libre circulación de actos y decisiones en el ámbito del Derecho privado en aquellos supuestos que ofrezcan repercusión transfronteriza, en particular cuando sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior³.

4. 2ª Desde una óptica substantiva la realidad material justifica igualmente la intervención normativa en este campo. Así lo acreditaban los datos contenidos en la evaluación de impacto presentada por la Comisión en el documento SEC(2011) 327 final de 16 de marzo de 2011 con datos relativos a 2007: 2,5 millones de inmuebles en Estados miembros serían propiedad de personas residentes habitualmente en otro Estado y 430.000 matrimonios con repercusión transfronteriza se disolverían en la UE cada año bien por divorcio, bien por deceso de uno de los cónyuges (lo que evidencia, además, la interrelación entre estos sectores). Frente a ello se carecía de un marco normativo supraestatal adecuado para abordar estas situaciones⁴, a la vez que las regulaciones estatales -de Derecho internacional privado y de naturaleza interna- difieren de unos Estados a otros, en ocasiones radicalmente⁵.

5. 3ª Por fin, desde una perspectiva política el mandato de las instituciones europeas de intervenir normativamente en este campo desde el Plan de acción de Viena del Consejo y de la Comisión de 3 de

¹ *Diario Oficial L 183 de 7 de julio de 2016*. Ambos textos disciplinan la competencia, la Ley aplicable, así como el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia, respectivamente, de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

² *Cfr.* para mayor detalle A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO PRIETO (COORDS.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583-591.

³ Este aspecto del matrimonio no había sido aún abordado en la construcción europea, a diferencia de los relativos a su crisis en sus vertientes tanto de competencia judicial y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales (Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003) y de Ley aplicable (Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010), como de pensión compensatoria (Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008).

⁴ En el plano universal el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales fue únicamente firmado por Austria, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal, habiendo entrado en vigor sólo en Francia, Luxemburgo y Países Bajos. Una bibliografía sobre el mismo puede consultarse en la web de la Conferencia <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/publications1/?dtid=1&cid=87>.

⁵ Sobre ello véanse, por todos, G.A.L. DROZ, “Les régimes matrimoniaux en Droit international privé comparé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye / Collected Courses of the The Hague Academy of International Law*, vol. 143 (1974-III), pp. 1-138; A. OLIVA IZQUIERDO, A.M. OLIVA RODRÍGUEZ y A.M. OLIVA IZQUIERDO, *Los regímenes económico matrimoniales del mundo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2017; V. SIMÓ SANTONJA, *Compendio de regímenes matrimoniales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; y M. VERWILGHEN (dir.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités. Droit international privé et Droit comparé*, Neuchâtel, Union Internationale du Notariat Latin / La Baconnière, 1979.

diciembre de 1998 justificaba igualmente la adopción de reglas *ad hoc*. Los considerandos 3 a 12 de los Reglamentos de 2016 describen el *iter* seguido desde entonces hasta su aprobación⁶, en el que destacan dos textos: el Libro verde de la Comisión de 17 de julio de 2006 sobre el conflicto de Leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales, con especial referencia a las cuestiones de competencia y reconocimiento mutuo (documento COM[2006] 400 final); y las dos propuestas de Reglamentos del mismo órgano fechadas el 16 de marzo de 2011 (documentos COM[2011] 126 y COM[2011] 127, respectivamente)⁷.

6. En diciembre de 2015 se manifestó en el Consejo la ausencia entre los Estados miembros de la unanimidad exigida por el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la UE para aprobar ambos Reglamentos. Lo que obligó a los países interesados en continuar adelante con estos textos a acudir a la vía de la cooperación reforzada a la que se refieren los artículos 228 ss. del citado Tratado⁸.

⁶ El autor de estas páginas tuvo el honor tanto de formar parte del Grupo de expertos PRM-III de la Dirección General de Libertad, Seguridad y Justicia de la Comisión Europea sobre efectos patrimoniales del matrimonio en la UE, que elaboró las propuestas de Reglamentos de 2011 (desde mayo de 2008 hasta marzo de 2010), como de representar al Reino de España en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE donde se discutieron y aprobaron los dos Reglamentos (desde febrero de 2011 hasta junio de 2016).

⁷ Sobre los antecedentes de estos dos instrumentos pueden verse, entre otros, P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “El proyecto de Reglamento Europeo sobre regímenes matrimoniales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 54 (2013-2014), pp. 77-150; CH. CLARKSON, “Matrimonial property: the proposed EU Regulation”, *Trusts & Trustees*, vol. 17, n° 9, 2011, pp. 846-854; CH. CLARKSON y E. COOKE, “Matrimonial Property: Harmony in Europe?”, *Family Law*, n° 37 (octubre de 2007), pp. 920-923; K. DENGEL, *Die europäische Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts und des Internationalen Güterrechts für eingetragene Partnerschaften*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014; S. VAN ERP, *Régimes matrimoniaux et aspects patrimoniaux des autres formes d’union: quels problèmes et quelles solutions? - Proposition pour le règlement Rome IV*, Bruselas, Parlamento Europeo, 2010 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2010/425657/IPOL-JURI_NT\(2010\)425657_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2010/425657/IPOL-JURI_NT(2010)425657_FR.pdf)); J.M. FONTANELLAS MORELL, “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*, 2012, fasc. I, pp., 275-291; *id.*, “Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA RODRÍGUEZ (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho Catalán*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 257-290; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 183-198; K. KROLL-LUDWIGS, “Unifications of conflicts of laws in Europe-Matrimonial property regimes”, K. BOELE-WOELKI y T. SVERDRUP (eds.), *European challenges in contemporary family law*, Antwerp, Intersentia, 2008, pp. 379-393; P. LAGARDE, “Vers un Règlement Communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, en *Pacis Artes (Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid / Eurolex, 2005, pp. 1686-1708; F. LLODRÀ GRIMALT, “Notas sobre la armonización de los regímenes económicos matrimoniales en Europa”, en C. LASARTE ÁLVAREZ y otros (dir.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, Madrid, UNED, 2006, pp. 515-523; D. MARTINY, “Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, n° 5, pp. 437-457; H. MOTA, “El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV: algunos problemas y omisiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, n° 2, pp. 428-447; C.I. NAGY, “The European Commission’s Draft Regulation on the Conflict of Laws of Matrimonial Property – Some Conceptual Questions”, en *Harmonisation of Serbian and Hungarian law with the European Union Law*, Novi Sad/Újvidék, Faculty of Law Novi Sad Publishing Centre, 2013, pp. 409-427; B. NASCIBENE, “Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale: un règlement Rome III? Droits patrimoniaux des couples mariés et non mariés: vers des règles européennes sur les régimes matrimoniaux?”, *Revue des Affaires Européennes*, 2007-2008, n° 3, pp. 601-609; W. PINTENS, “Union Européenne et l’émergence d’un Droit international de la famille – L’exemple des régimes matrimoniaux et des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Herausforderungen an Staat und Verfassung. Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, Berlín, Nomos, 2015, pp. 806-822; M. REQUEJO ISIDRO, “La coordinación de la competencia judicial internacional en el Derecho procesal europeo de la familia (sucesiones y régimen económico matrimonial y de las uniones registradas)”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M.P. GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum T.F. Torres García*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 1195-1217; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La armonización del régimen económico matrimonial en la UE: la propuesta de Reglamento de marzo de 2011”, en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la UE. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555-571; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, pp. 937-955; M.C. VAQUERO LÓPEZ, “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*, 2006, pp. 195-208; e I. VIARENGO, “I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto internazionale privato comunitario”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2007, n° 3, pp. 603-618 y “The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes. Some Remarks”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 199-215.

⁸ El 9 de junio de 2016 el Consejo adoptó la Decisión (UE) 2016/954 por la que se autorizaba la cooperación reforzada; el 24 del mismo mes se promulgaron los Reglamentos; el 8 de julio se publicaron en el *Diario Oficial* de la UE; a los veinte días de ello entraron en vigor (artículo 70.1); han comenzado a aplicarse -salvo ciertos preceptos que lo hicieron antes- el 29 de enero

2. Los caracteres generales de los Reglamentos

7. Analizada la justificación para elaborar sendos Reglamentos sobre consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas, cinco son los principales caracteres generales que a nuestro entender los informan.

8. 1º En atención a la estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la UE⁹, se ha procurado que los textos respeten los derechos reconocidos en tal Carta, a saber: no afectarían al derecho al respeto de la vida privada y familiar, al derecho a contraer matrimonio ni al derecho a fundar una familia según las leyes nacionales (regulados en los artículos 7 y 9 de aquélla); se reforzaría el derecho de propiedad, consagrado en el artículo 17 de la Carta y que forma parte integrante, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la UE, de los derechos fundamentales cuyo respeto salvaguarda éste¹⁰; se garantizaría, conforme al artículo 21 de dicho texto, la prohibición de toda forma de discriminación; por fin, se facilitarían la aplicación del artículo 47 de la Carta, que asegura el acceso a la justicia, así como el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, al preverse criterios objetivos para determinar los órganos judiciales competentes, para evitar procedimientos paralelos y para impedir el recurso precipitado a los tribunales por la parte más activa (considerandos 73 y 71, respectivamente).

9. 2º Los dos Reglamentos de 2016 únicamente regulan los aspectos de Derecho internacional privado (considerando 13) con el ánimo de remover los obstáculos que puedan afectar a las libertades de la UE en los supuestos con repercusión transfronteriza; esto es, en ningún caso lo hacen respecto de los aspectos de Derecho sustantivo, que siguen siendo competencia exclusiva de los Estados miembros. Ello se explica por cuanto la Comisión y el Consejo consideraron que, en aplicación del principio de subsidiariedad, por su magnitud y complejidad los objetivos tan sólo podrían alcanzarse en forma de normas comunes de Derecho internacional privado (nunca de Derecho material), que deberían ser idénticas para todos los Estados miembros de la Unión a fin de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad; por ello, en atención al principio de proporcionalidad, los textos se han limitado a lo estrictamente necesario para alcanzar sus objetivos¹¹.

10. 3º La necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad requería normas claras y uniformes e imponía la forma de Reglamento, antes que la de la Directiva: en efecto, la consecución de estos objetivos se habría visto amenazada si los Estados miembros hubieran dispuesto de margen de

de 2019 (artículo 70.2). De tal modo que conforme al artículo 69 ambos instrumentos sólo serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de esa fecha; en materia de Ley aplicable, las normas de conflicto de los Reglamentos (capítulo III) únicamente serán aplicables a los cónyuges o a los miembros de la unión registrada que hayan celebrado su matrimonio o registrado su unión o que hayan especificado la Ley aplicable al régimen patrimonial de la pareja después del 29 de enero de 2019. No obstante, el propio artículo 69, apartado 2, establece disposiciones transitorias en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones (que lo serán conforme al capítulo IV cuando la acción se haya ejercitado en el Estado miembro de origen antes del 29 de enero de 2019 y siempre que las normas de competencia utilizadas hayan sido conformes a las previstas en el capítulo II). Sobre ello véase A.C. BELÍO, “Claves del futuro Reglamento europeo sobre regímenes económicos matrimoniales: entrada en vigor y ámbitos de aplicación”, *Diario La Ley*, nº 9305 (23 de noviembre de 2018).

En el momento de elaboración de estas líneas los Estados cuyas autoridades los aplican son Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, la República Checa y Suecia; a estos países denominan los Reglamentos “Estados miembros”, expresión que acogemos en el presente estudio. Quedan fuera pues Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía. Tampoco aplican los textos Dinamarca (que no participa en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, Protocolo 22 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007), Irlanda ni el Reino Unido (que no han ejercido su derecho *to opt in* consagrado por el Protocolo 21 de dicho Tratado).

⁹ Comunicación de la Comisión, COM(2010) 573 final de 19 de octubre de 2010.

¹⁰ Sentencias de 28 de abril de 1998 en el asunto C-200/96, *Metronome Musik* y de 2 de julio de 2005 en los asuntos C-154/04 y 155/04, *Alliance for Natural Health and others*.

¹¹ Dichos objetivos son la libre circulación de las personas en la Unión, la posibilidad de que los cónyuges o miembros de una unión registrada organicen sus relaciones patrimoniales entre sí y con terceros, durante su vida en pareja y al liquidar su patrimonio, y una mayor previsibilidad y seguridad jurídica (considerandos 72 y 70, respectivamente).

apreciación a la hora de aplicar las normas que esta última técnica permite. La duplicidad de instrumentos (un Reglamento sobre el régimen económico del matrimonio y otro sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas) tiene su explicación en razones técnicas y políticas: frente al planteamiento inicial de la Comisión en su Libro verde de 2006 de un único Reglamento que abordase las consecuencias patrimoniales de ambas realidades, el temor de que las diferencias entre los Estados miembros acerca de las uniones registradas frustrara su aprobación aconsejó deslindarlas en un instrumento propio aunque muy similar -idéntico en su mayor parte- al de los matrimonios¹².

11. 4º A partir del 29 de enero de 2019 los Reglamentos han pasado a ser los instrumentos omnicomprendivos para abordar los aspectos internacionalprivatistas de las consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas. Así, disciplinan la globalidad o generalidad de los aspectos de Derecho internacional privado de su materia, a saber, la determinación de la competencia de autoridades (capítulo II) y de la Ley aplicable (capítulo III), así como la eficacia transfronteriza de resoluciones judiciales (capítulo IV) y de documentos públicos y transacciones judiciales (capítulo V); de esta manera se garantiza la seguridad jurídica de las parejas en lo que respecta a su patrimonio a la vez que se les ofrece cierta previsibilidad (considerando 15). Y para evitar que las dispares concepciones nacionales arruinen su éxito, se consagra asimismo una exégesis autónoma de los Reglamentos, es decir, propia o específica del plano comunitario europeo (y, por tanto, eventualmente diferente a las citadas concepciones nacionales).

12. 5º Se trata de dos instrumentos extensos y complejos tanto en lo técnico como en las soluciones de fondo. Lo primero se aprecia en el número de artículos (70) y de considerandos (73)¹³. La complejidad aludida resulta lógica si se tiene presente la enorme dificultad del campo de trabajo sobre el que operó el legislador comunitario para la elaboración de los dos Reglamentos: la delimitación y calificación de la figura (familiar, contractual, sucesoria, patrimonial) y aun el desconocimiento de la misma en algunos ordenamientos europeos (como los de Irlanda o el Reino Unido); la distinción en varios sistemas entre relaciones personales y patrimoniales; la relevancia en alguno de ellos del llamado régimen matrimonial primario; las relaciones con otras figuras sometidas a reglas propias (celebración del matrimonio, crisis matrimoniales, nombre y apellidos, filiación, alimentos, donaciones entre cónyuges, sucesión *mortis causa*, etc.); la pluralidad de regímenes materiales en Derecho comparado (en esencia de separación, de participación o de comunidad); los efectos frente a terceros y las inscripciones en registros públicos; o la presencia de situaciones complejas como las uniones de hecho -registradas o no- y los matrimonios poligámicos o entre personas del mismo sexo.

3. El ámbito de aplicación de los Reglamentos

13. Expuesto el ámbito de aplicación territorial y temporal de los Reglamentos, nos detendremos en este apartado en su ámbito de aplicación material. El artículo 1 de ambos concreta las materias a

¹² Sobre ello véase R.M. MOURA RAMOS, “Similitudes et disparités dans les instruments de Droit international privé de l’Union Européenne relatifs aux effets patrimoniaux du mariage et des partenariats enregistrés”, en B. HESS, E. JAYME y H.-P. MANSSEL (eds.), *Europa als Rechts- und Lebensraum (Juni 2018). Liber Amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag*, Gieseking, Bielefeld, 2018, pp. 347-358. La necesidad de igualdad de trato a los efectos de los matrimonios y de las uniones registradas fue invocado por la delegación belga en la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE de 20 de febrero de 2012 invocando la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-147/08, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, de 10 de mayo de 2011.

¹³ Ello se explica por cuanto, en buena medida, cuando la deriva de las negociaciones del articulado en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE no desemboca en una redacción de consenso se suele acordar la inclusión de un considerando; en el caso de los Reglamentos analizados fue la Comisión la redactora de los considerandos, que resultaron sometidos al Comité en noviembre de 2015 con escaso tiempo de análisis y para la discusión. Entre los considerandos se incluyen disposiciones de muy diverso orden: en ocasiones se trata de referencias a antecedentes normativos de los textos (*supra*); en otros casos de criterios puramente exegéticos (ejemplo, las letra a] a c] del considerando 23 ó el 25, *infra*); e incluso a veces de preceptos cuasi-normativos (así, entre otros, considerandos 20, letra b] 23, 24 ó 27-28, *infra*).

las que resultan de aplicación. A tal efecto opera con una doble técnica: positiva refiriéndose en primer término al objeto de regulación (apartado A) y negativa excluyendo en segundo lugar de manera expresa ciertos sectores del citado ámbito de aplicación (apartado B).

A. Delimitación positiva

14. El Reglamento 2016/1103 se aplica a los regímenes económicos matrimoniales en tanto que el 2016/1104 a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, siempre que en ambos casos se produzcan “repercusiones transfronterizas” (considerando 14). Procede pues analizar seguidamente estas tres cuestiones.

a) Los regímenes económicos matrimoniales

15. Según se ha adelantado la institución del régimen económico del matrimonio resulta una de las más complejas jurídicamente tanto en el plano interno como en el internacional. En primer lugar por su transversalidad, que la vincula a otras instituciones como son, entre otras, los derechos reales (en orden a la naturaleza de los bienes de los cónyuges, de carácter privativo o común), el Derecho de familia (pues se desarrolla como consecuencia de la celebración, existencia o disolución de un matrimonio), el Derecho de obligaciones (cuando en su reglamentación interviene la voluntad de las partes mediante acuerdos o capitulaciones), el Derecho registral (pues el acceso del régimen a los registros públicos es previsto en numerosos Estados) o el Derecho de sucesiones (por cuanto si un causante estuviera casado sería preciso coordinar la liquidación de la sociedad conyugal con la de su herencia). En segundo lugar la complejidad de esta figura deriva de la tradicional y complicada distinción entre las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, que ha venido teniendo reflejo en la configuración de las normas de Derecho internacional privado por los diferentes legisladores. Y por último por la variedad de efectos que el régimen produce, bien *ad intra* (esto es, entre los cónyuges) o *ad extra* (es decir, respecto de terceros). A fin de superar estos inconvenientes, el Reglamento 2016/1103 plausiblemente incorpora una definición de regímenes económicos matrimoniales, entendiendo por tales el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución” (*infra*).

16. Cuestión previa al régimen económico matrimonial es la existencia de un matrimonio. No incorpora el Reglamento 2016/1103 -ni ningún otro instrumento elaborado en el marco de la cooperación jurídica internacional en materia civil en la UE- una definición de “matrimonio” por la dificultad que ello comporta habida cuenta de las diferencias sociales, culturales, políticas o jurídicas entre los Estados miembros; de ahí que el considerando 17 indique que para esta tarea haya que acudir al Derecho nacional de éstos. Por consiguiente, la autoridad estatal ante la que se plantee un asunto al que pudiera resultar de aplicación el Reglamento 2016/1103 tendría que verificar la existencia previa de un matrimonio conforme a lo dispuesto en su sistema jurídico como *lex fori*¹⁴.

17. Dos cuestiones más apuntadas por el considerando 18 del Reglamento 2016/1103 han de ser abordadas para perfilar la expresión “regímenes económicos matrimoniales”.

18. 1ª En primer término procedería concretar el ámbito de aplicación substantivo de la Ley aplicable, a lo que tal instrumento dedica su artículo 27 en referencia al más extenso campo posible de materias relacionadas con el régimen económico matrimonial desde su nacimiento hasta su extinción¹⁵:

¹⁴ En el caso español, la autoridad en cuestión habría de calificar el supuesto de hecho a la luz de los artículos 32 de la Constitución así como 44 y siguientes del Código Civil, teniendo presente lo establecido en los instrumentos supraestatales en la materia en los que nuestro Reino es parte; con especial atención a la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en supuestos de tráfico tanto interno como internacional desde la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

¹⁵ Cfr. M. ANDRAE, “Der sachliche Anwendungsbereich der Europäischen Güterrechtsverordnung”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018, n° 3, pp. 221-230.

en efecto se incluirían en aquél todos los aspectos de Derecho civil de la figura relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación -o, lógicamente, disolución- de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges (considerando 18 Reglamento 2016/1103). Las cuestiones excluidas de este objeto son expresamente indicadas por el propio Reglamento (artículo 3).

19. 2ª En segundo lugar conviene aludir a la exégesis de la expresión “régimen económico matrimonial”. El considerando 18 aclara que debe interpretarse de forma autónoma, esto es, propia o específica para este instrumento y diferente por consiguiente, si fuera el caso, a las calificaciones estatales de la figura. Y añade que, como consecuencia de ello, el régimen económico matrimonial ha de abarcar no sólo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que éstos puedan acordar de conformidad con el ordenamiento que resulte aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Ello incluye las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales (por ejemplo el español, artículos 1315 y 1325 y siguientes del Código Civil para el Derecho común), así como toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución.

b) Los efectos patrimoniales de las uniones registradas

20. Las necesidades materiales surgidas de la vida en común se producen no sólo en el matrimonio sino también en otras manifestaciones de pareja: es el caso de la unión en la que dos personas viven juntas de manera estable y continua¹⁶. Bajo esta figura se descubre una realidad vasta y ambigua que engloba un fenómeno multiforme¹⁷; una figura en la que casi todo es discutido comenzando por su terminología y finalizando por su propia relevancia jurídica a efectos de regularla. En cualquier caso la realidad demuestra que entre los países que la abordan existen notables diferencias respecto de su contenido y de las soluciones dadas en Derecho internacional privado¹⁸, teniendo presente que a la complejidad ya adelantada que ofrece el régimen económico del matrimonio se añade en este caso la de la figura de la que los efectos patrimoniales traen causa.

21. Una clasificación esencial a los fines de nuestro estudio nos conduce a distinguir entre uniones registradas o no¹⁹. Únicamente las primeras son objeto de consideración jurídica por el Reglamento 2016/1104 en orden a disciplinar sus efectos patrimoniales²⁰. La razón es bien simple: su carácter oficial

¹⁶ La bibliografía sobre este campo es inmensa; entre las obras generalistas más recientes *cf.* desde una perspectiva comparada J.M. SCHERPE y A. HAYWARD (eds.), *The Future of Registered Partnerships*, Cambridge / Amberes, Intersentia, 2017; el capítulo sobre España es obra de J. FERRER-RIBA, pp. 349-380.

¹⁷ H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en Droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International / Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, t. 226 (1991), pp. 155 ss. Con algunas variaciones C.J. FORDER y M. ANTOKOLSKAIA consideran la existencia de seis tipos de protección otorgadas por los legisladores occidentales a la cohabitación entre personas del mismo y diferente sexo (“European models of domestic partnership laws: the field of choice”, *Canadian Journal of Family Law*, vol. 17, 2000, pp. 371-454 y *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective [A tale of two millennia]*, Oxford, Intersentia, 2006, pp. 367 ss., respectivamente).

¹⁸ A. DUTTA, “Beyond Husband and Wife – New Couple Regimes and the European Matrimonial Property Regulations”, *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, pp. 145-158 y E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *cit.*, p. 938.

¹⁹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS (*Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la UE*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 21) efectúa una distinción entre el modelo de hecho (unión libre) y el modelo jurídico (unión registrada); en el mismo sentido *cf.* H. FULCHIRON, “Réflexions sur les unions hors mariage en Droit international privé”, *Journal du Droit International*, 2000, nº 4, pp. 889-913. Un estudio comparado de la institución de la unión registrada puede verse en I. CURRY-SUMMER, *All’s well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europe*, Amberes / Oxford, Intersentia, 2005, pp. 20 ss., donde el autor verifica la importancia social y estadística de la figura frente a su difícil calificación jurídica.

²⁰ Así lo establece claramente su considerando 16: “El tratamiento dispensado a las formas de unión distintas del matrimonio difiere en las legislaciones de los distintos Estados miembros, por lo que debe establecerse una distinción entre las parejas cuya unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública y las parejas vinculadas por

permite la toma en consideración de sus especificidades y la definición de normas que les resulten de aplicación; en otros términos, sólo las uniones registradas dan origen a un *status* jurídico²¹. Por consiguiente será *conditio sine qua non* que la unión esté registrada ante una autoridad pública establecida por la Ley de un Estado para que sus efectos jurídicos sean regulados por el instrumento comentado en estas páginas (artículo 3)²². La realidad muestra que nos hallamos ante una institución relativamente reciente aunque en la actualidad conocida y regulada -o en vías de serlo- en un número creciente de Estados (a menudo, aunque no necesariamente, reservada para personas del mismo sexo)²³.

22. El artículo 3.1.a) del Reglamento 2016/1104, a diferencia del matrimonio (*supra*), ofrece una definición de unión registrada entendiendo por tal el “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”. Esta definición, que será analizada más adelante, resulta particularmente necesaria por la conveniencia de reunir en un único instrumento el conjunto de normas aplicables a los efectos patrimoniales de las uniones registradas para garantizarles seguridad jurídica en este ámbito y ofrecerles cierta previsibilidad (*supra*)²⁴.

23. Al igual que respecto del matrimonio reiteramos que el ámbito de aplicación de la *lex causae* designada por el Reglamento 2016/1014 (artículo 27) pretende abarcar el más extenso campo posible de materias relacionadas con los efectos patrimoniales de las uniones registradas desde su nacimiento hasta su extinción: así, se incluirían en aquél todos los aspectos de Derecho civil de la figura relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión registrada como con su liquidación, en particular como consecuencia de la separación -o, naturalmente, disolución- de la pareja o del fallecimiento de uno de sus miembros (considerando 18 Reglamento 2016/1104). Las cuestiones excluidas de este objeto son expresamente indicadas por el propio Reglamento (artículo 3).

c) La repercusión transfronteriza

24. Para que las dos instituciones que hemos abordado sean objeto de disciplina por estos instrumentos es preciso que produzcan repercusión transfronteriza (considerandos 1 y 14). Nada se indica en ellos acerca de cuándo el régimen económico de un matrimonio o los efectos patrimoniales de una unión registrada originan tal repercusión²⁵. Así las cosas, cabría afirmar que la naturaleza transfronteriza de los efectos patrimoniales de un matrimonio o de una unión registrada se verificaría cuando estuviesen vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales de tal manera que surgiera la duda de cuál de ellos sería el reclamado para regularlas. Para ello resulta conveniente una triple precisión.

unionen de hecho. Aunque algunos Estados miembros regulan este último tipo de unión, ésta debe disociarse de las uniones registradas, cuyo carácter oficial permite tener en cuenta su especificidad y proceder a su regulación en el Derecho de la Unión”.

²¹ En este sentido *cfr.* el excelente trabajo de M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de DIPr”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35 (2018), p. 8 y la doctrina por ella citada: entre otros M. BELL, “Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union”, *European Review of Private Law*, 2004, nº 5, pp. 613-632 (esp. p. 614); A. DEVERS, “Private International Law Aspects of Non-Marital Unions”, *Yearbook of Private International Law*, 2003, pp. 198-203; y H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Registered Partnerships, PACSes and Private International Law. Some Reflections”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2000, nº 2, pp. 293-323.

²² Libro verde *cit.*, p. 3.

²³ *Cfr.* el Informe explicativo del Convenio sobre el reconocimiento de las uniones de hecho inscritas, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007 en el marco de la Comisión Internacional del Estado Civil, p. 16 (puede consultarse en <http://www.ciecl1.org>).

²⁴ A lo que añade el considerando 16 que “(p)ara facilitar el buen funcionamiento del mercado interior, procede eliminar los obstáculos a la libre circulación de las personas que hayan registrado su unión y, en particular, las dificultades que encuentran esas parejas en la administración y división de su patrimonio. Para alcanzar esos objetivos, el presente Reglamento debe reunir las disposiciones en materia de competencia, ley aplicable y reconocimiento, o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales”.

²⁵ Diversas delegaciones nacionales (entre ella la española) demandaron durante los trabajos del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE la concreción del carácter transfronterizo de las situaciones en las dos propuestas de Reglamento de la Comisión; en particular Grecia planteó si debía considerarse transfronterizo un matrimonio entre personas de la misma nacionalidad con residencia habitual en un Estado distinto al de ésta.

25. 1ª En primer término el carácter transfronterizo podría derivar ora de un elemento endógeno de la situación (personal, objetivo o territorial), ora de un elemento exógeno a la misma, esto es, de la voluntad de los concernidos mediante la determinación como competente de una autoridad extranjera o como aplicable de un ordenamiento foráneo, todo ello para una situación en principio meramente interna (posibilidades ambas que, con sus limitaciones, admiten los artículos 7 y 22 de los dos Reglamentos).

26. 2ª En segundo lugar se requeriría que el elemento extranjero presentase una mínima importancia hasta el punto de que su presencia en la situación justificase variar la respuesta legal prevista para supuestos internos²⁶. En esta línea podría entenderse la precisión final del considerando 1 de ambos Reglamentos cuando, tras requerir la existencia de repercusión transfronteriza para regular los efectos patrimoniales de ambas figuras, se añade que “en particular en aquellos casos en que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”. En otros términos, la relevancia del elemento extranjero habría de estar calibrada por su impacto en el correcto desarrollo de las libertades comunitarias.

27. 3ª Finalmente no sería preciso que el o los ordenamientos extranjeros vinculados con el supuesto en cuestión fuesen de un país cuyas autoridades aplicasen los Reglamentos; pudiendo también ser de un Estado de la Unión cuyas autoridades no lo aplicasen o de un Estado tercero cualquiera. Esta conclusión se alcanza por un lado porque los propios instrumentos nada restringen sobre este particular; y por otro lado puesto que ambos producen eficacia universal o *erga omnes* al permitir aplicar, a través de sus preceptos, ordenamientos de cualesquiera de esos otros Estados (artículo 20, *infra*).

28. Así las cosas, para verificar la repercusión transfronteriza de los efectos patrimoniales de un matrimonio o de una unión registrada cabe considerar dos circunstancias. Por una parte que los propios elementos del matrimonio o de la unión registrada fueran de naturaleza transfronteriza, en cuyo caso sus consecuencias patrimoniales también lo serían²⁷. Por otra parte que, hallándose todos los elementos del matrimonio o de la unión registrada únicamente vinculados con un ordenamiento estatal, fuesen sus efectos patrimoniales los que tuvieran repercusión transfronteriza²⁸.

29. En lo que concierne a la llamada dimensión interna del Derecho internacional privado los Reglamentos de 2016 no obligan -aunque sí permiten- a los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales a aplicarlos a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente (artículo 35, *infra*).

B) Delimitación negativa

30. Definido positivamente el ámbito de aplicación substantivo de los Reglamentos procede seguidamente concluir su precisión analizando, “en aras de la claridad” (considerando 19), qué aspectos

²⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 24. A ello ya se refirió J.A. CARRILLO SALCEDO señalando que no todo elemento extranjero convierte una situación en una manifestación de la vida internacional de las personas, pues lo que realmente importa es que “la finalidad social de los hechos reclame una reglamentación que corresponda a esa internacionalización” (*Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 39).

²⁷ Por ejemplo por la dispar nacionalidad o residencia habitual de los cónyuges o miembros de la unión, o por la ubicación de sus bienes en distintos países (*cf.* A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento [UE] N° 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 80).

²⁸ Por ejemplo, por la existencia de acreedores o deudores de los cónyuges o miembros de la unión de diferente nacionalidad o residencia habitual que aquéllos. Sobre esta cuestión *cf.* J. GRAY y P. QUINZÁ REDONDO, “Stress-Testing the EU Proposal on Matrimonial Property Regimes: Co-operation between EU private international law instruments on family matters and succession”, *Familie & Recht / Family & Law*, 2013, noviembre.

expresamente no disciplinan²⁹. A tal fin cabe realizar una distinción básica o elemental entre cuestiones de Derecho público (subapartado a) y privado (subapartado b)³⁰.

a) Cuestiones de Derecho público

31. Los instrumentos de Derecho internacional privado de la UE desde el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 tradicionalmente excluyen de su ámbito material las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas. Aun cuando el régimen económico de un matrimonio o de una unión registrada pudiera tener repercusiones en esos campos (en particular en materia de seguridad social, *infra*), expresamente se señala su no regulación por los Reglamentos de 2016.

b) Cuestiones de Derecho privado

32. Por otra parte existen cuestiones de Derecho privado eventualmente relacionadas con el contenido patrimonial del matrimonio o de la unión registrada que de igual modo los Reglamentos excluyen *ex professo* de su disciplina (recuérdese, en aras de la claridad). Se trata de las siguientes ocho.

ba) La capacidad jurídica de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada³¹.

33. La capacidad de un individuo forma parte del estatuto personal y por tanto se rige por su Ley personal³²; así las cosas, cuando la autoridad de un Estado parte en el Reglamento haya de determinar la capacidad de un cónyuge o de un miembro de una unión registrada lo hará aplicando el ordenamiento estatal señalado por su norma de conflicto en la materia³³. Dicho ordenamiento definirá qué cuestiones se entienden incluidas dentro de la capacidad (causas de la incapacidad, límites y condicionamientos, medidas de protección, etc.).

34. Una cuestión particularmente delicada relacionada con la capacidad es la necesidad de autorización de ambos cónyuges o miembros de la unión para la enajenación o gravamen de ciertos bienes (como el hogar familiar u otros) prevista en cualquier tipo de régimen económico³⁴. A este respecto el considerando 20 de los Reglamentos establece una excepción a la exclusión de la capacidad de su ámbito de aplicación sustantivo: ambos instrumentos sí se aplican a las facultades y derechos específicos de uno o de ambos cónyuges o miembros de la unión registrada con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros (en ello incide asimismo el artículo 27 de los dos instrumentos).

²⁹ Se trata de un listado cerrado o exhaustivo de tal modo que las materias no excluidas del ámbito de aplicación de los Reglamentos se entienden incluidas en él: en relación con similar precepto del Reglamento sucesorio europeo *cfr.* A. BONOMI, “Article 1^{er}”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2016, p. 74; R. FRIMSTON, “Article 1”, en U. BERGQUIST y otros, *EU Regulation on Succession and Wills. Commentary*, Colonia, Ottoschmidt, p. 40; y M. WELLER, “Article 1”, en A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ y H.-P. MANSSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 79. Propone acertadamente B. HEIDERHOFF que los Estados de la Unión deberían realizar un esfuerzo para alinear sus normas de Derecho internacional privado de fuente interna para los aspectos no cubiertos por los Reglamentos con las soluciones consagradas por éstos (“Vorschläge zur Durchführung der EU-Güterrechtsverordnungen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, n° 3, pp. 231-238).

³⁰ Explica M. WELLER (*op. cit.*, p. 78), invocando la asentada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, que la diferencia entre el uno y el otro se halla en la actuación investida de potestad o poderes públicos específicos en el primer caso y de poderes o facultades privadas en el segundo.

³¹ Y, aunque el precepto no lo indique, también la capacidad de obrar: así habría que entender la expresión *legal capacity* contenida ya en los primeros documentos de trabajo de los dos Reglamentos (*cfr.* A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa*, *cit.*, p. 137).

³² Salvo excepción. Es el caso de la capacidad para suceder y de la capacidad para realizar una disposición *mortis causa* a tenor de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 24, apartado 2, letra c), y 26, apartado 1, letra a), del Reglamento 650/2012, conforme a los cuales se les aplica la *lex successionis*.

³³ De ser española dicha autoridad, en defecto de instrumento supraestatal utilizaría el artículo 9 del Código Civil que dispone que la Ley personal será la del Estado de la nacionalidad del individuo (apartado 1) y, en su defecto, la del país de su residencia habitual (apartado 10).

³⁴ *Cfr.* H. MOTA, “El ámbito de aplicación material...”, *cit.*, pp. 431-432.

bb) La existencia, validez y reconocimiento del matrimonio o de la unión registrada.

35. Se trata de un requisito *sine qua non* para regular sus consecuencias patrimoniales (*supra*). En el caso del matrimonio hemos adelantado que el Reglamento 2016/1103 no lo define por la dificultad que ello implica para los Estados miembros y que, en cambio, en el supuesto de la unión registrada el 2016/1104 sí incluye una definición por la necesidad práctica que genera. Pero la existencia, la validez o el reconocimiento de las dos figuras, como quiera que sean definidas, son proscritos del ámbito de aplicación material de ambos instrumentos; así lo recalca claramente el considerando 21 de los Reglamentos que indica que tales cuestiones preliminares “siguen estando reguladas por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado”. Por consiguiente será la autoridad del Estado miembro del foro parte en el texto de que se trate la que calificará la situación en cuestión para verificar si el matrimonio o la unión registrada existen, si son válidos o si resultan reconocidos; ello implicará que la autoridad de un Estado de la Unión pueda considerar existente, válido o reconocible un matrimonio o una unión registrada (por ejemplo, entre personas del mismo sexo) y la de otro Estado no.

bc) Las obligaciones de alimentos

36. Son igualmente excluidas del ámbito material de aplicación de ambos instrumentos por cuanto se someten al citado Reglamento 4/2009³⁵ (que a su vez se remite, en cuanto a la determinación de la Ley aplicable, al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007). Esta exclusión no resuelve el problema del difuso límite entre los alimentos y los efectos del matrimonio, especialmente señalado en los ordenamientos anglosajones³⁶. En esencia, en tanto que las contribuciones a las cargas de la familia son estables e integran los efectos patrimoniales del matrimonio o de la unión registrada durante toda la vida de éstos, las obligaciones alimentarias surgen por lo general con ocasión de una crisis de la pareja.

bd) La sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges o miembros de una unión registrada

37. No se somete a los Reglamentos comentados en estas líneas por cuanto se dispone de otro *ad hoc*, el 650/2012, de 4 de julio³⁷. Exclusión no debería ser sinónimo de ausencia de coordinación entre los Reglamentos cuando el causante estuviera casado o fuese miembro de una unión registrada, pues el *iter* lógico exigiría en primer término liquidar la sociedad patrimonial de la pareja para, seguidamente, liquidar la sucesión del fallecido; de ahí que lo adecuado fuera que una única autoridad resultase competente para ambas cuestiones y que aplicara un mismo ordenamiento estatal a ambas³⁸. En lo que atañe a la determinación de la competencia de autoridades el artículo 4 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 sí acomete tal operación consagrando la plausible acumulación del conocimiento de ambas cuestiones por la misma autoridad, lo que aporta previsibilidad, seguridad jurídica y economía de recursos (*infra*).

³⁵ Está vigente en todos los Estados de la UE incluida Dinamarca (aunque este Reino no aplica ciertas normas, en particular las relativas a la Ley aplicable y a la cooperación entre las autoridades centrales).

³⁶ P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación -fragmentada- del Derecho Internacional Privado de la UE en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41 (2017), pp. 184 y 188 e I. VIARENGO, “The EU Proposal...”, *cit.*, pp. 205-206.

³⁷ Es aplicado por las autoridades de todos los Estados de la UE salvo Dinamarca, Reino Unido e Irlanda.

³⁸ *Cfr.* en esta línea M. ÁLVAREZ TORNE, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in Private International Law”, en K. BOELE-WOELKI y T. SVERDRUP (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Amberes, Intersentia, 2008, pp. 395-410; A. BONOMI, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 217-231; y A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, *cit.*, pp. 583-591, esp. 587-588. En la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo para trabajar sobre las propuestas de Reglamentos de la Comisión, celebrada el 15 de abril de 2011, la necesidad de esta coordinación fue puesta de manifiesto por las delegaciones de los Países Bajos, Eslovaquia, Alemania, Luxemburgo, Finlandia, Reino Unido, Italia, Lituania, Bélgica y España; en la siguiente reunión (16 de mayo de 2011) la Comisión respondió que la coordinación total no era posible por “las diferencias de contexto” (*sic*).

38. En lo que concierne a la determinación del Derecho aplicable en cambio la solución es bien diferente: el Reglamento 650/2012 excluye de su ámbito de aplicación material “las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio” (artículo 2.d), en tanto que los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 declaran su no aplicación a la sucesión del cónyuge o del miembro de la unión registrada fallecidos. Pero el Reglamento sucesorio reconocía la necesidad de una coordinación normativa con los Reglamentos que habían de venir en materia de efectos económicos del matrimonio y de las uniones registradas (considerando 12)³⁹. La realidad es que los dos Reglamentos sobre efectos económicos del matrimonio y de las uniones registradas han ignorado el desiderátum de su mismo legislador dado que no han establecido ninguna regla de coordinación entre ellos y el Reglamento sucesorio⁴⁰. La consecuencia práctica es un vacío jurídico, un agujero negro, en el que la inseguridad –incluso la contradicción– hallarán calvo de cultivo: basta comparar las soluciones de los tres instrumentos para determinar la Ley aplicable en caso de elección (artículo 22 de los tres Reglamentos) y en el supuesto de ausencia de elección (artículo 23 del Reglamento 650/2012 y artículo 26 de los Reglamentos de 2016) para concluir que es perfectamente factible que un ordenamiento estatal se aplique a la disolución del régimen económico del matrimonio o de la unión registrada del causante y otro a su sucesión *mortis causa*⁴¹. Lo que, en definitiva, nos aboca a eventuales resultados de

³⁹ “(L)as autoridades que sustancien una sucesión con arreglo al presente Reglamento deben tener en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios”; A. BONOMI (“Article 1^{er}”, *cit.*, p. 91) aprecia en esta expresión una llamada a la adaptación y M. WELLER (“Article 1”, *cit.*, p. 87) considera la expresión “tener en cuenta” lo suficientemente flexible como para incluir en ella la necesaria coordinación entre los dos sectores.

El planteamiento se reproduce en el contenido del propio certificado sucesorio europeo al tenerse que cumplimentar el anexo III (“Información sobre el régimen económico matrimonial o equivalente del causante”) del formulario V (que debe utilizarse para emitir dicho certificado) consagrado en el Reglamento de ejecución (UE) 1329/2014, de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014 (*Diario Oficial* L 359, de 16 de diciembre de 2014). Con ello se produce un plausible acercamiento entre estos dos sectores normativamente descoordinados, como recalcan I. ANTÓN JUÁREZ (“Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 2, pp. 769-780), D. DAMASCELLI (“Brevi note sull’efficacia probatoria del certificato successorio europeo riguardante la successione di un soggetto coniugato o legato da unione non matrimoniale”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017, nº 1, pp. 67-81), para quien no incluir las cuestiones sobre efectos patrimoniales de los esposos o miembros de la unión registrada en el certificado sucesorio europeo convertiría a éste en inútil y de peor calidad que otros certificados sucesorios nacionales, y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (*Las sucesiones “mortis causa” en Europa...*, *cit.*, pp. 151-152 y 157), quien señala que el Reglamento sucesorio sí que se aplicaría a supuestos especiales del Derecho español -desconocidos en otros- como los legados sobre cuota o bienes gananciales, que se adjudican en la posterior herencia, y que, en cambio, los Reglamentos de 2016 se aplicarían a los derechos de viudedad ligados al régimen económico matrimonial como la viudedad aragonesa o la tenuta navarra; de esta misma opinión parece ser A. SERRANO DE NICOLÁS (“Reglamento [UE] 650/201: aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial”, en M.E. GINEBRA MOLINS y J. TARABAL BOSCH [coords.], *El Reglamento [UE] 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Pons, 2016, p. 54 y “El Reglamento [UE] 650/2012 y su repercusión en ciertos aspectos patrimoniales y matrimoniales”, *Revista Aranzadi UE*, 2016, nº 7, p. 80).

⁴⁰ En este sentido *cf.*, entre otros, P. QUINZÁ REDONDO y J. GRAY, “La (des) coordinación entre la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2013, pp. 513-542. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, considera esta cuestión lamentable por dañar la certeza legal y la seguridad jurídica (*El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, p. 37).

Esta cuestión suele ser resuelta por los legisladores mediante la técnica de la adaptación ora material (que parece más apropiada si las diferencias entre los ordenamientos en presencia son relativas), ora conflictual (que tiene por objeto coordinar los Derechos aplicables), siendo esta solución la prevista en numerosos sistemas de Derecho internacional privado de fuente estatal (*cf.* A.M. BALLESTEROS BARROS, “Los derechos del cónyuge superviviente en las sucesiones internacionales: reflexiones sobre la calificación y la adaptación en Derecho internacional privado”, en J. RAMOS PRIETO y C. HORNERO MÉNDEZ [coords.], *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, pp. 233-247, esp. 237 ss.). Un estudio comparado demuestra que en ocasiones el legislador se inclina por aplicar la *lex successionis* a la cuestión matrimonial y en otras por aplicar la Ley del régimen matrimonial a la sucesión, siendo la última de las soluciones la más común (así, el artículo 9.8, de nuestro Código Civil); acerca de los argumentos a favor de una y otra tesis véanse E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 241-242 y E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pp. 116-117.

⁴¹ Las diferencias se producen en el primer caso en cuanto a las personas facultadas para elegir, en cuanto al Derecho que cabe elegir y en cuanto al momento en el que hacerlo. Respecto de los criterios objetivos de conexión consagrados para desig-

desequilibrio a causa de atribuciones patrimoniales en exceso o en defecto a las personas implicadas en estas situaciones (en particular al cónyuge o al miembro de la unión registrada supervivientes)⁴².

39. *De lege lata* la solución a esta complejidad procede de una doble vía: con carácter preventivo es recomendable a las partes -y a sus asesores jurídicos- la planificación de la globalidad de la situación mediante las fórmulas que los Reglamentos ofrecen para que un mismo ordenamiento estatal resulte aplicable a la disolución del régimen económico del matrimonio o de la unión registrada y a la ordenación de la sucesión *mortis causa* del cónyuge o del miembro de la unión en cuestión; de no haberse llevado a cabo esta tarea se requerirá una labor artesanal, perspicaz, para procurar evitar las nocivas consecuencias de la aplicación de distintos ordenamientos estatales a cuestiones tan estrechamente vinculadas entre sí, labor cuyo éxito difícilmente cabe augurar⁴³. *De lege ferenda* la solución ha de venir con ocasión de la revisión de la aplicación de los Reglamentos pasados varios años de su vigencia, para lo que ya se dispondrá de una jurisprudencia relevante del Tribunal de Luxemburgo⁴⁴.

40. La complejidad del cuadro expuesto se incrementa con el artículo 23.2.b) del Reglamento 650/2012 cuando, al identificar el contenido material de la *lex successoria*, hace referencia *inter alia* a la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, “incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supervivientes”. Esta mención no debe confundirse con la inaplicación del Reglamento sucesorio para determinar la Ley aplicable a los efectos económicos de los matrimonios y de las uniones registradas; pues en aquel precepto el legislador comunitario está precisando una cuestión puramente sucesoria, como ha puesto claramente de relieve la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 1 de marzo de 2018 en el asunto C-558/16, *Mahnkopf*⁴⁵.

nar la Ley aplicable en defecto de elección las disfunciones se hallan en el dispar juego que tienen tales criterios -nacionalidad, residencia habitual y lugar de creación de la unión- en cuanto a su concreción personal, material y temporal; a lo anterior se añade la incógnita que pueda resultar, en los tres Reglamentos, de la utilización de la cláusula de los vínculos más estrechos en ellos consagrada.

⁴² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, cit., p. 562 y E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo...*, cit., p. 17.

⁴³ En palabras de A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (*Las sucesiones “mortis causa” en Europa...*, cit., p. 1513) la coexistencia de dos Leyes aplicables conlleva conflictos latentes cuando conducen a soluciones irreconciliables por la incompatibilidad de ambas (ausencia o superposición de derechos del cónyuge, aplicación de Leyes de países distintos no compatibles,...); según J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (*El Reglamento sucesorio europeo...*, cit., p. 37) esta descoordinación fomenta la litigación y la no negociación entre las partes, pues se alienta a entrar en una carrera hacia el tribunal y a practicar el más agresivo *forum shopping* posible para lograr la aplicación de la Ley más favorable para el actor. En cambio, P. LAGARDE sostiene la inconveniencia de determinar aplicable un solo ordenamiento jurídico a la sucesión y al régimen patrimonial (“Règlements 2016/1103 et 2016/1104 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2016, n° 3, p. 677).

⁴⁴ Para el Reglamento 650/2012 el informe de la Comisión relativo a dicha aplicación se presentará a más tardar el 18 de agosto de 2025 (artículo 82); y para los Reglamentos de 2016 el 29 de enero de 2027 (artículo 68).

⁴⁵ El *Kammergericht* de Berlín había planteado una extensa y compleja cuestión prejudicial a propósito de la inclusión en el ámbito de aplicación material de la *lex successoria* de la previsión contenida en el artículo 1371, apartado 1, del Código Civil alemán, que dispone el incremento en un cuarto adicional de la parte alícuota de la legítima correspondiente al cónyuge superviviente en caso de disolución del régimen de participación en las ganancias (*Zugewinnsgemeinschaft*) al efectuarse el reparto de los bienes gananciales. El Tribunal de Luxemburgo responde afirmativamente a la duda justificándolo en que ese artículo “no trata del reparto de bienes patrimoniales entre los cónyuges, sino que aborda la cuestión de los derechos del cónyuge superviviente respecto a los bienes ya contabilizados dentro de la masa hereditaria. En estas condiciones, no parece que el objeto principal de ese artículo sea repartir los bienes patrimoniales o la liquidación del régimen económico matrimonial, sino más bien determinar el *quantum* de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge superviviente con respecto a los otros herederos. En consecuencia, un precepto como este se refiere principalmente a la sucesión del cónyuge fallecido y no al régimen económico matrimonial. Por lo tanto, una norma de Derecho nacional como la controvertida en el litigio principal corresponde a la materia sucesoria a efectos del Reglamento 650/2012” (fundamento jurídico 40). Sobre esta resolución véase entre nosotros J.M. FONTANELLAS MORELL, “La delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Crónica de DIPr*, 2018, n° 1, pp. 27-38 y “Los derechos legales del cónyuge superviviente en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado”, *Diario La Ley UE*, n° 61 (31 de julio de 2018).

be) La seguridad social

41. Aunque cabría considerarla proscrita entre las cuestiones administrativas (*supra*)⁴⁶, el legislador ha querido resaltarla concediéndole un precepto propio por dos motivos. Primero por si en algún país parte en los Reglamentos el régimen patrimonial del matrimonio o de las uniones registradas estuviere vinculado con la seguridad social. Segundo para distinguir esta cuestión de la siguiente.

bf) El derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges o los miembros de la unión registrada, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio o en caso de disolución o anulación de la unión, de los derechos de pensión, de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio o la vigencia de la unión registrada y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante el matrimonio o la unión.

42. El considerando 23 de los Reglamentos nos proporciona una serie de criterios exegéticos de interés para esta norma: a) precisa que la exclusión afecta a los derechos de pensión de jubilación o de invalidez “cualquiera que sea su naturaleza”; b) insta a tener en cuenta “los sistemas específicos existentes en los Estados miembros”; c) dispone que la exclusión debe ser interpretada de forma estricta; y d) como consecuencia de esto último, señala que la exclusión no se aplica a la cuestión de la clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se hayan abonado a uno de los cónyuges durante el matrimonio o a uno de los miembros de la unión registrada durante su vigencia y la posible compensación que se concedería en caso de pensiones suscritas con bienes comunes⁴⁷.

bg) La naturaleza de los derechos reales sobre un bien.

43. Es otra de las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material de los dos Reglamentos de 2016⁴⁸. Conforme a lo establecido en su artículo 27, el ordenamiento declarado aplicable cubre la transmisión, transferencia, atribución o distribución de bienes (mobiliarios e inmobiliarios) y derechos de los cónyuges o miembros de la unión registrada. Pero queda reservada a la competencia exclusiva de los Estados la naturaleza de éstos como materia no armonizada por la UE. Ello se explica, según lo relatado en el considerando 24, por el “número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros”, de tal manera que “(no) se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su Derecho desconoce el derecho real de que se trate”⁴⁹.

⁴⁶ En este sentido M. GÓMEZ JENE, “Artículo 1”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES y otros (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 71. El autor recuerda, citando el Informe de P. JÉNARD sobre el Convenio de Bruselas de 1968 (*Diario Oficial C* 189, 28 de julio de 1990, p. 133), que, pese a no existir un concepto común de seguridad social a nivel de la Unión, formarían parte del mismo entre otras la atención médica, las indemnizaciones por enfermedad, así como las prestaciones familiares por maternidad, por desempleo, de invalidez, de vejez, a los supervivientes y por trabajo y enfermedades profesionales.

⁴⁷ Se trata de una regla compleja justificada por la peculiaridad de los sistemas austriaco, alemán o neerlandés -entre otros- en la materia y que fue objeto de prolongadas discusiones en el seno del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE. A lo largo de ellas la delegación española sostuvo que se había de excluir de los Reglamentos el derecho a la pensión (esto es, si se tiene o no) pues tal derecho se regularía del siguiente modo: de tratarse de una pensión pública (jubilación, viudedad, etc.) por el Derecho público y de tratarse de una privada por la Ley reguladora del contrato del que derivasen (por ejemplo, de seguro); aclarado esto, el Reglamento se aplicaría únicamente a las cantidades recibidas como consecuencia de la pensión. Tampoco formarían parte del ámbito de aplicación de los dos instrumentos la pensión compensatoria, que no pertenece al régimen económico matrimonial y cuyo Derecho aplicable se determina por el Reglamento 4/2009 y por el Protocolo de La Haya de 2007 (*supra*).

⁴⁸ En relación con el precepto similar del Reglamento sucesorio europeo, G. ALONSO LANDETA afirma que esta exclusión no es sólo una necesidad práctica, sino también una cuestión política que entronca con las soberanías de los Estados y su derecho a ordenar los recursos económicos y la riqueza de la nación (“Artículo 1”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO [dirs.], *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento [UE] 650/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 25).

⁴⁹ La exclusión de los derechos reales se refiere al conjunto de facultades que integran el derecho así como a su extensión, duración, condiciones para su efectiva transmisión, efectos y extinción (G. ALONSO LANDETA, *ibidem*).

Este planteamiento puede entorpecer o impedir el objeto de los Reglamentos de procurar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas, en concreto impidiendo que los cónyuges o miembros de la unión disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos en otro país como consecuencia del régimen económico del matrimonio o de la unión registrada (considerando 25). Por ello el propio legislador comunitario ha previsto la adaptación de un derecho real desconocido al derecho equivalente más cercano del Derecho nacional de ese otro Estado miembro; esta operación ha de ser funcional y no nominal, esto es, teniendo en cuenta “los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos”⁵⁰.

bh) Cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

44. Ello se justifica por el celo particular de determinados Estados -entre ellos España- en salvaguardar sus competencias exclusivas respecto de su sistema registral público⁵¹. De los considerandos 27 y 28 de los Reglamentos se desprende que los aspectos que forman parte de la reserva estatal en materia registral son los siguientes⁵². 1º Los requisitos de la inscripción registral, siendo la *lex registrii* o Derecho del Estado miembro en el que se ubique el registro -que para los bienes inmuebles coincide con la *lex rei sitae*- el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realizará la inscripción (por ejemplo plazos para ella, documentos admitidos, etc.). 2º Las autoridades competentes para verificar que se reúnen todos los requisitos para la inscripción y que los documentos presentados o formalizados son suficientes o contienen la información necesaria⁵³; en particular podrán comprobar que el derecho de los cónyuges o de los miembros de la unión sobre los bienes mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro sede del registro⁵⁴. 3º La exigencia por tales autoridades, a quienes soliciten la inscripción, de información o documentos adicionales requeridos por la *lex registrii* (como, por ejemplo, en materia de pago de impuestos), pudiendo la autoridad competente indicar al solicitante cómo proporcionar la información o los documentos que

⁵⁰ Añade el considerado 25 que a tal fin se podrá contactar con las autoridades o personas competentes del Estado cuyo ordenamiento nacional se haya aplicado al régimen económico para recabar más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho; a este objeto podría recurrirse a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, así como a cualesquiera otros medios disponibles que faciliten la comprensión de la Ley extranjera. La adaptación a la que hacemos referencia ha sido disciplinada en el artículo 29 de los Reglamentos (*infra*), si bien dispone su considerando 26 que es compatible con otras posibles formas de adaptación en el contexto de ellos (por ejemplo, la comercial, la civil o la administrativa).

⁵¹ En relación con el precepto similar del Reglamento sucesorio europeo A. BONOMI (“Article 1^{er}”, *cit.*, p. 133) resalta que ha de tratarse de registros públicos, esto es, organizados en virtud de la Ley; el autor incluye entre ellos tanto los registros organizados exclusivamente bajo la forma de inscripción electrónica (como es el caso de ciertos registros de instrumentos financieros), como los registros supraestatales (por ejemplo el creado por el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, en vigor en España desde el 1 de octubre de 2013). Sobre esta cuestión véase S. VAN ERP, “The new Succession Regulation: The *lex rei sitae* in need of reappraisal?”, *European Property Law Journal*, 2012, nº 2, pp. 187-190, esp. p. 188.

⁵² Sobre ello véase, entre nosotros, E. CASTELLANOS RUIZ, “Adquisición y transmisión de bienes inmuebles por matrimonios entre extranjeros: Su inscripción en el registro de la propiedad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 33 (2018), pp. 11-46; M.C. MINGORANCE GOSÁLVEZ, “Registro de la propiedad y régimen económico de los matrimonios extranjeros en España”, *Revista de Derecho Privado*, 2010, nº 5-6, pp. 59-74; y P. QUINZÁ REDONDO, “Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La RDGRN de 10 de mayo de 2017”, *Bitácora Millennium DIPr.*, nº 6 (diciembre de 2017).

⁵³ Dichas autoridades podrían ser, según los sistemas, los registradores de la propiedad o los notarios por ejemplo. Téngase presente que los Reglamentos salvaguardan la competencia exclusiva de los Estados miembros para designar las autoridades competentes en este campo así como sus funciones (artículo 2).

⁵⁴ Para evitar la duplicidad de documentos, las autoridades registrales deben aceptar los documentos expedidos en otro Estado miembro por las autoridades competentes cuya circulación se dispone en los Reglamentos; a ello dedican el capítulo V, en particular el artículo 58.

falten. 4º Los efectos de la inscripción de los derechos en el registro⁵⁵, correspondiendo en consecuencia a la *lex registrii* determinar si la misma produce, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo⁵⁶.

4. Las definiciones incluidas en los Reglamentos

45. Estudiado el ámbito de aplicación material de los Reglamentos de 2016 en sus perspectivas positiva y negativa, procede a continuación abordar las definiciones que contienen “a efectos de” tales instrumentos (artículo 3), esto es, incorporando conceptos autónomos y propios que pueden no coincidir con los correspondientes en los ordenamientos de los Estados miembros. La finalidad es evitar tanto disparidades en su exégesis y aplicación por las autoridades nacionales como problemas calificadorios.

A) Matrimonio y unión registrada

46. Estas dos deberían ser las primeras definiciones de los Reglamentos. Empero según se explicó *supra* el 2016/1103 no incluye una definición de matrimonio. En cambio el 2016/1104 sí de unión registrada, a la que conceptúa como régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación⁵⁷; ahora bien, a fin de respetar las peculiaridades de los Estados miembros así como sus competencias normativas el legislador de la UE ha querido precisar que este concepto es meramente funcional pues debe ser utilizado únicamente a efectos de tal Reglamento: es decir, que el *contenido real* de dicho concepto ha de seguir regulándose en el Derecho nacional de los Estados miembros y que ninguna de las disposiciones del Reglamento obliga a aquellos cuyo ordenamiento jurídico no contemple la institución de la unión registrada a establecerla en su sistema jurídico (considerando 17)⁵⁸.

47. Una primera lectura de la definición del artículo 3 del Reglamento nos revela la exigencia de concurrencia de dos condiciones para abordar la regulación de los efectos patrimoniales de las uniones registradas: la exclusión del matrimonio y el registro obligatorio.

48. 1ª Por lógica la pareja en cuestión no podría ser formalmente un matrimonio. La unión podrá desplegar efectos parecidos, y aun idénticos, a los del matrimonio; pero nunca podrá ser calificada como matrimonio desde un punto de vista formal dado que éste dispone de sus propias normas sobre régimen económico⁵⁹.

⁵⁵ A lo que hay que añadir los efectos de la no inscripción (A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa*, cit., p. 108).

⁵⁶ Cuando la adquisición de un derecho sobre un bien inmueble requiera su inscripción con arreglo a la *lex registrii* de un Estado miembro, el momento de dicha adquisición se regirá por esa misma Ley con el objeto de garantizar el efecto *erga omnes* de los registros o de proteger las transacciones jurídicas.

⁵⁷ La codificación internacional nos ofrece otra definición de unión registrada: la contenida en el artículo 1 del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 2007 sobre el reconocimiento de las uniones de hecho inscritas (elaborado en el marco de la Comisión Internacional del Estado Civil): un compromiso de vida en común entre dos personas del mismo sexo o de sexo diferente que dé lugar a una inscripción registral efectuada ante una autoridad pública, con excepción del matrimonio. Este instrumento sólo ha sido firmado por Portugal (el 1 de octubre de 2008) y por España (el 23 de julio de 2009), pero únicamente lo ha ratificado nuestro Reino (el 4 de agosto de 2010); dado que su artículo 19.1 exige la ratificación, aceptación o aprobación por dos Estados para su entrada en vigor, el Convenio aún no es aplicable. Sobre él véanse G. GOLDSTEIN y H. MUIR-WATT, “La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés”, *Journal du Droit International*, 2010, nº 4, pp. 1085-1125.

⁵⁸ En la reunión de 16 de mayo de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE, la Comisión planteó la posibilidad de incluir un listado de figuras de esta índole admitidas en los ordenamientos de los Estados miembros, si bien no se llevó a cabo.

⁵⁹ En los casos en que dos personas estén casadas y, simultáneamente, registradas como unión se plantearía la cuestión de si los efectos patrimoniales se producirían, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, respecto de una u otra de las instituciones: en ausencia de reglas sobre la primacía de una de ellas la solución podría consistir en dejar la decisión a las personas concernidas (cónyuges y, al mismo tiempo, miembros de la unión); a falta de decisión, la solución objetiva podría ser de naturaleza temporal, es decir, la institución posterior prevalecería sobre la anterior: por consiguiente la determinación de

49. 2ª La segunda condición esencial que deriva de la definición de unión registrada en este último texto (y también en el Convenio de Múnich de 2007) es precisamente ésta, el registro obligatorio⁶⁰; por tanto excluiríamos del ámbito de aplicación del Reglamento las uniones libres que no dan origen a elemento formal alguno⁶¹. Se ha de considerar por registro la inscripción de la unión en un registro público u oficial y, por tanto, por una autoridad igualmente pública⁶²; lo que supone que pueda ser consultado por terceros. En España carecemos de un registro *ad hoc* de regímenes económicos matrimoniales o de efectos patrimoniales de las uniones registradas a diferencia de otros países europeos; la creación del mismo resolvería muchas dificultades, aunque las modificaciones introducidas en el Registro Civil por el artículo 60 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, paliarán en gran medida esas dificultades (al menos en lo que concierne a los matrimonios).

50. Respecto de las uniones registradas casi todo son problemas⁶³; conforme al espíritu y a la letra del Reglamento 2016/1104, dependerían de los ordenamientos estatales las siguientes cuestiones: la existencia y el “contenido real” de las uniones de hecho registradas (considerandos 21 y 17), pues en el concepto y naturaleza de esta figura el Reglamento apenas exige que se trate de una unión “registrada” (artículo 3.1.a); el concepto y naturaleza del registro (considerandos 16 y 28); los principios y requisitos para la inscripción registral; y las autoridades competentes para practicar las inscripciones (considerando 29 y artículos 2, 3.2, 63 y 64). En nuestro sistema, como es bien sabido, todas esas cuestiones tienen un tratamiento fragmentario o atomizado por la ausencia de normativa estatal y la proliferación de legislaciones de las Comunidades Autónomas⁶⁴.

la autoridad competente para conocer del asunto y del ordenamiento aplicable al fondo se sujetaría a las normas de Derecho internacional privado del Estado en cuestión (en los países que aplican los Reglamentos, del 2016/1103 ó del 2016/1104). En el caso -raro- de creación simultánea de las dos figuras sería de nuevo la voluntad de las personas afectadas (cónyuges y miembros de la unión) el criterio para concretar la primacía; a falta de ello podría prevalecer la figura más protectora para los esposos, los hijos o los terceros en la legislación del Estado en cuestión (en muchos casos el matrimonio, que suele reconocer, entre otros, efectos sucesorios al cónyuge supérstite y/o a los hijos, derecho a pensiones, etc.).

⁶⁰ En los trabajos del Comité de Derecho Civil del Consejo, las delegaciones de Hungría y Eslovenia propusieron incluir en el ámbito de aplicación del hoy Reglamento 2016/1104 las uniones de hecho no registradas; la Comisión explicó que deliberadamente no se hizo en la propuesta originaria puesto que la cuestión no resultaba pacífica entre los Estados miembros; la delegación francesa defendió que esa inclusión provocaría inseguridad jurídica por cuanto la ausencia de registro de la unión impediría a los terceros conocer la existencia de la misma. Sobre el asunto véase entre nosotros A. CEBRIÁN SALVAT, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 1, pp. 127-143 y en perspectiva comparada D. DAMASCELLI, “La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel Diritto internazionale privato italiano ed europeo”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017, nº 4, pp. 1103-1155, así como la interesante cuestión prejudicial sometida al Tribunal de Justicia en el asunto C-361/18 por el Szekszárdi Járásbíróság (Hungría) el 5 de junio de 2018 que plantea, *inter alia*, si el artículo 1.2.a) del Reglamento 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de si una acción de reintegro entre los miembros de una pareja de hecho no registrada está comprendida en un régimen que regula relaciones con efectos (jurídicos) comparables al matrimonio.

⁶¹ Esta exclusión afecta incluso a las uniones libres en las que los miembros hayan manifestado su voluntad en un documento auténtico ante notario o funcionario, dado que faltaría la eficacia *erga omnes* del consentimiento, que es típica del matrimonio y de la unión registrada: *cf. Rapport explicatif de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 de la Commission Internationale de l'État Civil sur la reconnaissance des partenariats enregistrés*, Estrasburgo, 2007, p. 17 (http://www.cieci.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/MBsAAENP4RdLc2Z3VklQT2FnLQA) y M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104...”, *cit.*, p. 9.

⁶² Autoridad que debe ser concretada por las legislaciones estatales: por ejemplo sería el caso del encargado del estado civil, de una autoridad judicial o de una autoridad administrativa, entre otras. Un estudio de Derecho comparado en algunos países europeos cabe hallar en el documento *Étude 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 Européenne (Rapport de synthèse)*, La Haya / Lovaina la Nueva, Consortium ASSER-UCL, 2003, p. 21: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf.

⁶³ *Cfr.* M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El puzzle se complica. Efectos patrimoniales de las uniones registradas y Reglamento (UE) 2016/1104. Problemas de calificación y coordinación entre los instrumentos europeos conexos”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 313-329.

⁶⁴ Sobre esta cuestión véanse, entre otros, L. GARAU JUANEDA, “Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco”, *Bitácora Millennium DIPr.*, nº 6 (diciembre de 2017); J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 1, pp.

51. Expuesto lo anterior, diversas son las cuestiones complejas que suscita el análisis del artículo 3 del Reglamento 2016/1104.

52. a) Una primera concierne a la naturaleza del registro de la unión, aspecto discutido en el que el Derecho comparado nos revela la existencia de supuestos -la mayoría- en que los legisladores le otorgan carácter constitutivo (la unión existe y produce efectos a partir de su registro) y de otros que lo hacen con carácter declarativo (en cuyo caso los efectos de la unión, una vez registrada, se retrotraen al momento de su creación). El Reglamento 2016/1104 no se pronuncia expresamente sobre este particular⁶⁵.

53. Una interpretación literal ha llevado a alguna doctrina a defender el carácter constitutivo del registro, lo que se apoyaría en que diversos pasajes identifican *creación* de la unión con su *registro*⁶⁶; aunque también cabría sostener la admisión de los dos tipos de efectos según el considerando 28. Ahora bien, en el artículo 3.1.a) se hace referencia a la Ley de creación de la unión sin indicar cuál sea ésta; en nuestra opinión no se trataría de la *lex causae* (u ordenamiento aplicable al fondo de los efectos patrimoniales de la unión) sino de la *lex registrii* (u ordenamiento del Estado de registro de la unión)⁶⁷. Por consiguiente, desde una interpretación finalista sería esta Ley la que indicaría si el registro de la unión en cuestión sería constitutivo o declarativo, cabiendo considerar pues que estarían ambas posibilidades admitidas por el Reglamento⁶⁸.

54. b) El Reglamento 2016/1104 tampoco se pronuncia acerca del lugar de registro de la unión. A nuestro parecer una exégesis sistemática y finalista del texto nos conduce a afirmar que la unión puede ser registrada en cualquier país del mundo. Los argumentos a favor de esta tesis, extraídos de M. SOTO MOYA, serían los siguientes⁶⁹: 1º el artículo 3.1.a) del Reglamento hace referencia a “la ley” que rige la unión y su registro sin exigir que sea la de un Estado miembro de la UE; 2º el instrumento paralelo previsto para los matrimonios (el Reglamento 2016/1103) tampoco limita su ámbito de aplicación material a los cele-

233-247; D. MARÍN CONSARNAU, “Las ‘uniones registradas’ en España como beneficiaria del derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, nº 2, pp. 419-447; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, cit., pp. 169-187; M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104...”, cit., pp. 18 ss.; y A. URRUTIA BADIOLA y B. IRIARTE ÁNGEL, “La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco”, *Bitácora Millennium DIPr.*, nº 7 (junio de 2018).

⁶⁵ A diferencia del informe explicativo del Convenio de Múnich de 2007 que señala que las uniones con efectos declarativos son igualmente cubiertas por él, de tal modo que una vez registrada una unión ya constituida nada se opone al reconocimiento y retroactividad de los efectos de la inscripción (*Rapport explicatif...*, cit., p. 17).

⁶⁶ Ejemplos, artículo 3, apartado 1, letras a) y b) *in fine* o considerando 35. B. AÑOVIROS TERRADAS sostiene que las uniones estables previstas en el Código Civil de la Comunidad Autónoma de Cataluña no estarían comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1104 pues, pese a la existencia de un registro creado en 2015, se trata de un registro voluntario a los efectos de la sola publicidad de la unión (“Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA [dirs.], *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, cit., p. 249).

⁶⁷ Esta exégesis resulta más clara de la versión inglesa del artículo 3.1.a) del Reglamento. Será la legislación del Estado sede del registro la que establecerá las exigencias relativas a la inscripción (condiciones legales y modalidades), las autoridades encargadas de verificar que todos los requisitos se han respetado y que los documentos presentados o formalizados son suficientes o contienen la información necesaria (registradores de la propiedad o notarios) y los efectos (constitutivos o declarativos) de la inscripción: considerandos 27 y 28 de los Reglamentos.

⁶⁸ La interpretación histórica de la norma lamentablemente aporta poca luz. En la reunión del 11 y 12 de febrero de 2013 del Comité de Derecho Civil del Consejo, la delegación de Suecia preguntó qué significaba que el registro fuera “obligatorio” (*mandatory*) a lo que la Presidencia respondió que el procedimiento de registro dependía de cada Estado; la delegación española indicó que la obligatoriedad suscitaba dudas y que si se entendía como requisito *sine qua non* para la existencia de la unión habría que ofrecer una redacción más clara, de lo que la Presidencia tomó nota si bien nada se hizo. En la reunión del 12 de abril de 2013, teniendo presente que el registro podría no ser constitutivo sino declarativo, la delegación alemana propuso hacerlo constar en la definición de unión registrada; la Presidencia replicó que podría considerarse tal propuesta, si bien tampoco hizo nada. Finalmente, alguna otra delegación defendió añadir la idea de una unión “objeto de registro” en el sentido de admitir la existencia de unas uniones ya creadas, esto es, de aceptar también los efectos declarativos del registro; esta idea no prosperó.

⁶⁹ “El Reglamento (UE) 2016/1104...”, cit., pp. 10-11.

brados ante una autoridad de un país comunitario; 3º el ordenamiento aplicable a los efectos patrimoniales de una unión registrada puede ser el de cualquier Estado dado el carácter universal del mismo (artículo 20 del Reglamento 2016/1104, *infra*); 4º finalmente, cuando el legislador europeo ha decidido limitar expresamente el ámbito de aplicación objetivo de sus normas en este campo lo ha realizado claramente⁷⁰.

55. c) Una tercera cuestión compleja derivada del presente precepto de este instrumento atañe al vínculo exigido a la pareja para el registro de su unión en el Estado de que se trate. Un estudio de Derecho comparado nos demuestra que los legisladores nacionales lo concretan de modo dispar: la nacionalidad de uno o ambos miembros, o la residencia habitual –con frecuencia de los dos– en su territorio con variaciones acerca de su duración⁷¹. En cualquier caso se trata de aspectos que cubre la *lex registrii* y en los que el Reglamento no puede ni debe entrar.

56. d) Una última consideración a propósito de la delimitación del concepto de unión registrada concierne al sexo de sus miembros. Como en el caso del matrimonio, la realidad social y jurídica nacional nos ofrece un panorama tan variado que conduce a los legisladores supraestatales –y estatales– a distintas respuestas. Por ejemplo, el Convenio de Múnich de 2007 expresamente se refiere en su artículo 1 a la igualdad o disparidad de sexo de los miembros de la unión (*supra*); en cambio el legislador comunitario ha preferido no intervenir en este campo para respetar las peculiaridades nacionales, siendo esta la razón por la que el artículo 1.2.b) del Reglamento 2016/1104 excluye de su ámbito de aplicación “la existencia, validez y reconocimiento de la unión registrada” (véase el considerando 17 *supra*).

57. De este modo se consagra el principio de remisión a los sistemas jurídicos nacionales para concretar el concepto de unión registrada (incluyendo el sexo de sus componentes) y, simultáneamente, se establece una cláusula de salvaguarda para impedir imponer una determinada concepción nacional de la unión a otros Estados que no la compartan o acepten⁷². Si bien la solución parece políticamente correcta, en la práctica da lugar a la inseguridad pues será preciso conocer la concepción de un país sobre la unión registrada para que las autoridades puedan ejercer la competencia judicial o aplicar una Ley estatal. Lo que puede desembocar en problemas para los Estados que sólo admitan el vínculo entre personas del mismo sexo a través del matrimonio (Finlandia o Suecia) o de la unión registrada (Austria o Italia); en este sentido se ha planteado que no sería descartable, en los países en que la unión registrada despliegue efectos idénticos al matrimonio, la aplicación del Reglamento 2016/1103 en lugar del 2016/1104⁷³.

⁷⁰ Es el caso del artículo 2.2.b) de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (*Diario Oficial* L 158, de 30 de abril de 2004), que entiende por “miembro de la familia” a “la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro”, limitación ésta que no se ha querido reproducir en el Reglamento 2016/1104.

⁷¹ Algunos países se limitan a exigir un plazo mínimo de simple residencia, como ocurre en el Reino Unido con la *Civil Partnership Act* 2004, *section* 8.1(a) que sólo requiere una residencia de siete días previos a la solicitud de registro. Otros ni siquiera exigen la residencia, cual es el caso de Alemania conforme a la *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 16 febrero de 2001, modificada el 20 de julio de 2017; sobre ello véase K. THORN, “The German Conflict of Laws Rules on Registered Partnership”, en K. BOELE-WOELKI y A. FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Amberes / Oxford, Intersentia, 2003, p. 162.

⁷² En buena medida, la decisión de Hungría y de Polonia en la sesión del Consejo JAI de diciembre de 2015 de no participar en este instrumento –y tampoco en el paralelo 2016/1103– estuvo fundada en la idea de no admitir –siquiera indirectamente– las consecuencias de los matrimonios o de las uniones registradas entre personas del mismo sexo válidas en otros sistemas; ello derivó en la necesidad de recurrir a la cooperación reforzada para la aprobación de ambos Reglamentos (artículo 70 y considerandos 11, 12, 13 y 70). P. LAGARDE lamenta la posición de esos dos países, máxime cuando los Reglamentos ofrecen garantías suficientes para no tener que reconocer situaciones no admitidas en sus ordenamientos (“Règlements 2016/1103 et 2016/1104...”, *cit.*, p. 676). Desde la primera reunión de trabajo del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE sobre las propuestas de Reglamentos de la Comisión (15 de abril de 2011), Polonia ya había advertido de su incompatibilidad con el artículo 18 de su Constitución, que prevé como única forma de unión el matrimonio entre hombre y mujer; sobre la posición polaca véase P. TWARDUCH, “Le Règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du Droit polonais”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2016, n° 3, pp. 465-467.

⁷³ D. MARTINY, “Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht...”, *cit.*, pp. 443 ss. y H. MOTA, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de Junho”, *Revista Electrónica de Direito*, 2017, n° 2, p. 14.

B) Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de la unión registrada

58. La segunda definición del artículo 3 es la de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de la unión registrada, entendiéndose por tales el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o los miembros de la unión y con terceros, como resultado de la celebración del matrimonio o de la unión jurídica creada por el registro de la unión o de su disolución⁷⁴. Según se adelantó, el legislador comunitario manifiesta un ánimo de aplicación de los Reglamentos al más extenso cambio posible de materias relacionadas con las relaciones patrimoniales de ambas figuras desde su nacimiento hasta su extinción. En esta definición cabe apreciar que se hace referencia al aspecto normativo (es decir, al conjunto de normas reguladoras, sean imperativas, dispositivas o aplicables por defecto), al objeto regulado (el contenido patrimonial de las relaciones), a los efectos (entre los cónyuges o miembros de la unión *ad intra* y respecto de terceros o *ad extra*) y al plano temporal (en cuanto al *dies a quo* del inicio con la celebración del matrimonio o de la creación de la unión y el *dies ad quem* con su extinción mediante la separación o disolución del vínculo). La interpretación autónoma a la que hemos aludido es recalca expresamente respecto del matrimonio para esta definición por el considerando 18 del Reglamento 2016/1103, que indica que asimismo se incluyen en el régimen económico matrimonial los pactos o capitulaciones matrimoniales previstos por algunos ordenamientos estatales, a los que dedicamos las líneas que siguen.

C) Capitulaciones matrimoniales o de la unión registrada

59. El artículo 3.1.b) de los Reglamentos define esta institución como el acuerdo en virtud del cual los cónyuges o miembros de la unión registrada, o los futuros cónyuges o miembros de la unión registrada, organizan el régimen económico de su matrimonio o los efectos patrimoniales de su unión⁷⁵. Se aprecian en este concepto referencias al elemento temporal (el acuerdo puede concluirse antes o después de la celebración del matrimonio o de la creación de la unión) y al sustantivo (lo que se conviene es la organización de los efectos patrimoniales del vínculo).

60. Los Reglamentos recogen con esta figura la realidad de la admisión en la mayor parte de los Estados miembros de virtualidad a la voluntad de los interesados en la ordenación de su régimen presente o futuro, aun cuando se produzcan variaciones entre ellos (considerandos 48 y 47, respectivamente). Lo cual se enmarca en un contexto de evolución general de las mentalidades de reconocer una mayor autonomía y responsabilidad a las personas en el Derecho de familia y de sucesiones en general y en el matrimonio o en las uniones registradas en particular⁷⁶.

61. La voluntad de los cónyuges o miembros de la unión registrada puede manifestarse en distintos ámbitos del régimen económico del matrimonio o de la unión. Así, puede serlo para elegir entre

Como ha indicado M. SOTO MOYA (“El Reglamento [UE] 2016/1104...”, *cit.*, pp. 16-17) la solución podría alcanzarse aplicando el principio de no discriminación previsto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, al que hacen referencia el artículo 38 y los considerandos 53 y 71 del Reglamento: *cfr.* S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: The Patrimonial Effects of Family Relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, nº 1, p. 269.

⁷⁴ Señala adecuadamente I. VIARENGO que esta definición recuerda la ofrecida por el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia en el asunto C-143/78, *De Cavel*, de 27 de marzo de 1979, dictada a propósito de la interpretación del artículo 1.2 del Convenio de Bruselas de 1968 (“The EU Proposal...”, *cit.*, p. 202). En la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE para trabajar sobre las propuestas de Reglamento de la Comisión, celebrada el 15 de abril de 2011, ésta aclaró que el único aspecto abordado de los regímenes matrimoniales era el patrimonial, por cuanto los efectos personales pertenecían a la esfera de competencia de los Estados miembros; así se decidió también para las uniones registradas a partir de la reunión del 16 de mayo del mismo año. Ello significa que en el sistema español de Derecho internacional privado la Ley aplicable a los efectos personales del matrimonio se seguirán determinando por la norma de conflicto del apartado 2 del artículo 9 del Código Civil.

⁷⁵ Sobre la materia véanse B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, pp. 821-845 y el clásico estudio de M.P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en el Derecho internacional privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999.

⁷⁶ *Étude sur les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, p. 183.

los distintos regímenes legales secundarios previstos en un sistema; o para diseñar un régimen *ad hoc* en aquello no prohibido por las normas imperativas o no dispositivas del régimen legal primario⁷⁷; o, en el plano internacional, para determinar la competencia de autoridades y/o el ordenamiento aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio o de la pareja. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 se centran en la concreción de la autoridad competente y de la Ley aplicable a las capitulaciones, haciendo referencia tanto a su forma (artículos 23 y 25) como a su fondo (artículo 27, letra g), según tendremos ocasión de estudiar.

62. Nada indican en cambio acerca de su aplicación a los llamados acuerdos prematrimoniales (*prenuptial agreements* o *prenups*) que, con origen en los sistemas anglosajones (en particular los Estados Unidos), adquieren cada vez más relevancia en los sistemas continentales⁷⁸. A través de ellos los futuros cónyuges -y, en su caso, los futuros miembros de una unión registrada- regulan en previsión de ruptura cuestiones diversas del matrimonio -o de la unión- tanto de carácter económico (relaciones patrimoniales durante la vida y a la extinción de la pareja, atribución de la propiedad de los bienes, renuncia a la pensión compensatoria, uso del hogar familiar, etc.) como de naturaleza personal (respecto de ellos y de los hijos: educación, guarda y custodia, régimen de visitas, etc)⁷⁹. Un análisis de esta figura a la luz de los Reglamentos nos conduce a las siguientes consideraciones⁸⁰: 1ª No todos los aspectos cubiertos por un acuerdo de este tipo tendrían cabida en los conceptos de régimen económico del matrimonio o de efectos patrimoniales de una unión registrada, sino únicamente aquellos que coincidieran con las definiciones *supra* expuestas. 2ª La clara delimitación temporal del *dies a quo* y del *dies ad quem* en los Reglamentos (*supra*) suscita dudas sobre el encaje de estos peculiares acuerdos en su ámbito de aplicación. 3ª No obstante, la referencia a los “futuros” esposos o miembros de la unión contenida en los Reglamentos (artículos 3.1.b y 22.1) ha sido entendida por algún autor como inclusiva de estos contratos en su ámbito material⁸¹. 4ª Siendo una cuestión que en algún momento habrá de resolver el Tribunal de Luxemburgo, siempre queda a la decisión de cada Estado aplicar a esta figura normas similares a las de los Reglamentos

D) Documento público

63. Por tal entiende el artículo 3.1.c) de los dos Reglamentos el documento en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de la unión registrada que ha sido formalizado

⁷⁷ Aunque los Reglamentos no hacen referencia al régimen primario, su invocación fue una constante de las delegaciones belga, francesa o luxemburguesa durante toda la discusión de las propuestas de la Comisión en el Comité de Derecho Civil del Consejo. Sobre este concepto y su incidencia en los citados textos véanse I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les Règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal du Droit International*, 2017, nº 2, pp. 489-492; H. MOTA, “El ámbito de aplicación material...”, *cit.*, pp. 428-447 (esp. 429-441); y H. PÉROZ, “Les lois applicables au régime primaire: incidences du Règlement (UE) 2016/1103 sur le Droit applicable au régime primaire en Droit international privé français”, *Journal du Droit International*, 2017, nº 3, pp. 813-829.

⁷⁸ Sobre ellos véanse, entre otros, I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, nº 1, pp. 5-45; M.D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; CH. CHALAS, “Contrats de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque?”, *Journal du Droit International*, 2016, nº 3, pp. 781-826; y E. GALLANT, “Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce: quel ordre public?”, *El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Nuria Bouza Vidal, InDret*, 2017, nº 1, pp. 139-164.

⁷⁹ Sus diferencias con los contratos o capitulaciones matrimoniales o de las uniones registradas son varias: en cuanto a la finalidad las capitulaciones regulan los efectos patrimoniales de la vida de la pareja en matrimonio o unión registrada en tanto que los *prenups* se celebran en previsión de ruptura; desde el punto de vista temporal las capitulaciones pueden concluirse antes o después de la celebración del matrimonio o de la creación de la unión, los *prenups* sólo antes; respecto del contenido las primeras sólo abordan cuestiones patrimoniales, los segundos patrimoniales y personales; en lo que atañe a la forma las capitulaciones suelen requerir para su validez un acto notarial, mientras que en los *prenups* impera la ausencia de formalismo excesivo; en cuanto a las fuentes las primeras se someten al Derecho positivo y los segundos a la jurisprudencia; finalmente, la modificación de una capitulación suele ser rígida y la de un acuerdo prenupcial flexible.

⁸⁰ La cuestión no se planteó en ningún momento a lo largo de los cinco años de trabajo del Comité de Derecho Civil del Consejo.

⁸¹ I. VIARENGO, “The EU Proposal ...”, *cit.*, p. 204, que sostenía que los futuros Reglamentos deberían pronunciarse sobre su inclusión o no.

o registrado -“formalmente”, añade únicamente el 2016/1104- como documento público en un Estado miembro y cuya autenticidad: a) se refiere a la firma y al contenido del documento público y b) ha sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad facultada a tal fin por el Estado miembro de origen. Exige por tanto este precepto un doble requisito de calificación del documento⁸².

64. 1º Por una parte que sea considerado *público ab origine*, esto es, en el Estado de su procedencia concretando éste en el de formalización o registro (es decir, en el que pertenezca la autoridad que lo expida o emita). Ello se debe a que, como indican los considerandos 58 y 57 respectivamente, “(p) ara determinar el valor probatorio de un documento público en otro Estado miembro o el efecto más parecido posible, debe hacerse referencia a la naturaleza y el alcance del valor probatorio del documento público en el Estado miembro de origen. Por lo tanto, el valor probatorio que un documento público tendrá en otro Estado miembro dependerá del Derecho del Estado miembro de origen”.

65. 2º Por otra parte se requiere que el documento público sea tenido además por *auténtico*, a cuyo fin el precepto establece condiciones propias relativas a la firma, al contenido y al autor (que a su vez debe ser autoridad pública o similar en el Estado de origen): en particular, señalan los considerandos 59 y 58, respectivamente, que “(1)a ‘autenticidad’ de un documento público debe ser un concepto autónomo que incluya aspectos como su veracidad, sus requisitos formales previos, las facultades de la autoridad que formaliza el acto y el procedimiento por el cual se formaliza éste”.

66. La rigurosidad de esta norma se explica por la necesidad de confiar en la veracidad del documento. Ello obedece a que los Reglamentos deben garantizar la aceptación y la fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros de los documentos públicos en materia de contenido patrimonial de los matrimonios y de las uniones registradas con el fin de tener en cuenta los diferentes sistemas para resolver los asuntos en este sector (considerandos 57 y 56, respectivamente). Uno de los pilares básicos de estos textos -y aun de todo el Derecho internacional privado comunitario- pues en pocas manifestaciones como en esta se aprecia la necesidad de la continuidad transfronteriza de las relaciones jurídicas que caracteriza el espacio judicial europeo⁸³. A este objeto dedican los Reglamentos su capítulo V, en particular los artículos 58 (“Aceptación de documentos públicos”) y 59 (“Fuerza ejecutiva de los documentos públicos”).

E) Resolución

67. Se entiende por tal cualquier resolución en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de las uniones registradas dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con independencia de la denominación que reciba, incluida una resolución sobre la determinación de las costas o gastos por parte de un funcionario judicial (artículo 3.1.d)⁸⁴. Se consagra así un concepto autónomo en el que destacan la vastedad de su supuesto de hecho (abarca cualquier decisión en este campo) y la funcionalidad en la conceptualización del órgano emisor (resulta irrelevante la denominación que reciba); la referencia expresa a las costas o gastos es un clásico en los instrumentos de la UE desde el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.

68. El reconocimiento, la fuerza ejecutiva y la ejecución de resoluciones conforman otro de los pilares básicos para el exitoso funcionamiento de los Reglamentos (capítulo V, artículos 36 a 57); no en vano en él descansa el total principio de reconocimiento mutuo en la UE (considerandos 56 y 55, respec-

⁸² Afirma A. BONOMI que los actos autorizados por un notario de tradición latina cumplen con los requisitos exigidos por los Reglamentos (“Article 1^{er}”, *cit.*, p.168). En la referida primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE las delegaciones de Francia, Portugal, Italia, Rumanía, Bélgica y España destacaron la importancia en esos textos de la función notarial en general y del notariado latino en particular.

⁸³ Una idea que ya fue puesta de manifiesto por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-260/97, *Unibank*, de 17 de junio de 1999.

⁸⁴ Cabría en este punto invocar lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento 1215/2012 que ejemplifica como posible resolución un auto, una sentencia, una providencia o un mandamiento de ejecución.

tivamente). El correcto entendimiento de esta definición precisa su lectura conjunta con la de “órgano jurisdiccional”, a la que nos referiremos en unas líneas.

F) Transacción judicial

69. Es definida por el artículo 3.1.e) de los Reglamentos como la transacción en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de una unión registrada aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrada ante un órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento⁸⁵. Se podrá apreciar que lo único que aporta la definición es la exigencia de que el acuerdo entre las partes interesadas se haya alcanzado bajo homologación de un órgano jurisdiccional en dos posibles fases temporales: con carácter ajeno o previo a un procedimiento pero finalmente aprobada por dicho órgano; o *in limine litis*, esto es, en el curso de un procedimiento ya iniciado. A las transacciones judiciales así definidas dedica el artículo 60 de los Reglamentos una norma sobre su fuerza ejecutiva⁸⁶.

G) Estado miembro de origen y Estado miembro de ejecución

70. Los dos instrumentos comentados definen al Estado miembro de origen como aquel en el que se ha dictado la resolución, formalizado el documento público o aprobado o celebrado la transacción judicial; y como Estado miembro de ejecución o de destino aquel otro en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución de la resolución, del documento público o de la transacción judicial (artículo 3.1.d y f)⁸⁷. Se trata, en definitiva, de los dos polos entre los que oscila el efecto de continuidad transfronteriza de las relaciones jurídicas para los documentos públicos, para las resoluciones jurisdiccionales y para las transacciones judiciales en el espacio judicial europeo.

71. Recuérdese que tanto el Estado miembro de origen como el Estado miembro de ejecución o destino sólo pueden ser uno de los que apliquen los Reglamentos, por cuanto la bilateralidad en la aplicación de estos preceptos es estricta⁸⁸. Dicho de otro modo, no cabe usar estos instrumentos entre un Estado miembro de origen que los aplique y un Estado de ejecución que no los aplique (sea o no de la UE) ni, al contrario, entre un Estado de origen que no aplique los Reglamentos (sea un país comunitario o no) y un Estado miembro de ejecución que sí lo haga.

H) Órgano jurisdiccional

72. El apartado 2 del artículo 3 de los Reglamentos contiene la definición de una de las cuestiones más relevantes de los mismos: la de las autoridades estatales competentes para aplicarlo. A tal fin se parte de la utilización de la expresión “órgano jurisdiccional” que ha de ser entendida en sentido amplio (considerando 2), pues caben en ella dos tipos de autoridades de los Estados miembros que apliquen estos instrumentos.

73. 1º Por un lado toda autoridad judicial *stricto sensu* determinada conforme al ordenamiento interno de cada Estado.

⁸⁵ En la reunión de 16 de mayo de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo las delegaciones francesa y rumana plantearon, sin éxito, incluir también en este precepto las transacciones extrajudiciales.

⁸⁶ Las diferencias de naturaleza entre una resolución judicial y una transacción judicial, que justifican un distinto tratamiento a efectos de su eficacia transfronteriza, fueron ya puestas de manifiesto por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, de 2 de junio de 1994.

⁸⁷ Los Reglamentos no precisan cómo concretar la ejecución en un Estado pues ello depende del ordenamiento de éste; en ausencia de instrumento supraestatal en España será preciso acudir a los artículos 50 (ejecución de resoluciones judiciales extranjeras) y 51 (ejecución de transacciones judiciales extranjeras) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que exigen el previo exequátur y remiten a la Ley de enjuiciamiento civil para el procedimiento de ejecución (incluyendo la caducidad de la acción ejecutiva); diferente es el caso de los documentos públicos extranjeros, que serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios a nuestro orden público (artículo 56).

⁸⁸ Ver nota 8.

74. 2º Por otro lado todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de regímenes económicos matrimoniales o de efectos patrimoniales de las uniones registradas y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que dichas otras autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas. A ello se añade la exigencia de que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúen, puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial y tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia. Este segundo tipo de autoridades está pensado para aquellos países de la Unión que disponen de ciertos funcionarios o profesionales jurídicos con las características reseñadas en el ánimo de respetar los distintos sistemas para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones registradas (considerando 29).

75. En definitiva, para integrar el supuesto de hecho del artículo 3.2 de los Reglamentos lo relevante es el ejercicio -directo o delegado- de potestad jurisdiccional por parte de la autoridad estatal, con independencia de la denominación o naturaleza de ésta. Por tal motivo la expresión “órgano jurisdiccional” no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro facultadas con arreglo al Derecho nacional para resolver las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de los matrimonios o de las uniones registradas que no ejerzan funciones judiciales (considerando 29)⁸⁹.

76. Esto último nos conduce inevitablemente a la figura de los notarios. Conforme a lo expuesto es preciso distinguir dos categorías: a) aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales bien propias, bien delegadas o controladas por una autoridad judicial, que pueden ser considerados “órgano jurisdiccional” *ex* artículo 3.2; y b) aquellos que no lo hacen, que no pueden serlo (que es el caso de la mayoría de los países comunitarios). En definitiva, la sujeción de los notarios de un Estado miembro a las normas de competencia establecidas de los Reglamentos debe depender de si están o no incluidos en la definición expuesta de “órgano jurisdiccional”⁹⁰.

77. A raíz de este planteamiento es preciso distinguir la doble perspectiva de la actuación de los notarios en el marco de los Reglamentos (considerando 31)⁹¹: 1ª si un notario actuase como autoridad jurisdiccional conforme al artículo 3.2 estaría sometido a las reglas de competencia del capítulo II de los Reglamentos y las resoluciones que dictase circularían según lo previsto en el capítulo IV⁹²; 2ª si en

⁸⁹ En la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de 27 y 28 de septiembre de 2012 la delegación rumana (con apoyo de Italia, Luxemburgo, Finlandia y Alemania) propuso, sin éxito, ampliar la definición de “órgano jurisdiccional” en las propuestas de Reglamento de la Comisión a fin de comprender también las autoridades no judiciales que intervinieran en este ámbito por mandato de la ley y no por delegación o bajo control de una autoridad judicial.

⁹⁰ Con idea de clarificar este panorama, de conformidad con el artículo 65 los Estados miembros que apliquen los Reglamentos están obligados a notificar a la Comisión las autoridades y profesionales del Derecho a que se refiere la letra a); dicha información se hará de público conocimiento, en particular a través del *Diario Oficial* y de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. En relación con el idéntico artículo del Reglamento sucesorio europeo, España ha designado a los notarios para los actos de jurisdicción voluntaria derivados de la Ley 15/2015, de 2 de julio. En el momento de elaboración de estas líneas, nuestro Reino aún no había proporcionado esta información sobre los nuevos Reglamentos a la Comisión. No obstante, para el 2016/1103 indica P. QUINZÁ REDONDO que todo hace apuntar que por parte de España serán incluidos en dicha definición los notarios, ya que conforme a la citada Ley de Jurisdicción voluntaria pueden tener competencia para la separación y el divorcio -siempre y cuando la disolución del matrimonio sea de mutuo acuerdo y no existan menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente a su cargo- (artículo 87 del Código Civil) y, extensivamente, para la liquidación del régimen económico matrimonial como parte del convenio regulador (artículo 90.e del mismo cuerpo legal); no así cuando se acuda al notario a otorgar capitulaciones matrimoniales, pues en ese caso no estará ejerciendo funciones jurisdiccionales (“La unificación -fragmentada-...”, *cit.*, pp. 189-190).

⁹¹ Estas cuestiones han sido sometidas al Tribunal de Luxemburgo mediante una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano judicial polaco el 24 de noviembre de 2017 en el asunto C-658/17, *WB*.

⁹² A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (*Las sucesiones “mortis causa” en Europa...*, *cit.*, p. 190) identifica esta faceta de la actividad notarial con los actos de jurisdicción voluntaria.

cambio no actuara como autoridad jurisdiccional no estaría sujeto a las reglas de competencia del capítulo II y los documentos públicos que expidiera circularían conforme al capítulo V⁹³.

5. Determinación de la autoridad competente.

78. Una vez expuesto qué entienden los Reglamentos por órgano jurisdiccional (*supra*), a la concreción de cómo determinarlo dedican ambos instrumentos su capítulo II (“Competencia”, artículos 4 a 19). Para ello se asientan sobre dos bases según apunta el considerando 32: por una parte, desde un punto de vista finalista el objeto de estas normas es facilitar la buena administración de la justicia; por otra parte, desde una perspectiva técnica las reglas de competencia pretenden plausiblemente permitir que los diferentes procedimientos conexos de los ciudadanos se sustancien ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro⁹⁴. Distinguiremos a partir de este punto las soluciones generales (apartado A) y específicas (apartado B) dadas a esta materia.

A) Soluciones generales

a) Elección de foro

79. Los Reglamentos de 2016 reconocen virtualidad a la voluntad de los interesados para determinar la autoridad competente mediante las fórmulas de la sumisión expresa y de la sumisión tácita⁹⁵.

80. 1ª La sumisión expresa está regulada en el artículo 7 de los textos con la justificación de incrementar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de las partes (considerandos 36 y 37, respectivamente)⁹⁶. Ahora bien, para que un acuerdo de elección de autoridad competente resulte válido se requiere una doble condición cumulativa: a) en primer término que se trate de uno de los supuestos de hecho previstos en el artículo 6 de los Reglamentos (*infra*); y b) en segundo lugar que sean elegidas las

⁹³ Según la citada autora (*ibidem*) esta otra faceta se correspondería con los actos auténticos cuya característica es poseer efecto probatorio basado en su autenticidad y en su contenido, actos que deberán ser objeto de impugnación judicial para perder dicho carácter.

⁹⁴ *Cfr.* E. VÁLKOVÁ, “The interplay between jurisdictional rules established in the EU legal instruments in the field of family law: testing functionality through simultaneous application with domestic law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, n° 2, pp. 551-568.

⁹⁵ A diferencia del Reglamento 2201/2003, que no lo hace en ninguna de sus manifestaciones; es más, en la revisión de que está siendo objeto a raíz de la propuesta de la Comisión contenida en el documento COM(2016) 411 final, de 20 de junio de 2016 (que ya ha sido objeto de acuerdo general en la reunión celebrada por el Consejo el 7 de diciembre de 2018), no se ha previsto la inclusión de la sumisión expresa ni tácita. Acerca de la afectación de los foros de competencia por la citada revisión véanse, entre otros, A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2017, n° 4, pp. 511-534; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Grounds of jurisdiction in matrimonial matters: recasting the Brussels IIa Regulation”, *Netherlands International Law Review*, 2015, n° 1, pp. 3-9; B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿Se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 91-102; C. HONORATI (ed.), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts*, Frankfurt am Main / Turín, Giappichelli / Peter Lang, 2017; TH. KRUGER y L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, marzo de 2016; y P. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, n° 1, pp.139-165.

⁹⁶ La voluntad de los interesados se manifestará a través de un acuerdo que deberá expresarse por escrito, así como estar fechado y firmado por las partes, considerándose por “escrito” toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (artículo 7, apartado 2, de ambos Reglamentos). Sobre la autonomía de las partes en los Reglamentos en general *cfr.* C. GRIECO, “The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European Private International Law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n° 2, pp. 457-476 y M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, en *El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, *InDret*, 2017, n° 1, pp. 274-313.

autoridades del Estado miembro bien cuyo ordenamiento resulte aplicable en virtud de los artículos 22 ó 26, apartado 1 (*infra*)⁹⁷, bien de la celebración del matrimonio o del registro de la unión⁹⁸. Cumplidas las dos condiciones, la competencia voluntariamente atribuida tendría naturaleza exclusiva para resolver sobre las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial o de la unión registrada⁹⁹.

81. 2ª La sumisión tácita está prevista en el artículo 8 de ambos instrumentos bajo la rúbrica “Competencia basada en la comparecencia del demandado”. Las estrictas condiciones de aplicación de esta norma son las siguientes (apartado 1 del artículo 8): a) en primer término no será de aplicación en los casos de consecuencias patrimoniales del matrimonio o de la unión registrada vinculadas bien al fallecimiento de un cónyuge o de un miembro de ésta, bien a la crisis del matrimonio¹⁰⁰; b) en segundo lugar sólo podría tener competencia por esta vía la autoridad del Estado miembro cuyo ordenamiento resultase aplicable *ex* artículos 22 ó 26, apartado 1 (en el caso del Reglamento 2016/1103, letras a) o b)); y c) finalmente tendría que ocurrir que el demandante presentase la demanda ante dicha autoridad y que el demandado compareciera y no impugnase la competencia¹⁰¹. La sumisión tácita prevalece sobre la expresa, de modo que, aun existiendo un acuerdo entre las partes, si el demandante actuase de esta manera y el demandado no la hiciese valer impugnando la competencia, la voluntad tácitamente manifestada se impondría sobre la expresamente acordada.

⁹⁷ En el caso del Reglamento 2016/1103, en concreto, letras a) o b). Esta regla requiere un complejo manejo simultáneo tanto del *forum* (determinación de la autoridad competente) como del *ius* (determinación del Derecho aplicable al fondo): *cf.* G. PALAO MORENO, “Artículo 7”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 110-111. Queda excepcionado de la concurrencia de esta condición el supuesto en el que las partes resuelvan amistosa y extrajudicialmente el asunto relativo al régimen económico del matrimonio o de la unión registrada, por ejemplo ante un notario, en el Estado miembro de su elección, en caso de que ello sea posible en virtud de la Ley de dicho Estado miembro; tal posibilidad debe existir aunque la Ley aplicable al régimen económico matrimonial no sea la de dicho Estado miembro (considerandos 39 y 38, respectivamente, de los Reglamentos de 2016); sobre esta cuestión véase L.A. PÉREZ MARTÍN, “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas, una oportunidad perdida para la mediación”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 285-299.

⁹⁸ Una conexión que se justifica para la unión registrada por la *vis attractiva* que ejerce el país de su constitución pero que quizás resulte demasiado aleatoria para el matrimonio (en particular en los supuestos de turismo nupcial). Con el ánimo de evitar problemas de calificación o de inseguridad jurídica, el considerando 37 del Reglamento 2016/2013 establece con carácter transversal para todo el instrumento que “el Estado miembro de la celebración del matrimonio será el Estado miembro ante cuyas autoridades se haya celebrado el matrimonio”; esto es, consagra la regla *auctor* antes que la puramente territorial del *locus* de tal modo que, por ejemplo, el matrimonio celebrado ante cónsul español acreditado en cualquier país extranjero se entenderá celebrado en España a los fines del Reglamento. No contiene un considerando paralelo el Reglamento 2016/1104; a nuestro parecer cabría extender a él la misma solución, de manera que se entendería por Estado de registro de la unión aquel al que perteneciera la autoridad ante la que se constituyera o inscribiera la pareja, ya tuviera su sede en el Estado en cuestión, ya estuviera acreditada en una representación consular suya en el extranjero.

⁹⁹ A favor de la no exclusividad se manifestó Portugal en la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE celebrada los días 8 y 9 de noviembre de 2012. La redacción del precepto analizado podría dar pie a considerar que a *contrario sensu* cabría elegir otros órganos como competentes sin el efecto de la exclusividad (como por ejemplo permite el artículo 25, apartado 1, del Reglamento 1215/2012 en materia civil y mercantil patrimonial). En nuestra opinión ello sería contrario a la interpretación lógica, sistemática e histórica de la norma, de tal manera que no debería admitirse virtualidad a la voluntad de las partes en los casos de consecuencias económicas del matrimonio o de la unión registrada vinculadas bien con el fallecimiento de uno de los cónyuges o de los miembros de la unión, bien con la crisis del matrimonio o de ésta (así lo dispone expresamente el artículo 8 del Reglamento 2016/1104, *infra*); la única posibilidad de prórroga expresa de competencia admitida por los Reglamentos tendría el efecto de exclusividad de ésta en los términos previstos en su artículo 7.

¹⁰⁰ El Reglamento 2016/1104 excluye el supuesto de crisis -disolución o anulación- de las uniones registradas por cuanto el Reglamento 2201/2003 no es aplicable a éstas (*infra*).

¹⁰¹ A fin de salvaguardar la posición del demandado en estos casos, el apartado 2 del artículo 8 dispone que, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, la autoridad se asegurará de que el demandado sea informado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de su comparecencia o incomparecencia. Se trata de una norma que ya había adelantado el artículo 26, apartado 2, del citado Reglamento 1215/2012 para el caso de partes débiles en la contratación: sobre ello véase A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 26”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES y otros (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 579 ss.

b) Soluciones en defecto de elección

82. Analizaremos las soluciones generales ofrecidas por los Reglamentos de 2016 en defecto de elección al hilo de la casuística de la intervención de autoridades en este campo.

83. 1º En primer término el litigio puede ser consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal o de la unión registrada por fallecimiento de uno de los esposos o de los miembros de la unión; dada la íntima vinculación entre estos dos sectores (*supra*), la lógica lleva a la acumulación de procedimientos ante una misma autoridad (considerando 33) a fin de evitar a los interesados tener procedimientos conexos abiertos en dos Estados diferentes¹⁰². Por esta razón el artículo 4 de los Reglamentos consagra una acumulación automática e inderogable de competencias disponiendo que cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo a de la sucesión de uno de los cónyuges o miembros de una unión registrada en aplicación del Reglamento 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes asimismo para resolver sobre el régimen económico del matrimonio o de la unión en conexión con esa sucesión¹⁰³. Una triple consideración demuestra, no obstante, que esta solución admite gradaciones.

84. a) Primera, en el *iter* temporal previsto por el legislador europeo ya se habría declarado competente la autoridad de un Estado para la cuestión sucesoria¹⁰⁴; por consiguiente, en el caso en el que una autoridad de un Estado estuviera conociendo de un asunto derivado del régimen económico de un matrimonio o de los efectos patrimoniales de una unión registrada y con posterioridad falleciera uno de los cónyuges o uno de los miembros de la unión, este artículo no sería de aplicación por lo que podría provocarse la disfunción de que las autoridades de dos Estados diferentes fueran competentes para las dos cuestiones¹⁰⁵.

85. b) Segunda consideración, no se indica que la autoridad que conozca de la cuestión sucesoria sea la misma que haya de conocer de la cuestión patrimonial del matrimonio o de la unión, sino que serán competentes las autoridades del Estado al que pertenezca aquélla; serán las normas de competencia territorial interna de éste las que dispongan qué autoridad en concreto será la competente, siendo lógicamente conveniente que el conocimiento de ambas cuestiones se acumulara ante la misma¹⁰⁶.

86. c) Tercera, se requiere que la cuestión patrimonial sea conexa con la sucesoria; luego *contrario sensu* un asunto derivado del régimen patrimonial de un matrimonio o de una unión registrada que no estuviera conectado con la sucesión del cónyuge o del miembro de la unión fallecidos tampoco se sometería a esta regla sino a la de los artículos 5 ó 6 de los Reglamentos (*infra*)¹⁰⁷.

¹⁰² Cfr. M.D. ADAM MUÑOZ, “La competencia judicial internacional 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 económicos matrimoniales”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, cit., pp. 77-90; P. FRANZINA, “Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law” *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, pp. 159-194; y P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, nº 1, pp. 300-326.

¹⁰³ Una matización sobre el particular se contiene en el artículo 13 de los Reglamentos, sobre limitación de los procedimientos.

¹⁰⁴ Incomprensiblemente el inicio de la redacción del artículo 4 difiere en la versión española en los dos Reglamentos: el 2016/1103 establece que “Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca de...” en tanto que el 2016/1104 dispone que “Cuando se someta a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro...”, lo cual no significa lo mismo; sin duda se trata de un error de traducción. La primera expresión es la utilizada por ambos instrumentos en las versiones inglesa o francesa.

¹⁰⁵ Cfr. J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 4”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, cit., pp. 70-71. Para superar este problema, en la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE de 16 de mayo de 2011 la delegación de los Países Bajos defendió sin éxito la inclusión en este precepto de la acumulación de la competencia en materia sucesoria ante la autoridad que ya estuviera conociendo del régimen patrimonial.

¹⁰⁶ Acerca de la concentración de competencias en el ordenamiento procesal español véase J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *op. cit.*, pp. 76-77, quien distingue entre los regímenes matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

¹⁰⁷ Podría ser el caso, por ejemplo, de un litigio respecto de las relaciones con un tercero.

87. 2º Seguidamente la casuística nos conduce a aquellos supuestos en que la cuestión patrimonial del matrimonio o de la unión registrada surja en conexión con procedimientos pendientes ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se haya presentado una demanda bien de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, bien de disolución o anulación de la unión. La lógica de nuevo apuntaría a una concentración de las cuestiones ante una sola autoridad, a la sazón la que ya conociera de la crisis de la pareja. Ahora bien, en este supuesto la plausible concentración automática e inderogable de acciones no se produce en todos los casos; distingámoslos¹⁰⁸.

88. a) En el caso de matrimonio, para la citada acumulación de asuntos entre la autoridad competente designada por el Reglamento 2201/2003 y por el Reglamento 2016/2103 se exigirá el acuerdo de los cónyuges en los siguientes casos (artículo 5.2)¹⁰⁹.

89. Un primer bloque hace referencia a determinados foros de competencia del Reglamento 2201/2003 establecidos en beneficio del demandante (*forum actoris*): se trata de los guiones quinto y sexto del artículo 3, apartado 1, letra a), del citado instrumento que atribuyen el conocimiento del asunto a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y lo haya hecho durante al menos un año inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda; o del que el demandante sea nacional y en el que resida habitualmente y lo haya hecho durante al menos seis meses inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda. En estos casos el legislador comunitario desea asegurarse de que la competencia de la autoridad del régimen matrimonial cuente con el consentimiento expreso de ambos cónyuges, estos es, de que uno de ellos -el demandante- no imponga su voluntad unilateralmente al otro¹¹⁰.

90. Un segundo bloque de foros en que se requiere el acuerdo de ambos esposos para que la autoridad nacional en cuestión pueda conocer del asunto surgido de su régimen económico matrimonial se refiere a los supuestos en que ésta deba resolver cuando ya lo haya hecho bien para la conversión de la separación judicial en divorcio (artículo 5 del Reglamento 2201/2003), bien con base en la competencia residual del artículo 7 del mismo texto (puesto que el fundamento de ésta se basaría en un eventual beneficio procesal para el demandante nacional de un Estado miembro que residiera habitualmente en el Estado miembro de su nacionalidad o en otro Estado miembro; esto es, se trata de nuevo de una regla orientada *favor actoris*).

91. En los casos no referidos en uno u otro bloque, se acumularía automática, inderogable y plausiblemente la competencia para conocer de la crisis del matrimonio y del asunto surgido del régimen

¹⁰⁸ Se apreciará que no se incluye en el Reglamento 2016/1103 -ni en sede de competencia de autoridades ni de Ley aplicable- el peculiar criterio del *domicile* propio de los ordenamientos de inspiración anglosajona que sí resulta acogido en algún instrumento comunitario en este campo (por ejemplo los Reglamentos 2201/2003 y 4/2009). La razón es doble: la no participación de Irlanda ni del Reino Unido en los Reglamentos de 2016 y la dificultad -si no imposibilidad- de su concreción, respecto de un ciudadano con residencia habitual o nacional de uno de esos países, por parte de las autoridades continentales (que son las únicas que aplican los citados Reglamentos).

¹⁰⁹ Con carácter general véase B. CAMPUZANO DÍAZ, “The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 236 ss. En la reunión de 16 de mayo de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE las delegaciones de Reino Unido, España, Países Bajos, Eslovaquia, Alemania, Suecia manifestaron que la inclusión de la necesidad de acuerdo entre las partes para atribuir la competencia judicial complicaba la solución; una vez que se mantuvo la necesidad de un acuerdo entre las partes, en la reunión del 8 y 9 de noviembre de 2012 las delegaciones española, checa, lituana, luxemburguesa, portuguesa y sueca propusieron que se atribuyera automáticamente la competencia al órgano que conociera de la crisis de la pareja salvo que las partes acordasen otra cosa, enfoque que no prosperó.

¹¹⁰ En el fondo, sobre esta solución sobrevuela la sombra de la posible cualificación de esos foros como cuasi-exorbitantes; véase sobre ello J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 4”, *cit.*, pp. 82-83, que invoca como antecedente crítico de estos foros el informe de A. BORRÁS RODRÍGUEZ explicativo del Convenio de 28 de mayo de 1998 del que trae causa el Reglamento 2201/2003 (*Diario Oficial*, C 221 de 16 de julio de 1998, p. 27). Curiosamente en la revisión de que está siendo objeto el Reglamento 2201/2003 (*supra*) no se ha previsto la modificación o eliminación de dichos foros; tampoco se abordó la cuestión en el seno de los trabajos del grupo de expertos de la Dirección General Justicia y Consumidores de la Comisión Europea sobre la revisión del citado Reglamento, acometidos entre abril y octubre de 2015, del que formó parte el autor de estas líneas.

económico conectado con éste ante la autoridad designada por el Reglamento 2201/2003 (pues así lo dispone el artículo 5, apartado 1, del Reglamento 2016/1103).

92. b) En el caso de las uniones registradas la solución se simplifica por cuanto el Reglamento 2201/2003 no resulta de aplicación a éstas¹¹¹. Por consiguiente la acumulación del asunto derivado de los efectos patrimoniales de la unión conectado con el asunto de su disolución o anulación no se producirá automáticamente en ningún caso al disponer el artículo 5, apartado 1, del Reglamento 2016/1104 que será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro que conozca de la disolución o anulación de la unión registrada “cuando sus miembros así lo acuerden”.

93. Tanto para el caso del matrimonio como para el de la unión registrada, los dos Reglamentos de 2016 establecen requisitos de validez del acuerdo de los cónyuges o de los miembros de la unión si el mismo se celebrase antes de que se requiriera al órgano jurisdiccional que resolviese sobre los efectos patrimoniales de ambas figuras: dispone el artículo 5, apartados 3 y 2 respectivamente, que dicho acuerdo deberá ser conforme a lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, de los mismos instrumentos (*supra*)¹¹².

94. 3º El tercer supuesto de la casuística de la intervención de autoridades en este campo atañe a los casos en que ninguna autoridad de un Estado miembro pueda conocer del asunto con arreglo a los foros de los artículos 4 y 5¹¹³ ó en que, por exclusión, hayan de hacerlo sin haberse producido el fallecimiento de un cónyuge o de un miembro de la unión registrada y sin existir una crisis en la pareja. Si bien se trata de las situaciones cuantitativamente minoritarias -no es frecuente que se den-, los Reglamentos de 2016 les otorgan soluciones *ad hoc* en su artículo 6¹¹⁴. Las mismas estarían fundamentadas, en vista de la movilidad creciente de los ciudadanos, con el objeto de asegurarse de que exista una verdadera conexión entre la pareja -matrimonio o unión registrada- y el Estado miembro cuyas autoridades resulten competentes (considerando 35 de ambos textos). A tal fin se consagran los siguientes foros ordenados conforme a un criterio de subsidiariedad¹¹⁵.

95. a) En primer término habría que acudir a las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio tuviesen los cónyuges o los miembros de la unión registrada su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; aunque el precepto no lo indique, la lógica impone entender que la residencia habitual ha de ser la común¹¹⁶.

96. b) En defecto de lo anterior sería preciso dirigirse a las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio hubieran tenido los cónyuges o miembros de la unión registrada su última residencia habitual (asimismo común), siempre que uno de ellos aún residiera allí en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional.

¹¹¹ En la aludida revisión del Reglamento 2201/2003 tampoco se ha previsto incluir en su ámbito de aplicación sustantivo la unión registrada

¹¹² En la reunión de 16 de mayo de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE las delegaciones belga y española cuestionaron por qué el acuerdo había de ser escrito, fechado y firmado sólo si fuese anterior al procedimiento y no si fuera posterior, por lo que en pro de la seguridad jurídica propusieron sin éxito la reglamentación común y detallada de los requisitos formales para todo tipo de acuerdo.

¹¹³ Por ejemplo, porque no haya habido acuerdo de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada en los términos exigidos por el artículo 5 de los dos instrumentos (*supra*).

¹¹⁴ Un desarrollo de la casuística en este punto puede verse en P. QUINZÁ REDONDO, “Artículo 6” en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, cit., pp. 96-98.

¹¹⁵ Podrá observarse que estos foros, total o parcialmente, están asimismo consagrados en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003.

¹¹⁶ A diferencia del Reglamento 650/2012 sobre sucesión *mortis causa*, los Reglamentos de 2016 no han incluido ningún considerando para concretar la residencia habitual, lo que fue aplaudido por las delegaciones alemana, neerlandesa y luxemburguesa, en tanto que criticado por Lituania.

97. c) En su defecto sería necesario plantear el asunto ante las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio tuviese el demandado su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda ante dichas autoridades.

98. d) En efecto, en detrimento de ello sería preceptivo para las partes acudir a las autoridades del Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada en el momento de la interposición de la demanda ante aquéllas. Si bien este foro sería el de cierre en caso de los matrimonios, en el de las uniones registradas se añade otro último.

100. e) En defecto de lo anterior, los miembros de la unión deberían dirigirse a las autoridades del Estado miembro conforme a cuyo ordenamiento se hubiera creado la unión¹¹⁷.

B) Soluciones especiales

101. Los Reglamentos de 2016 incluyen una serie de reglas técnicas sobre competencia de autoridades que, en supuestos específicos, matizan, modulan, complementan o corrigen las reglas generales; reglas que, en buena medida, ya han sido incluidas en otros instrumentos sobre cooperación judicial civil en la UE.

102. 1ª La primera se refiere a la competencia alternativa (artículo 9), especialmente relevante en este campo dado que puede ocurrir que las autoridades del Estado miembro que resulten competentes conforme a los criterios de competencia generales no reconozcan el matrimonio o la unión registrada en cuestión y, por consiguiente, no puedan conocer tampoco de un procedimiento relativo a su régimen patrimonial (considerandos 38 y 36, respectivamente). De ahí que, bajo ciertas condiciones, se prevea excepcionalmente la inhibición de tales autoridades¹¹⁸.

103. 2ª La segunda solución especial concierne a la competencia subsidiaria (artículo 10), pensada para evitar todo riesgo de denegación de justicia en previsión de que ningún órgano jurisdiccional tuviera competencia para conocer de la situación conforme a las demás disposiciones de los Reglamentos (considerando 36 *in fine* del Reglamento 2016/1104)¹¹⁹.

104. 3ª La tercera atañe al *forum necessitatis* (artículo 11), pensado asimismo para evitar las situaciones de denegación de justicia, por cuya virtud se permite a una autoridad de un Estado miembro resolver, con carácter excepcional, sobre el régimen patrimonial de un matrimonio o de una unión registrada que tenga una estrecha conexión con un tercer Estado¹²⁰; ahora bien, la competencia fundada en el *forum necessitatis* sólo podrá ejercerse si el caso tiene una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto (considerandos 41 y 40, respectivamente)¹²¹.

¹¹⁷ Esta solución se explica en la seguridad jurídica de proporcionar un foro que en todo caso debe existir si la unión se ha creado en un Estado miembro.

¹¹⁸ Se trata de una de las provisiones incluidas para superar los reparos de ciertos Estados miembros a incorporarse a los Reglamentos, lo que finalmente no se consiguió (*supra*).

¹¹⁹ La inclusión de este precepto generó el rechazo de las delegaciones alemana, austriaca, española, francesa y portuguesa en la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE de 15 y 16 de junio de 2011 por considerar que fragmentaba la jurisdicción con el riesgo de que se dictasen decisiones incompatibles; todo lo más consideraban admisible constreñir la norma al caso de los bienes inmuebles.

¹²⁰ Uno de esos casos podría darse cuando resultase imposible sustanciar un procedimiento en el tercer Estado de que se tratase, por ejemplo, debido a una guerra civil, o cuando no cupiera esperar razonablemente que uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada incoase o llevase a cabo un procedimiento en ese Estado.

¹²¹ A lo largo de los debates del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE diversas delegaciones (entre ella la alemana, la austriaca, la española o la sueca) sostuvieron que este precepto resultaba innecesario por cuanto los sistemas de Derecho internacional privado de cada Estado proveían sus propias soluciones para el supuesto de hecho que aborda, soluciones que debían ser respetadas por el legislador comunitario.

C) Aspectos comunes a las soluciones generales y especiales

105. El capítulo II de los Reglamentos se cierra con la referencia a instituciones procesales de orden técnico relacionadas con la competencia judicial cuya inclusión resulta clásica en instrumentos comunitarios de esta naturaleza, por lo que no nos detendremos en su estudio. Nos referimos a la reconvencción (artículo 12), a la limitación de procedimientos (artículo 13, ya citado), al momento en que se entiende sustanciado un asunto ante una autoridad (artículo 14), a la verificación de la competencia (artículo 15) y de la admisibilidad (artículo 16), a la litispendencia (artículo 17), a las demandas conexas (artículo 18), así como a las medidas provisionales y cautelares (artículo 19).

6. Determinación del ordenamiento aplicable

106. Todo el capítulo III (artículos 20 a 35) de los Reglamentos se erige sobre consideraciones nítidamente expuestas por sus considerandos 43 y 42, respectivamente: en primer término el objeto de las normas consagradas es permitir a los ciudadanos disfrutar de las ventajas que ofrece el mercado interior; seguidamente han de hacerlo con plena igualdad jurídica; en tercer lugar, por ello, se debe permitir que los cónyuges o los miembros de la pareja sepan de antemano cuál será la Ley aplicable al régimen económico de su matrimonio o de su pareja; a continuación han de establecerse por ello unas normas armonizadas en materia de conflicto de Leyes a fin de evitar resultados contradictorios; en quinto lugar, concretamente, la norma principal debe garantizar que el régimen económico se rija por una Ley previsible con la que tenga una estrecha conexión. Sentado ello analizaremos a continuación las soluciones dispuestas en materia de determinación del ordenamiento aplicable tanto de carácter general (apartado A) como de orden especial (apartado B); las características del ordenamiento aplicable (apartado C); y sus problemas técnicos de aplicación (apartado D).

A) Soluciones generales

107. Dos reglas de alcance general consagran los Reglamentos para concretar el Derecho aplicable a su supuesto de hecho: la basada en la voluntad de las partes (subapartado a) y la fundamentada en el caso de ausencia de elección (subapartado b)¹²².

a) Soluciones basadas en la voluntad de las partes

108. Los Reglamentos otorgan a los cónyuges y a los miembros de las uniones registradas la posibilidad de organizar voluntariamente la administración de su patrimonio¹²³. Lo cual pueden llevar a cabo mediante dos fórmulas, una substantiva y otra conflictual.

109. 1ª La primera posibilidad se concreta en la conclusión de pactos, acuerdos o capitulaciones a través de los que ordenar materialmente los efectos patrimoniales de la pareja. Reconocen de este modo los Reglamentos una figura ampliamente conocida y aceptada en distintos ordenamientos nacionales; y lo hacen con el fin de facilitar que los derechos económicos adquiridos de resultas de las capitulaciones sean aceptados en los Estados miembros (considerandos 48 y 47, respectivamente). Así las cosas ambos instrumentos abordan tanto la validez material como la formal de las capitulaciones.

110. a) Para su validez substantiva los Reglamentos no disponen ninguna norma *ad hoc* limitándose a declarar que aquélla se regirá por lo establecido en el ordenamiento estatal que resulte aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada (artículo 27, letra g).

¹²² Cfr. D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, pp. 195-212.

¹²³ Vid. E.A. OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 2, pp. 579-596.

111. b) Para la validez formal en cambio ambos textos parten, de entrada, exigiendo como mínimo que el acuerdo se exprese por escrito, así como que esté fechado y firmado por ambas partes (considerándose “escrito” toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, apartado 1 del artículo 25). No obstante, los Reglamentos disponen que se apliquen requisitos adicionales formales si así lo prevén tanto el ordenamiento nacional aplicable al fondo de las consecuencias patrimoniales de la pareja (apartado 3), como la Ley del Estado miembro de la residencia habitual de las partes (apartado 2)¹²⁴. En relación con esta última, se establece que si en el momento de celebrarse el acuerdo el ordenamiento del Estado miembro en que una o ambas partes tuviesen su residencia habitual -común, dispar o en un solo Estado miembro- exigiese requisitos formales adicionales, éstos deberían cumplirse en los términos dispuestos en el citado apartado 2. Llamamos la atención sobre esta última regla por una parte que cuando las partes residan en Estados miembros distintos sea suficiente el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley de uno solo de ellos (indistintamente); y por otra parte que se privilegien los requisitos adicionales formales previstos en los ordenamientos de Estados miembros ignorando los que puedan también ser demandados por los de otros Estados, no miembros, en que residan uno o ambos miembros de la pareja. Y todo ello por cuanto estas consideraciones podrían afectar negativamente la validez o eficacia de las capitulaciones en esos otros países¹²⁵.

112. 2ª La otra posibilidad que otorgan los Reglamentos a los esposos y a los miembros de las uniones registradas sobre la base de su autonomía es de carácter indirecto, pues consiste en permitirles elegir el ordenamiento aplicable al fondo de las consecuencias económicas de su pareja; solución con la que se persigue asimismo facilitarles la administración de su patrimonio (considerandos 45 y 44, respectivamente)¹²⁶. Las normas que a estos efectos consagra el artículo 22, apartado 1, de los dos instrumentos no otorgan a las partes una libertad absoluta de elección, sino que condiciona ésta a que el ordenamiento escogido tenga una estrecha conexión con ellas en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad (considerandos 45 y 44, respectivamente): en concreto debe tratarse de la Ley del Estado bien en el que ambos o uno de ellos tengan su residencia habitual, bien de la nacionalidad de cualquiera de ellos (en los dos casos la concreción temporal ha de referirse en el momento de celebración del acuerdo, apartado 1)¹²⁷; a ello debe añadirse, para el caso específico de la unión registrada, la posibilidad lógica de elegir también la Ley del Estado donde lo fue, cuya *vis attractiva* ya ha sido reseñada¹²⁸.

113. En lo que concierne al acuerdo de elección, los Reglamentos disponen los siguientes caracteres.

114. a) En primer lugar se podrá realizar en todo momento, esto es, antes del matrimonio, en el momento de su celebración o tras ésta (considerando 45 del Reglamento 2016/1103, que cabe extender a

¹²⁴ Para garantizar la plena efectividad y validez del acuerdo hubiera resultado conveniente añadir a este elenco los requisitos adicionales formales exigidos por otros ordenamientos tales como, por ejemplo, el del lugar de ubicación de los bienes inmuebles.

¹²⁵ Crítico con el planteamiento general de los Reglamentos de 2016 se muestra A. RIPOLL SOLER (“Artículo 24”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos [UE] n° 2016/1103 y 2016/1104, cit.*, p. 243) quien estima que el hecho de que no compartan régimen el acuerdo de elección de Ley aplicable (*infra*) y el acuerdo sobre capitulaciones generará en la práctica dificultades de interpretación y aplicación que acarrearán inseguridad en las relaciones en la pareja y mermará el objetivo de los Reglamentos relativo a la libre circulación de ciudadanos.

¹²⁶ Acerca de la relación entre la elección de la Ley aplicable y el concreto régimen económico matrimonial que resulte de aplicación véase P. QUINZÁ REDONDO, “El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general”, *La Ley Derecho de Familia*, n° 17 (primer trimestre de 2018).

¹²⁷ Si la consagración de la residencia habitual -común- de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada obedece a la idea de integración propia del espacio judicial europeo, la de la nacionalidad lo es con el objeto de permitir la aplicación del ordenamiento de otro Estado en atención a razones patrióticas, culturales, sentimentales o de orden similar. En el caso de las uniones registradas, el Reglamento 2016/1104 exige por lógica, además, que el Derecho elegido atribuya efectos patrimoniales a aquéllas (artículo 22, apartado 1).

¹²⁸ Un estudio crítico de este artículo puede verse en P. WAUTELET, “What’s Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, pp. 213-232.

las uniones registradas aunque el considerando 44 del Reglamento 2016/1104 no lo indique); de hecho el artículo 22, apartado 1, de los dos textos se refiere a los cónyuges y a los miembros de la unión registrada o a los “futuros” cónyuges y miembros de la unión registrada.

115. b) En segundo término el acuerdo se podrá modificar en cualquiera de los momentos indicados, siempre que se haga para elegir una de las Leyes señaladas (artículo 22, apartado 1, y considerandos 46 y 45, respectivamente).

116. c) Seguidamente, los efectos de la modificación realizada durante la vigencia del matrimonio o de la unión serán en principio prospectivos (esto es, a partir del cambio), siendo únicamente retroactivos en caso de acuerdo contrario de las partes. Ello podría afectar negativamente la seguridad jurídica pues cabría que el cambio retroactivo de Ley aplicable perjudicarse a terceros relacionados con uno o ambos miembros de la pareja, que ignorarían dicha modificación¹²⁹. De ahí que el apartado 3 del artículo 22 disponga que el acuerdo de modificación con efectos retroactivos no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la Ley aplicable; lo que implicaría, por una parte, informar a éstos de la citada modificación y, por otra, que ésta no fuera válida si el nuevo ordenamiento aplicable perjudicara su situación respecto de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada¹³⁰.

117. d) Por fin el acuerdo requiere, para su validez, la concurrencia de requisitos de fondo y de forma¹³¹. Mediante ellos se persigue que la elección informada de las partes resulte más fácil y se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica, así como un mejor acceso a la justicia (considerandos 47 y 46, respectivamente).

118. – Los requisitos de fondo son el objeto del artículo 24 de los Reglamentos (rubricado “Consentimiento y validez material”), que reproduce el artículo 6 del Reglamento 1259/2010 en lo que concierne tanto a la aplicación de la Ley que sería aplicable *ex* artículo 22 para verificar la existencia y validez del acuerdo, como para negar la prestación del consentimiento por un cónyuge o por un miembro de la unión registrada sobre la base de lo dispuesto en el ordenamiento del Estado de su residencia habitual bajo determinadas circunstancias.

119. – Los requisitos de forma son el objeto del artículo 23 de los Reglamentos de 2016, que reproduce en buena medida el artículo 7 del citado Reglamento 1259/2010¹³². Con ellos el legislador europeo ha deseado introducir ciertas salvaguardias para garantizar que los cónyuges y los miembros de una unión registrada sean conscientes de las consecuencias de su elección (considerandos 47 y 46, respectivamente). De entrada, siguiendo el modelo de la forma de las capitulaciones (artículo 25, al que nos remitimos), se exige como mínimo que el acuerdo se exprese por escrito, así como que esté fechado y firmado por ambas partes (considerándose “escrito” toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, apartado 1 del artículo 23). No obstante, si en el momento de celebrarse el acuerdo el ordenamiento del Estado miembro en que una o ambas partes tuviesen su residencia habitual -común, dispar o en un solo Estado miembro- estableciese requisitos for-

¹²⁹ Máxime cuando no todos los Estados disponen de fórmulas de publicidad del régimen patrimonial de los matrimonios o de las uniones ni los Reglamentos tampoco las prevén.

¹³⁰ Se trata de circunstancias complejas de verificar (que se haya informado fehacientemente a los terceros y que la nueva Ley les perjudique) lo que, sin duda, será fuente de conflictos; de ahí que, en nuestra opinión, hubiera sido preferible no permitir en ningún caso efectos retroactivos al cambio de Derecho aplicable.

¹³¹ A diferencia del Reglamento 650/2012, que contiene normas armonizadas sobre capacidad para otorgamiento del acto jurídico que regula (artículo 26, apartado 1, letra a), los Reglamentos de 2016 excluyen la capacidad de su ámbito de aplicación material (*supra*). Por consiguiente, la autoridad que conozca de un asunto concerniente a un eventual acuerdo sobre los efectos económicos de un matrimonio o de una unión registrada tendrá que determinar la capacidad de los cónyuges o de los miembros de ésta según el Derecho declarado aplicable conforme a las normas -supraestatales o estatales- de su sistema de Derecho internacional privado; en el caso español se tratará del artículo 9, apartados 1 y 10, del Código Civil (*supra*): *cfr.* A. RIPOLL SOLER, “Artículo 24”, *cit.*, p. 236.

¹³² A diferencia del Reglamento 650/2012 en materia sucesoria, que admite la elección tácita (considerando 29), los Reglamentos de 2016 no la prevén.

males adicionales, éstos deberían cumplirse en los términos dispuestos en los apartados 2 a 4. Llama la atención sobre esta última regla por una parte que esos requisitos adicionales formales sean los exigidos para las capitulaciones matrimoniales o de las uniones registradas (con lo que se estarían equiparando ambos tipos de acuerdos a afectos formales)¹³³; por otra parte que cuando las partes residan en Estados miembros distintos sea suficiente el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley de uno solo de ellos (indistintamente); seguidamente que sólo se aluda a los requisitos adicionales formales exigidos por la Ley del Estado miembro de la residencia habitual de una o ambas partes y no por la Ley de otros Estados (como, por ejemplo, el del lugar de ubicación de los bienes inmuebles o el de la *lex causae*); y por último que se privilegien los requisitos adicionales formales previstos en los ordenamientos de Estados miembros ignorando los que puedan también ser demandados por los de otros Estados, no miembros, en que residan uno o ambos miembros de la pareja. Y todo ello por cuanto estas consideraciones podrían afectar negativamente la validez o eficacia de las capitulaciones en esos otros países.

b) Soluciones en defecto de elección

120. Los Reglamentos proporcionan una serie de soluciones en su artículo 26 cuando los cónyuges o los miembros de una unión registrada no hayan elegido el Derecho aplicable a los efectos patrimoniales de su relación en los términos establecidos en el artículo 22 (esto es, cuando no hayan escogido ninguna Ley como aplicable o cuando lo hayan hecho incumpliendo alguno de los requisitos de validez exigidos)¹³⁴. Una solución que persigue conciliar la previsibilidad y la seguridad jurídica atendiendo a la vida real de la pareja (considerandos 49 y 48, respectivamente). A partir de este punto distinguiremos entre el matrimonio y la unión registrada por las dispares soluciones consagradas por los dos instrumentos.

121. 1º En lo que atañe al matrimonio el apartado 1 del artículo 26 del Reglamento 2016/1103 establece las siguientes conexiones, ordenadas en cascada, para determinar el ordenamiento aplicable¹³⁵: a) la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio; b) en su defecto, la nacionalidad común de ambos en el momento de la celebración del mismo¹³⁶; y c) en su defecto, se estará a la Ley del Estado con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias, que serán apreciadas por la autoridad competente de oficio o a instancia de parte¹³⁷. Se trata de una norma que se abre de capa con la conexión de la residencia habitual (usual y apropiada en este ámbito), que consagra asimismo la nacionalidad (utilizada matizadamente en este sector pero justificada cuando ambos esposos posean la misma nacionalidad y no hayan tenido una primera residencia habitual común tras casarse) y que se cierra con una cláusula de excepción que puede resultar de interés para mejorar, en términos de proximi-

¹³³ En España se requiere como elemento esencial de validez escritura pública notarial, que ha de inscribirse en todo caso en el Registro Civil y, de afectar a inmuebles, también en el de la Propiedad (artículos 1.327 y 1.333 del Código Civil).

¹³⁴ O cuando, cabe intuir de los considerandos 51 y 50 (respectivamente), tampoco hubieran acordado capitulaciones matrimoniales o para la unión registrada. *Cfr.* para más detalle F. VISMARA, “Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017, nº 2, pp. 356-420.

¹³⁵ Cabe apreciar que estos criterios no coinciden con los establecidos en el artículo 8 del Reglamento 1259/2010, lo que puede provocar disfunciones por resultar aplicables dispares ordenamientos a la crisis de la pareja y a los efectos patrimoniales de la misma: sobre la cuestión en general *cf.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes”, *cit.*, pp. 245 ss. Acerca del artículo 26 y la concreción de sus criterios de conexión véase B. HEIDERHOFF, “Vorschläge zur Durchführung der EU-Güterrechtsverordnungen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, nº 3, pp. 231-238.

¹³⁶ No operará esta regla si los esposos tuviesen más de una nacionalidad común en ese momento, por lo que se pasaría directamente a la letra c) (apartado 2 del artículo 26). La cuestión de cómo considerar a una persona con múltiples nacionalidades es una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación de los Reglamentos y que debe dejarse al arbitrio de los Derechos nacionales, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, con pleno respeto de los principios generales de la Unión (considerandos 50 y 49, respectivamente, que añaden que esta consideración “no debe tener ninguna incidencia en la validez de la elección de la Ley aplicable” de conformidad con los mismos).

¹³⁷ Sobre esta norma véase P. QUINZÁ REDONDO, “La ‘cláusula de excepción’ del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 301-312.

dad, el resultado de aplicar las dos conexiones previas (si bien su concreción temporal “en el momento de celebración del matrimonio” limita su operatividad)¹³⁸.

122. El problema esencial radica en que el artículo 26 se complica al añadir en su apartado 3 otra cláusula de excepción difícilmente justificable -por existir ya una-, de una complejidad notable y cuádruplemente limitada¹³⁹: en primer término porque la regla incide en la excepcionalidad de su uso; seguidamente puesto que la restringe a que sea instada por una de las partes (luego, a diferencia de la cláusula del apartado 1, letra c], la autoridad competente no puede aplicarla de oficio); en tercer lugar porque opera sólo como excepción a la letra a) del apartado 1; y finalmente porque requiere probar, por la parte que la invoca, que los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común en otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo y que se basaron en la Ley de éste para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. De concurrir todas estas condiciones, la autoridad competente tiene la potestad, que no la obligación (“podrá”, indica el precepto), de aplicar el ordenamiento de este último Estado¹⁴⁰; en tal caso, continúa matizando el apartado 3 de artículo 26, dicho ordenamiento solo se aplicará desde la celebración del matrimonio, a menos que uno de los cónyuges no esté de acuerdo en cuyo caso tal ordenamiento surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado¹⁴¹. El balance de esta regla no puede ser más que negativo, de ahí que resulte claramente prescindible si lo que realmente se persigue es la previsibilidad y la seguridad jurídica¹⁴².

123. 2º En lo que concierne a la unión registrada la solución aportada por el apartado 1 del artículo 26 del Reglamento 2016/1104 resulta sencilla, previsible y segura habida cuenta de la realidad material y jurídica que yace bajo esta institución: en defecto de un acuerdo sobre la elección de la Ley aplicable con arreglo a lo dispuesto en su artículo 22, el ordenamiento aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada será el del Estado conforme a cuya Ley se haya creado la unión registrada (entendiéndose por “creado” el registro de la unión, considerando 48 *in fine*). Lamentablemente, el apartado 2 del artículo 26 de este Reglamento introduce una excepción similar a la del apartado 3 del Reglamento 2016/1103, a cuyo análisis nos remitimos¹⁴³.

B) Soluciones especiales

124. Junto a las soluciones generales que acabamos de estudiar los Reglamentos consagran sendos preceptos sobre determinación del Derecho aplicable a dos supuestos especiales: los efectos frente a terceros (subapartado a) y las leyes de policía (subapartado b).

¹³⁸ Algunas delegaciones manifestaron su preferencia por establecer estas conexiones con carácter alternativo en lugar de en cascada, lo que no prosperó, a lo largo de las reuniones del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE (fue el caso de Bélgica, Finlandia, Luxemburgo o Portugal).

¹³⁹ En sentido crítico véase igualmente M.P. DIAGO DIAGO, “Artículo 26”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, cit., p. 255-256. A lo largo de los debates del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE se opusieron a la inclusión de esta regla las delegaciones de Alemania, Austria, Eslovenia, España, Italia y Portugal (entre otras), en tanto que la apoyó el Reino Unido.

¹⁴⁰ No obstante, esta norma no se aplicará si los cónyuges han celebrado capitulaciones matrimoniales con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común en ese otro Estado.

¹⁴¹ Se infiere, pues, que cumpliéndose las circunstancias descritas un cónyuge puede solicitar a la autoridad competente la modificación de la Ley aplicable vigente el matrimonio; de ahí que -una luz entre tanta obscuridad- indique la norma que la aplicación de esa Ley no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la Ley aplicable en virtud del apartado 1, letra a).

¹⁴² Todo lo más hubiera bastado con que las especificaciones del apartado 3 hubieran integrado un considerando de orden exegético de la cláusula de excepción del apartado 1, letra c).

¹⁴³ A nuestro criterio en este caso hubiera bastado con la inclusión de una cláusula de excepción como la de la letra c) del apartado 1 de este último artículo, condicionada a que el ordenamiento resultante de su aplicación admitiera la figura de la unión registrada.

a) Los efectos frente a terceros

125. Personas terceras a la pareja pueden verse afectadas por el régimen patrimonial de ésta cuando se hallan en relaciones con uno u ambos de sus cónyuges o miembros¹⁴⁴. De ahí que el artículo 27, letra f), de los Reglamentos de 2016 incluya dentro del ámbito de aplicación material de la *lex causae* los efectos patrimoniales de la pareja sobre la relación jurídica de uno de sus miembros y un tercero (*infra*). Pues bien, el artículo 28 de ambos instrumentos establece una extensa y compleja excepción a esa norma general según la cual, a modo de punto de partida, la Ley aplicable al régimen patrimonial entre los cónyuges o los miembros de una unión registrada no podrá ser invocada por uno de ellos frente a un tercero en un litigio entre el tercero y cualquiera de los integrantes de la pareja o ambos, salvo que el tercero conociera o, actuando con la debida diligencia, debiera haber tenido conocimiento de dicha Ley (apartado 1)¹⁴⁵. Seguidamente se dispone una serie de presunciones por las cuales se considera que el tercero conoce la citada Ley aplicable bien porque sea la de determinados Estados, bien porque cualquiera de los cónyuges o miembros de la unión haya cumplido con los requisitos para la divulgación o el registro del régimen patrimonial especificados por los ordenamientos de esos mismos Estados (apartado 2)¹⁴⁶. El precepto concluye indicando que si la Ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio o de la unión registrada no puede ser invocada por uno de los cónyuges ante un tercero por no cumplirse lo que se acaba de exponer, los efectos del citado régimen matrimonial frente a dicho tercero se regirán a) por la Ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges o miembros de la unión y el tercero o b) en el caso de los bienes inmuebles o de los bienes o derechos registrados por la Ley del Estado en el que se halle el bien inmueble o en el que estén registrados los bienes o derechos (apartado 3).

b) Las leyes de policía

126. La segunda de las soluciones especiales se ciñe a llamadas leyes de policía, a las que los Reglamentos de 2016 dedican el artículo 30. De su análisis combinado con los considerandos 53 y 52, respectivamente, se extrae lo que sigue: a) en primer término se define qué se entiende por estas normas: disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos; b) seguidamente se concreta cuáles pueden ser éstos: su organización política, social o económica¹⁴⁷; c) en tercer lugar se señala que su naturaleza es imperativa; d) a continuación se indican los

¹⁴⁴ Sobre ello véanse M.P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho internacional privado español”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2067 (2008), pp. 2763-2787 e I. ANTÓN JUÁREZ, “La oposición del régimen económico matrimonial y la protección del tercero en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, nº 2, pp. 59-75; esta última autora atinadamente pone de referencia lo relevante que resulta para los terceros tener información sobre el régimen económico matrimonial de las personas con las que contrata, a la vez que recuerda cómo en muchas ocasiones dicha información no existe en un Registro público español o, aun existiendo, es errónea por lo que los terceros quedan en una situación incierta que deberían intentar mitigar.

¹⁴⁵ Desde una perspectiva temporal matizan los considerandos 52 y 51 *in fine*, respectivamente, que sólo podrá oponerse frente a un tercero la Ley aplicable cuando las relaciones jurídicas entre el cónyuge o el miembro de la unión registrada y el tercero “hayan nacido en un momento” en que el tercero tenía o debiera haber tenido conocimiento de dicha Ley. Sobre esta cuestión véase L. RADEMACHER, “Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 1, pp. 7-18.

¹⁴⁶ Se trata -se entiende que indistintamente- de la Ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges o de los miembros de una unión registrada y el tercero; de la Ley del Estado en el que el cónyuge o el miembro de la unión registrada contratante y el tercero tengan su residencia habitual; o, en el caso de los bienes inmuebles, de la Ley del Estado en el que se halle el bien. Las presunciones aludidas han de ser consideradas *iuris et de iure* conforme a lo expuesto por F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, y por tanto oponibles en todo caso al tercero, en el primer caso debido a la publicidad que deriva de la ley y en el segundo de los efectos de la inscripción de las capitulaciones en los registros públicos (“Artículo 28”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO [dirs.], *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos [UE] nº 2016/1103 y 2016/1104*, cit., p. 285).

¹⁴⁷ Ejemplificándose en la protección de la vivienda familiar, que conforma el régimen primario de los efectos patrimoniales de una pareja y que es objeto de una defensa radical en ciertos Estados. Las leyes de policía desde un punto de vista positivo (como técnica directa que prevalece sobre la norma de conflicto) y la excepción de orden público desde un punto de vista negativo o de rechazo (como mecanismo técnico de la norma de conflicto, *infra*) son dos de las soluciones que los Reglamentos ofrecen para salvaguardar el régimen primario y, en particular, el hogar familiar. Cfr. H. PÉROZ, “Les lois applicables

efectos de estas normas: serán aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de los Reglamentos, sobre la que se imponen; e) en quinto término se recalca el carácter excepcional de su utilización y, además, a discreción de la autoridad competente (se trata de una facultad para ésta); f) finalmente, desde un punto de vista exegético, se recuerda que estas leyes se han de interpretar en sentido estricto.

C) Características del ordenamiento aplicable

127. Cualquiera que sea el ordenamiento estatal declarado como aplicable por cualquiera de las soluciones conflictuales generales –basadas en la voluntad de las partes o no– previamente estudiadas, goza de las siguientes características.

128. 1ª Producirá eficacia universal o *erga omnes*, esto es, se aplicará aunque sea el de un Estado que no aplique los Reglamentos. Así lo dispone su artículo 20 (así como los considerandos 44 y 43, respectivamente); si bien este precepto limita su supuesto de hecho a los Estados miembros de la UE que no apliquen estos instrumentos, hay que recordar que la eficacia universal se extiende a cualquier Estado del planeta, sea miembro o no de la Unión (como, por lógica, se deriva del artículo 31 de los Reglamentos). Como consecuencia de lo anterior, las normas de conflicto en la materia de fuente interna de los Estados parte en los Reglamentos son desplazadas o substituidas en aquello en que coincidan sus respectivos ámbitos substantivos de aplicación; en nuestro caso ello afecta a los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil que sólo quedan operativos para los conflictos interregionales¹⁴⁸.

129. 2ª Se asentará en los principios de universalidad del supuesto de hecho y de unidad de la Ley aplicable como consecuencia jurídica¹⁴⁹. Así lo establece el artículo 21 de los Reglamentos y lo desarrollan con carácter genérico los respectivos considerandos 43 y 42 *in fine* cuando disponen que “(p) or motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial, la ley aplicable debe regular el régimen económico matrimonial en su conjunto, es decir, la totalidad del patrimonio de ese régimen, con independencia de la naturaleza de los bienes y de si los bienes están situados en otro Estado miembro o en un tercer Estado”¹⁵⁰.

130. 3ª Se aplicará al más extenso ámbito posible de materias vinculadas con el contenido patrimonial del matrimonio o de la unión registrada. En efecto, dispone el artículo 27 de ambos textos que La ley declarada aplicable regulará, entre otras cosas (es decir, de manera no exhaustiva): a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges o miembros de la unión registrada en diferentes categorías durante la vigencia y después del matrimonio; b) la transferencia de bienes de una categoría a otra; c) la responsabilidad de uno de los cónyuges o miembros de la unión por las obligaciones y deudas del otro; d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o miembros de la unión o de ambos con respecto al patrimonio; e) la disolución del régimen patrimonial de la pareja y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio; f) los efectos económicos del matrimonio o de la unión

au régime primaire: incidences du Règlement (UE) 2016/1103 sur le Droit applicable au régime primaire en Droit international privé français”, *cit.*

¹⁴⁸ M.P. DIAGO DIAGO, “Artículo 20”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, *cit.*, p. 204. Recuérdese que el artículo 9, apartado 2, se continúa aplicando asimismo a los efectos personales del matrimonio.

¹⁴⁹ Extremos aplaudidos por las delegaciones española, lituana y polaca en la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE.

¹⁵⁰ Lo reiteran los considerandos 45 y 44, respectivamente, en sede de Ley aplicable (“con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes”), así como el considerando 49 del Reglamento 2016/1103 en defecto de elección: “En el caso de que no se elija la ley aplicable, y para conciliar la previsibilidad y la seguridad jurídica atendiendo a la vida real de la pareja, el presente Reglamento debe introducir normas de conflicto de leyes armonizadas para determinar la ley aplicable a *la totalidad del patrimonio de los cónyuges* sobre la base de una escala de puntos de conexión” (la cursiva es nuestra); extraña que el considerando 48 del Reglamento 2016/1104 no contenga esta referencia, lo que sin duda obedece a un olvido debido a la celeridad en la redacción de los considerandos en la fase final de elaboración de estos textos.

registrada sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges o miembros de ésta y un tercero; y g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales. Según cabe apreciar, el legislador ha pretendido incluir en el ámbito de aplicación de la *lex causae* todo el contenido posible del régimen patrimonial de la pareja desde su nacimiento hasta su extinción, así como naturalmente todo sus efectos entre los cónyuges o los miembros de la unión entre sí y respecto de terceros¹⁵¹.

131. 4ª Incluirá, si así lo aprecia la autoridad competente, la técnica de la adaptación cuando una persona invoque un derecho real del que sea titular en virtud de la Ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio o de la unión registrada y el ordenamiento del Estado miembro en el que se invoque el derecho no conozca el derecho real en cuestión¹⁵². La técnica consistirá en adaptar ese derecho -en caso necesario y en la medida de lo posible- al derecho equivalente más cercano del ordenamiento de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real específico y los efectos asociados al mismo; una técnica que, en definitiva, pone el acento en la perspectiva funcional de las instituciones antes que en la meramente nominal y que se consagra como un eficaz instrumento para garantizar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas como uno de los objetivos esenciales de los Reglamentos (*supra*)¹⁵³.

D) Problemas técnicos de aplicación

132. Para concluir el apartado sobre determinación del ordenamiento aplicable los Reglamentos ofrecen soluciones expresas a tres de los denominados mecanismos, expedientes o problemas técnicos de aplicación de la norma de conflicto.

133. 1º El primero atañe a la excepción de orden público (artículo 31), respecto de la que se dispone que la aplicación de una disposición del ordenamiento de cualquier Estado determinada por los Reglamentos únicamente podrá ser rehusada si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado del foro. Se sigue con ello la tendencia acogida en la codificación supraestatal (incluida la de la UE) y estatal exigiendo, como condición de aplicabilidad de este mecanismo, no una mera disparidad entre ordenamientos sino una contrariedad radical o rotunda; de lo que se deriva su utilización excepcional pues no se trata de rechazar un ordenamiento extranjero sino de inaplicar aquellos de sus preceptos que contraríen *in casu* el orden público internacional del Estado del foro¹⁵⁴.

134. 2º El segundo se refiere al reenvío, que halla su caldo de cultivo tradicional en el ámbito de la sucesión *mortis causa* y de los efectos económicos del matrimonio. Pero así como en el Reglamento 650/2012 se ha admitido su uso mediante una compleja y criticable fórmula (artículo 34)¹⁵⁵, el artículo 32 de los Reglamentos de 2016, rubricado “Exclusión del reenvío”, prohíbe a las autoridades que lo apliquen utilizar este expediente al establecer de modo tajante que la aplicación del ordenamiento de un Estado determinado por ellos se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas substantivas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho internacional privado.

¹⁵¹ No obstante, respecto de éstos habrá que estar a la excepción establecida en el artículo 28 de los Reglamentos (*supra*).

¹⁵² Como sería, por ejemplo, el caso del usufructo (R. FRIMSTON, “Article 1”, *cit.*, p. 49).

¹⁵³ La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación judicial civil en materia internacional, prevé la adaptación en sede tanto de reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras (artículo 41, apartado 4), como registral (artículo 61).

¹⁵⁴ Sin embargo los considerandos 54 y 53 de los respectivos Reglamentos impiden el uso de este mecanismo cuando con él se contraría la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y, en particular, su artículo 21 sobre el principio de no discriminación, indicación pensada para los ordenamientos que admiten los matrimonios o las uniones registradas entre personas del mismo sexo; los citados considerandos, además, convierten este planteamiento en transversal al extenderlo no sólo al rechazo de una Ley de otro Estado sino también a la negativa de reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado (*infra*). Ya desde la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE la Comisión hizo hincapié en la obligatoriedad de incorporar esta cláusula de neutralidad, lo que fue apoyado por Alemania, Eslovenia, Luxemburgo y Suecia.

¹⁵⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento de la UE 650/2012: especial referencia a la legítima”, en C. HORNERO MÉNDEZ, A. YBARRA BORES, N. GONZÁLEZ MARTÍN y E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (coords.), *Derecho sucesorio comparado: las experiencias española y mexicana en un contexto internacional*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 325-326.

135. 3º El último de los problemas de aplicación de la norma de conflicto abordado por los dos Reglamentos es el concerniente a la remisión a un Estado plurilegislativo, que se produce cuando el ordenamiento estatal declarado aplicable por la norma de conflicto contiene en su seno distintos conjuntos normativos aplicables *ratione territorii* o *ratione personae*.

136. a) A lo primero se refiere el artículo 33 (“Estados con diversos regímenes jurídicos - Conflictos territoriales de leyes”)¹⁵⁶. En él se dispone, como solución primera, dejar en manos de las normas internas en materia de conflicto de leyes del Estado en cuestión determinar la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas sean de aplicación (apartado 1)¹⁵⁷. Como solución segunda en defecto de la anterior se establecen tres reglas para concretar el conjunto normativo interno que será de aplicación (apartado 2)¹⁵⁸:

137. – cuando el Derecho estatal declarado por las normas de conflicto de los Reglamentos lo sea sobre la base de la residencia habitual de los esposos o de los miembros de una unión registrada, ese mismo criterio de conexión se utilizará para resolver la cuestión;

138. – cuando lo sea conforme a la nacionalidad de los componentes de la pareja el problema se resolverá aplicando la Ley territorial con la que éstos tengan una conexión más estrecha al no existir, por lógica, diferentes nacionalidades entre los ciudadanos o súbditos de un mismo Estado soberano; y

139. – cuando el Derecho nacional sea declarado aplicable por cualquier otro punto de conexión se aplicarán las normas del territorio en el que esté ubicado el elemento pertinente que conduzca a la concreción de ese criterio de conexión. Los Reglamentos permiten a los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en esta materia aplicar los propios Reglamentos a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente, no tratándose en ningún caso de una obligación (artículo 35)¹⁵⁹.

140. b) Para los conflictos personales, que se producen en el caso en que un Estado tenga dos o más regímenes jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de regímenes patrimoniales para los matrimonios o para las uniones registradas, el artículo 34 dispone de igual modo que, en primer lugar, se esté a las normas internas en la materia existentes en el ordenamiento de dicho Estado¹⁶⁰; y, en su defecto, que se aplique el régimen jurídico o el conjunto de normas con el que los cónyuges o los miembros de la unión registrada tengan una conexión más estrecha¹⁶¹.

7. Eficacia extraterritorial de resoluciones y de documentos

141. Resuelta la determinación de la autoridad competente y de la Ley que ésta haya de aplicar, los Reglamentos abordan la eficacia extraterritorial de resoluciones (capítulo IV, artículos 36 a 57) y de

¹⁵⁶ Cfr. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales en el contexto plurilegislativo español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 47 (2018), en prensa.

¹⁵⁷ En el sistema español sería el caso del artículo 16 del Código Civil para los regímenes económicos matrimoniales.

¹⁵⁸ En el sistema español serían estas las normas técnicas aplicables para resolver los conflictos de internos en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas que entrasen en el ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1104 al no ser de aplicación a aquellos el artículo 16 del Código Civil: J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 33”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, cit., p. 369.

¹⁵⁹ España nunca ha ejercido hasta la fecha esta facultad en relación con otros Reglamentos de la Unión en el campo de la cooperación judicial civil. No obstante, dado el caos normativo de nuestro ordenamiento en materia de uniones registradas habría que valorar seriamente la posibilidad de aplicar a los conflictos internos de leyes las normas del Reglamento 2016/1104: cfr. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Las reglas sobre aplicación de un sistema plurilegislativo: una visión desde el exterior (Especial referencia a la aplicación del Derecho español al amparo del Reglamento europeo 2016/1104)”, en N. CORNAGO PRIETO y J.J. ÁLVAREZ RUBIO (coords.), *Repensar la UE: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía* (en prensa).

¹⁶⁰ No es el caso de España, donde no existen conflictos internos de carácter interpersonal.

¹⁶¹ Llama la atención que el legislador comunitario no haya previsto, para los conflictos interpersonales, una regla similar a la del artículo 35 citado.

documentos (capítulo V, artículos 58 a 60). Lo que se enmarca en el objetivo general del reconocimiento mutuo de decisiones y actos, piedra angular de la construcción europea en el campo de la cooperación judicial en materia civil (considerandos 56 y 55, respectivamente). La regulación consagrada reproduce la de otros instrumentos preexistentes en este campo, por lo que no aporta novedades relevantes¹⁶². Debe recordarse que todo este bloque se somete a una limitación territorial de aplicación por cuya virtud tanto el Estado de origen de la decisión o documento como el de destino de los mismos han de ser uno de los dieciocho que son parte en los Reglamentos (entre ellos España, *supra*).

A) De las resoluciones judiciales

142. Los Reglamentos de 2016 distinguen entre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales definidos en su artículo 3, apartado 2 (*supra*); si bien la ejecución final de la decisión no se regula por cuanto depende de la normativa procesal de cada Estado¹⁶³. Abordemos pues los dos primeros aspectos¹⁶⁴.

143. 1º El reconocimiento se produce de manera automática, esto es, sin necesidad de seguir procedimiento alguno (artículo 36, apartado 1), admitiéndose no obstante invocar el reconocimiento de una decisión a título principal en un litigio si una parte así lo considera o lo precisa (a cuyo efecto se aplicaría el procedimiento previsto en los artículos 44 a 57, *infra*). Los Reglamentos consagran los cuatro clásicos motivos de denegación del reconocimiento (artículo 37) prácticamente definidos desde el Convenio de Bruselas de 1968. En su valoración el legislador comunitario expresamente dispone prescripciones importantes (artículos 38 a 41): a) que han de respetarse los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en particular su artículo 21 sobre el principio de no discriminación, *supra*); b) que el motivo basado en el orden público no se puede proyectar sobre las normas de competencia contempladas en los artículos 4 a 11 de los Reglamentos; c) que no cabe controlar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, dado que los foros han sido armonizados; d) que no está permitido revisar en cuanto al fondo las resoluciones dictadas en otros Estados miembros; y e) que se puede suspender el procedimiento de reconocimiento si la resolución es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen.

144. 2º La fuerza ejecutiva es el objeto del artículo 42 de ambos textos, por cuya virtud las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que sean ejecutorias en dicho Estado se ejecutarán en otro Estado miembro a instancia de cualquier parte interesada. Para ello se precisa que se haya declarado que dicha resolución posee fuerza ejecutiva en su Estado de origen conforme a un procedimiento *ad hoc* en el que se establece la competencia territorial para efectuar esta declaración (artículo 44), los trámites que se han de seguir (artículos 45 y 46), la declaración de ejecutividad que ha dictar la autoridad competente (artículo 47) y la notificación de la resolución de solicitud de declaración de fuerza ejecutiva a la otra parte (artículo 48), que podrá ser recurrida en los términos dispuestos por los artículos 49 a 52¹⁶⁵.

¹⁶² Cfr. J.I. PAREDES PRENDES, “El sistema europeo de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de Derecho de familia: crisis matrimoniales y pronunciamientos vinculados”, *La Ley Derecho de Familia*, nº 17 (primer trimestre de 2018).

¹⁶³ Únicamente se hace referencia a ella, en común con los otros dos aspectos, en el artículo 56 de ambos textos el cual dispone que no cabe exigir en el Estado requerido garantía, fianza o depósito alguno, sea cual fuere su denominación, a la parte que los solicite por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no ser residente en el Estado miembro de ejecución (artículo 56). Una regla que se remonta a la declaración de la caución de arraigo en juicio (o *cautio iudicatum solvi*) como discriminatoria y contraria a las libertades comunitarias por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-20/92, *Hubbard c. Hamburger*, de 1 de julio de 1993.

¹⁶⁴ Respecto de ellos, para salvaguardar las competencias estatales así como para disipar recelos de algunos Estados el legislador comunitario reitera que el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de las uniones registradas no deben implicar en modo alguno el reconocimiento del matrimonio o de la unión que dieron lugar a la resolución (considerandos 64 y 63, respectivamente). No obstante la delegación griega, en la reunión del 26 de julio de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE, advirtió que la obligatoriedad de reconocer las resoluciones de otros Estados en este campo implicaba forzosamente la admisión, aunque indirecta, de la institución de la unión registrada.

¹⁶⁵ Especial relieve ofrece la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga un recurso de confor-

Prevén asimismo los Reglamentos dos posibilidades reseñables: a) por una parte, que el solicitante inste la adopción de medidas provisionales o cautelares de conformidad con la legislación del Estado miembro de ejecución, sin que resulte necesaria la declaración de fuerza ejecutiva (artículo 53); y b) por otra parte, que el órgano competente se pronuncie sobre la fuerza ejecutiva de una o de varias de las pretensiones que contenga la resolución extranjera si no cabe hacerla sobre todas, pudiendo pues el solicitante solicitar una declaración de fuerza ejecutiva parcial (artículo 54). A fin de articular en la práctica una mayor facilidad para la eficacia transfronteriza de las decisiones, en el procedimiento expuesto ambos instrumentos prevén la extensión, en el Estado de ejecución, de la asistencia jurídica gratuita o de la más amplia exención de costas y gastos de que se gozase en el Estado de origen, configurándose así un derecho para los ciudadanos en el artículo 55; de igual modo establecen los Reglamentos la prohibición de percepción de impuestos, derechos y tasas en el procedimiento que venimos analizando (artículo 57).

B) De los documentos públicos y de las transacciones judiciales

145. El penúltimo capítulo de los dos instrumentos aborda la eficacia transfronteriza de los documentos públicos (subapartado a) y de las transacciones judiciales (subapartado b) siguiendo de cerca el modelo establecido en el Reglamento 650/2012 sobre sucesión *mortis causa*.

a) De los documentos públicos

146. A los documentos públicos, tal y como han sido definidos en el artículo 3, apartado 1, letra c) (*supra*), dedican los Reglamentos dos preceptos¹⁶⁶.

147. 1º El primero se refiere a la aceptación de documentos públicos (artículo 58), que prevé el efecto primordial por cuya virtud aquellos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio -o el efecto más parecido posible- que en el primero, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del segundo¹⁶⁷. Para articularlo se establecen las posibilidades a) de solicitar el formulario al que se refiere el artículo 67, apartado 2, de ambos instrumentos especificando el valor probatorio del documento *ab origine*; b) de recurrir la autenticidad del documento público (lo que ha de hacerse ante las autoridades del Estado donde fue formalizado y conforme a su legislación, considerandos 59 y 58 *in fine*, respectivamente); y c) de recurrir asimismo los actos o relaciones jurídicos consignados en el documento público en cuestión (para lo que se aplicarían las normas sobre competencia y Ley aplicable consagradas en los propios Reglamentos)¹⁶⁸. La interposición de ambos tipos de recursos priva a los documentos públicos de su valor probatorio (artículo 58, apartados 2 y 3, y considerandos 62 y 61, respectivamente).

148. Los instrumentos consagran soluciones para los eventuales supuestos de incompatibilidad de documentos públicos entre sí y de incompatibilidad de un documento con una resolución judicial (considerandos 63 y 62, respectivamente): a) A en el primer caso la autoridad a la que se le presentasen ambos documentos debería evaluar a cuál de ellos habría de otorgar prioridad -si hubiera de otorgarla

midad con los artículos 49 ó 50 deniegue o revoque la declaración de fuerza ejecutiva por uno de los motivos previstos en el artículo 37 (*supra*). Acerca de lo previsto en los artículos 44, 49 y 50 los Estados miembros han de proporcionar determinada información a la Comisión (artículo 64, *infra*).

¹⁶⁶ Recuérdese que la autenticidad de los documentos públicos debe ser un concepto autónomo (considerandos 58 y 59, así como 57 y 58 respectivamente). Dispone el segundo de los considerandos que incluye aspectos como su veracidad, sus requisitos formales previos, las competencias de la autoridad que formaliza el acto y el procedimiento por el cual se formaliza éste; también abarca los hechos oficialmente consignados por la autoridad competente en el documento público, como que las partes indicadas han comparecido ante la autoridad en la fecha señalada y han formulado las declaraciones que en él se expresan.

¹⁶⁷ Añaden los considerandos 58 y 57 *in fine*, respectivamente, que para determinar el valor probatorio de un documento público en otro Estado miembro (o el efecto más parecido posible) ha de estarse a la naturaleza y al alcance del valor probatorio del documento público en el Estado miembro de origen; por lo tanto, el valor probatorio que un documento público tendrá en otro Estado miembro dependerá del Derecho del Estado miembro de origen.

¹⁶⁸ Los términos “los actos jurídicos o las relaciones jurídicas consignados en un documento público” deben interpretarse como una referencia al contenido registrado en el documento público (considerandos 60 y 59, respectivamente).

a alguno- teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto; si de ellas no se desprendiera claramente una solución, la cuestión debería ser resuelta por los órganos jurisdiccionales competentes en virtud de los Reglamentos (o, si la cuestión se plantease como cuestión incidental en el transcurso del procedimiento, por el órgano jurisdiccional que conociera de dicho procedimiento). b) En caso de incompatibilidad entre un documento público y una resolución, habrían de tomarse en consideración los motivos para denegar el reconocimiento de resoluciones (artículo 37 de los Reglamentos).

149. 2º El artículo 59, por su parte, permite que, a instancia de cualquiera de las partes, un documento público que tenga fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen sea declarado ejecutivo asimismo en otro Estado miembro, utilizándose para ello el procedimiento previsto en los artículos 44 a 57 ya analizados¹⁶⁹.

b) De las transacciones judiciales

150. Para las transacciones judiciales definidas en el artículo 3, apartado 1, letra e) (*supra*) el artículo 60 de los Reglamentos reproduce las normas del artículo 59, a las que nos remitimos.

8. Disposiciones generales y finales

151. La conclusión de este estudio nos exige analizar aquellas disposiciones generales y finales del capítulo VI de los Reglamentos que no lo hayan sido ya a lo largo del mismo.

152. 1ª La primera, una disposición general clásica en todos los instrumentos en materia de cooperación judicial civil, establece la inexigencia de legalización -ni de formalidad análoga alguna- para los documentos expedidos en un Estado miembro en el marco de ambos instrumentos (artículo 61). No se refiere *stricto sensu* a los documentos públicos objeto del capítulo V de los Reglamentos, sino a los de cualesquiera expedidos, autorizados, emitidos o redactados en el marco de las consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas.

153. 2ª La segunda disposición final concierne a las relaciones entre los Reglamentos y los convenios internacionales vigentes entre los Estados miembros (artículo 62). A tal fin los apartados 1 y 2 de este precepto en ambos instrumentos reproducen las soluciones tradicionales respecto de los tratados bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o varios Estados miembros¹⁷⁰. En tanto el apartado 3 del Reglamento 2016/1103 aborda el excepcional, específico -y no pacífico- supuesto de las denominadas convenciones nórdicas en la materia, cuya aplicación se autoriza entre los Estados miembros parte en ellas en la medida en que ofrecen procedimientos simplificados y más rápidos para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial¹⁷¹.

¹⁶⁹ Acerca de su desarrollo matiza el artículo 59 de los Reglamentos por una parte que a efectos del artículo 45, apartado 3, letra b), la autoridad que haya formalizado el documento público expedirá, a instancia de cualquiera de las partes, una certificación, sirviéndose para ello del formulario previsto de acuerdo con el procedimiento consultivo al que se refiere el ya citado artículo 67, apartado 2; y por otra parte que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga un recurso de conformidad con los artículos 49 ó 50 denegará o revocará la declaración de fuerza ejecutiva únicamente cuando el documento público sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro de ejecución.

¹⁷⁰ Para España, el artículo 62 supone la inaplicación de los Convenios bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución suscritos con Alemania (14 de noviembre de 1983), Austria (17 de febrero de 1984), Bulgaria (23 de mayo de 1993), Chequia (4 de mayo de 1987), Francia (28 de mayo de 1969) e Italia (22 de marzo de 1973): *cf.* G. PALAO MORENO, "Artículo 62", en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, cit. pp. 554-555.

¹⁷¹ Se trata del Convenio de 6 de febrero de 1931 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, revisado en 2006; del Convenio de 19 de noviembre de 1934 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, que incluye disposiciones de Derecho internacional privado en materia de sucesiones, testamentos y administración de herencias, revisado en junio de 2012; y del Convenio de 11 de octubre de 1977 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil.

154. 3ª Un tercera disposición final atañe a ciertas informaciones públicas que los Estados miembros han de proporcionar a la Comisión para una más eficaz y útil aplicación de los Reglamentos (considerandos 67 y 65, respectivamente).

155. a) En primer término, dirigida al público a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, han de facilitar un breve resumen de su legislación y de sus procedimientos nacionales en materia de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas, incluida la información sobre cuáles son las autoridades competentes y sobre los efectos frente a terceros a que se refiere el artículo 28; una información que han de mantener actualizada permanentemente (artículo 63)¹⁷².

156. b) En segundo lugar los Estados tenían de plazo hasta el 29 de abril de 2018 para suministrar información acerca, por un lado, de las autoridades competentes para conocer de las solicitudes de declaración de fuerza ejecutiva de conformidad (artículo 44, apartado 1) y de los recursos contra las resoluciones dictadas sobre dichas solicitudes (artículo 49, apartado 2); y, por otro lado, de los procedimientos para impugnar la resolución dictada sobre el recurso a que se refiere el artículo 50¹⁷³. Esta información ha de ser publicada en el Diario Oficial de la UE así como a través de la Red Judicial Europea (artículo 64).

157. c) Finalmente, sobre la base de las comunicaciones de los Estados miembros relativas a las demás autoridades y profesionales del Derecho a que se refiere el artículo 3, apartado 2 (*supra*), la Comisión ha de redactar una lista que publicará -con toda modificación posterior- mediante las dos vías que acabamos de señalar (artículo 65).

158. 4ª La última disposición adicional que analizamos se refiere a los artículos 45, apartado 3, letra b), 58, 59 y 60, respecto de los que el artículo 66 de los Reglamentos dispone que la Comisión adoptará actos de ejecución para crear y modificar posteriormente los certificados y formularios a que aluden los citados artículos. Lo que se ha llevado a cabo mediante los Reglamentos de ejecución de la Comisión 2018/1935, de 7 de diciembre de 2018, para los regímenes matrimoniales y 2018/1990, de 11 de diciembre de 2018¹⁷⁴ para los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Se trata de normas adoptadas con el fin de facilitar la aplicación de los Reglamentos de 2016 y para que se pueda hacer uso de las modernas tecnologías de la comunicación (considerandos 68 y 66, respectivamente).

¹⁷² En el momento de elaboración de estas líneas nuestro Reino aún no había proporcionado esta información a la Comisión. El autor de estas líneas compadece a quienes hayan de elaborar el “breve resumen” de nuestra legislación en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

¹⁷³ Mandato que aún no se ha acometido por el Gobierno de España.

¹⁷⁴ Publicados, respectivamente, en el *Diario Oficial* L 314 de 11 de diciembre de 2018 y L 320 de 17 de diciembre del mismo año.