

# LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

## APPLICABLE LAW TO MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES. SOME ISSUES CONCERNING TRANSITIONAL RULES

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 14.12.2019 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5198>

**Resumen:** El presente trabajo expone las relaciones entre la cuestión de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en los casos de Derecho transitorio que han sido puestos de relieve por la jurisprudencia española y en particular por la SAP Barcelona 30 julio 2019. El estudio aborda la eliminación legislativa y jurisprudencia del punto de conexión discriminatorio “nacionalidad del marido”. También se explica la relación entre la teoría de la *Drittwirkung* y las normas de conflicto de leyes. Se distingue entre los matrimonios celebrados antes del día 29 de diciembre de 1978, los celebrados entre el día 29 de diciembre de 1978 y el día 7 de noviembre de 1990 y los que se llevan a cabo posteriormente. Finalmente, se exponen las razones por las que se aprecia una imparable emergencia de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio como punto de conexión para fijar la Ley reguladora del régimen económico matrimonial.

**Palabras clave:** Ley aplicable al régimen económico matrimonial, nacionalidad del marido, *Drittwirkung*, Derecho transitorio, residencia habitual.

**Abstract:** The present work deals with the law applicable to the matrimonial property regimes and transitional rules. The judgement rendered by the court of appeal of Barcelona on July 30th 2019 in examined. The husband’s nationality as a connecting factor is also studied and proves to be discriminatory and non compatible with the Spanish Constitution. In this scenario, the theory of *Drittwirkung* shows that the Spanish conflict rules are obviously subject to the Spanish Constitution. A distinction is made between marriages concluded before December 29, 1978, those celebrated between December 29, 1978 and November 7, 1990, and those carried out subsequently is made. Finally, this work analyses the reasons for an unstoppable rise of the common habitual residence after the marriage as a connecting factor to determine the Law applicable to matrimonial property regimes.

**Keywords:** law applicable to the matrimonial property regimes, nationality of the husband’s nationality, *Drittwirkung*, transitional rules of law, habitual residence.

**Sumario:** I. Un viaje conflictual a través del tiempo y del espacio. II. Adiós a la Ley nacional del marido. 1. Eliminación de los puntos de conexión discriminatorios en el Derecho internacional privado español. 2. La teoría de la *Drittwirkung* y las normas de conflicto de leyes. 3. Incidencia del factor tiempo en la precisión de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. A) Matrimonios celebrados antes del día 29 de diciembre de 1978. B) Matrimonios celebrados entre el día 29 de diciembre de 1978 y el día 7 de noviembre de 1990. III. La emergencia de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

## I. Un viaje conflictual a través del tiempo y del espacio

1. Una de las *vedettes* más famosas del Derecho internacional privado, subrayan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ha sido, es y será la cuestión de decidir la ley aplicable al régimen económico matrimonial<sup>1</sup>. La cuestión es también una de las protagonistas del Derecho interregional, fecundo campo jurídico especialmente en España. A ello se une un factor decisivo en Derecho: el paso del tiempo. Y es que el régimen económico matrimonial es una de estas situaciones jurídicas cuyos efectos pueden prolongarse durante años y a las que, precisamente por ello, afectan distintas normas jurídicas que se suceden en el tiempo. Mientras el matrimonio dura, el Derecho cambia y cambia también el Derecho internacional privado. De ese modo, en los casos internacionales, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede variar si el legislador reemplaza las viejas normas de conflicto de leyes que precisan la Ley estatal reguladora del régimen económico matrimonial por otras nuevas normas de conflicto. Y ahí surge la cuestión problemática, de intenso y profundo interés para el Derecho internacional privado: determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en supuestos internacionales que se extienden en el tiempo. Reflexionar sobre estas cuestiones supone iniciar un viaje jurídico en el tiempo y en el espacio, pues resulta preciso concretar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en supuestos conectados con varios países (= es necesario fijar el Estado cuya Ley debe regir el caso) y que se extienden en un arco temporal prolongado (= es preciso determinar la Ley estatal que se aplica en cada momento en el que está vigente un concreto régimen económico matrimonial). En definitiva, estas cuestiones, que pueden observarse en la SAP Barcelona 30 julio 2019 [régimen económico y matrimonio celebrado en 1982] que es aquí objeto de glosa, comentario y consideración, suponen razonar también sobre el efecto normativo de la Constitución en las relaciones entre particulares, sobre la constitucionalidad de los puntos de conexión de las normas de conflicto españolas y sobre principios básicos de la ordenación de la convivencia en Derecho Privado, como la seguridad jurídica, la certeza legal, la irretroactividad de las normas jurídicas, y la previsibilidad de la aplicación de la Ley reguladora de las situaciones privadas internacionales, como por ejemplo, el régimen económico matrimonial<sup>2</sup>.

2. En un contexto histórico, cabe recordar que en España, las Partidas alfonsinas recogieron como criterio para fijar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial el punto de conexión "lugar de celebración del matrimonio". Por ello, exponen nuevamente A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, un gran comentarista y glosador de las Partidas como lo fue GREGORIO LÓPEZ, defendió la aplicación de la Ley del domicilio conyugal a los "efectos personales" del matrimonio, y la aplicación de la Ley del primer domicilio de los cónyuges, a los "efectos patrimoniales", esto es a la economía matrimonial, al régimen económico matrimonial. Otro ilustre disertador, intérprete y exégeta de las Partidas de Alfonso X el Sabio, RODRIGO SUÁREZ, añadió que la aplicación de la Ley del país de celebración del matrimonio sólo procedía si marido y mujer contraían matrimonio en un lugar concreto pero *animo ibi manendi*, es decir, con la intención de permanecer en dicho lugar como domicilio conyugal. Brillante y acertada precisión.

3. En el siglo XIX, la expansión acelerada del "estatuto personal" hace que la Ley personal, y en concreto la Ley nacional en el caso español, amplíe muy notablemente su radio de acción material<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, pp. 382-285.

<sup>2</sup> SAP Barcelona 30 julio 2019 [ECLI:ES:APB:2019:10479].

<sup>3</sup> La expansión de la Ley nacional, ese "vértigo de la Ley nacional" del que hablase J.P. NIBOYET, puede seguirse, por lo que se refiere al Derecho español, en M.A. AMORES CONRADÍ, "Art. 9.1 CC", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 76-79; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "Art. 9 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t.I, Edersa, Jaén, 1978, pp. 176-184; Id., "La reforma del art. 9 CC español", *RFDUCM*, 1973, núm.47, pp. 315-353; Id., "Art. 9.1 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 163-181. Una perspectiva general del fenómeno en Europa la ofrece de modo muy transparente Ph. FRANCESKAKIS, "Statut personnel", en VV.AA., *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968 (dir. Ph. FRANCESKAKIS), vol.II, pp. 871-873;

De ese modo, los sectores jurídicos relacionados con la persona y la familia que quedaron cubiertos bajo el mando, señorío y dominación de la Ley nacional fueron muy numerosos. En realidad, explica D. MAYER en su clásico estudio, todo el Derecho de la persona y familia fue sometido a la Ley nacional de la persona<sup>4</sup>. Como consecuencia de ello, los efectos del matrimonio quedan regulados por la Ley nacional del marido, pues el matrimonio era considerado, en el siglo XIX, la base necesaria de la familia. Así puede apreciarse en la STS 1 julio 1897<sup>5</sup>. El Tribunal Supremo, que se anticipa al legislador español, traza un camino conflictual que es seguido por el mismo Código civil español de 1889. Se puede apreciar también este viraje en favor de la Ley nacional en la STS 20 noviembre 2011 [matrimonio civil contraído por españoles en Méjico en 1940]<sup>6</sup>.

4. En pleno imperio de la Ley nacional, llega el año 1974 y con él llega también el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil ve la luz<sup>7</sup>. Esta norma diseña un mini código de Derecho internacional privado en los arts. 8 a 12 del Código Civil<sup>8</sup>. La reforma, profunda, trae consigo dos nuevas normas de conflicto en este sector.

El art. 9.2 CC determinaba la Ley aplicable a las “relaciones personales entre los cónyuges” a través de varios puntos de conexión: última Ley nacional común durante el matrimonio, y en su defecto, Ley nacional del marido al tiempo de la celebración del enlace.

El art. 9.3 CC fijaba la Ley aplicable a las “relaciones patrimoniales” entre los cónyuges, y sujetaba el fondo de las capitulaciones matrimoniales a la Ley nacional de cualquiera de ellos, y en

---

Id., “Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel”, *TCFDIP*, 1962-1964, pp. 291-315; Id., “Capacité”, en VV.AA., *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968 (dir. PH. FRANCESKAKIS), vol. I, pp. 251-256. Del mismo modo, muy ilustrativos resultan los trabajos de J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992; Id., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38.

<sup>4</sup> D. MAYER, “Evolution du statut de la famille en droit international privé”, *JDI Clunet*, 1977, vol.104, pp. 447-469.

<sup>5</sup> STS 1 julio 1897 [*Jurisprudencia civil*, vol. 82, p. 18].

<sup>6</sup> STS 20 noviembre 2011 [CENDOJ 28079110012011100831].

<sup>7</sup> Sobre esta reforma y su significado codificador en España, *vid.*, entre otros muchos, AA.VV., Anuario de la Escuela Judicial, vol.XI, 1974, (“Las normas de Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código civil”); AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, vol.I, Edersa, Jaén, 1978; AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M.ALBALADEJO y S.DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995; AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la ley de 2 de mayo de 1975)*, dirigidos por M.ALBALADEJO, vol.I, Madrid, tecnos, 1977; AA.VV. (ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO), *El Título Preliminar del Código civil*, 2 volúmenes, Madrid, Edersa, 1977; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Le nouveau droit international privé espagnol”, *ASDI*, 1976, vol.XXXII, pp. 9-35; J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, “La réforme du titre préliminaire du Code Civil espagnol”, *RIDC*, 1974, pp. 835-844; Id., “Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil”, *Documentación jurídica*, 1974, pp. 1137-1151; J.A. CREMADES SANZ-PASTOR, “Droit international privé”, *J. Classeur droit comparée, Législation comparée*, Espagne, fasc.I, 1974, pp. 257-296; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Private International Law”, *Spanish Business Law* (B.M. Cremades ed.), Deventer, Kluwer, 1985, pp. 51-70; P. GONZÁLEZ BOTELLA, “El nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm.55, octubre 1974; M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista española de Derecho administrativo*, 1974, pp. 359-391; Id., “Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista de Estudios políticos*, 1974, núm.198, pp. 89-112; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol”, *RCDIP*, 1976, pp. 397-423; A. MARÍN LÓPEZ, “El Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código Civil”, *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, núm.98, 1974, pp. 419-433; A. MIAJA DE LA MUELA, “Riflessioni sull'elaborazione di un nuovo sistema spagnolo di diritto internazionale privato e di diritto interregionale”, *DI*, vol.XVII, 1963, pp. 307-340 (en español en *Libro homenaje al Dr.Serrano Serrano*, vol.II, Valladolid, 1965, pp. 607-642); E. RUIZ VADILLO, “Comentario a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil”, *RGD*, núm.29, 1973, pp. 506-512 y 618-644; E. SERRANO ALONSO, “Aproximación al Título Preliminar del Código Civil”, Anexo al *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, núm.8, 1974; B. VON HOFMANN Y A. ORTÍZ-ARCE, “Das neue spanische internationale Privatrecht”, *RabelsZ.*, 1975, pp. 647-491 y *REDI*, 1977, vol.XXX, pp. 57-89; A. ORTÍZ-ARCE, *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, 1988, pp. 273-304 y 317-334; F. SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, *Documentación jurídica*, 1974, pp. 1137-1157; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido”, *RGLJ*, 1974, vol.LXIX, pp. 401-435; R. VIÑAS FARRÉ, “Le nuove basi del diritto internazionale spagnolo”, *Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 1973, pp. 10-19.

<sup>8</sup> BOE núm. 163 de 9 julio 1974.

defecto de tales capitulaciones, el régimen económico matrimonial quedaba sujeto a la misma ley que regulaba las relaciones personales entre los cónyuges: última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, ley nacional del marido al tiempo de la celebración<sup>9</sup>.

## II. Adiós a la Ley nacional del marido

### 1. Eliminación de los puntos de conexión discriminatorios en el Derecho internacional privado español

5. La Constitución española es la norma suprema del ordenamiento jurídico español. Así lo establece el art. 9 de la misma Constitución y también así lo indica el art. 5.1 LOPJ. El Tribunal Constitucional lo recordó de modo emblemático en su importante Declaración TC 13 diciembre 2004, FJ 4<sup>10</sup>. Los principios y valores contenidos en la Constitución española de 27 diciembre 1978 constituyen la base valorativa necesaria de todas las soluciones normativas que proporciona el Derecho internacional privado español. En este sentido, debe afirmarse que la Constitución española contiene ciertas normas que incorporan principios y valores, como por ejemplo, la seguridad jurídica y el principio de legalidad (art. 9.1 y 3 CE 1978), la tutela judicial efectiva (art. 24 CE 1978), principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE 1978), etc. Las normas del Derecho internacional privado español incorporan, defienden y potencian esos valores constitucionales. Nuevas Leyes ordinarias españolas posteriores a 1978 han modificado el Derecho internacional privado español pre-constitucional con arreglo a estos valores y otras leyes han introducido nuevas regulaciones jurídicas también acordes, como es natural, con la tabla de valores constitucionales. El resultado se puede apreciar en los tres sectores del Derecho internacional privado español y con mayor intensidad, en particular, en el ámbito de los conflictos de leyes, en el sector del Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales.

6. Situados en esta perspectiva, es sabido que la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 obliga a eliminar los “puntos de conexión discriminatorios”, como la “nacionalidad del marido” o la “nacionalidad del padre” que se contenían en las normas de conflicto de leyes españolas vigentes hasta el día 29 de diciembre de 1978, día en el que entró en vigor la Constitución. Todo punto de conexión empleado por las normas de Derecho internacional privado español, ya sea utilizado como punto de conexión principal o subsidiario, ha de ajustarse a la Constitución y a los valores constitucionales: igualdad de los cónyuges ante la Ley, no discriminación por razón de sexo, etc. Así lo ha apuntado, de modo característico, propio y señero la STC 39/2002 de 14 febrero 2002<sup>11</sup>.

7. La eliminación de estos puntos de conexión discriminatorios y por ello, odiosos desde el punto de vista constitucional, la iniciaron los tribunales alemanes con decisión, contundencia y firmeza teutónica (Sent. TC Federal Alemania, Sala 1ª, de 4 mayo 1971<sup>12</sup>). Éstos fueron seguidos posteriormente por los italianos (sentencia de la *Corte Costituzionale* de Italia núm.74/1987 de 5 marzo 1987 y núm.477/1987 de 10 diciembre, y núm.254/2006, de 4 julio 2006)<sup>13</sup>. Se une a ellos el Tribunal Constitucional español ya muchos años más tarde (STC 39/2002, de 14 febrero 2002, citada anteriormente).

<sup>9</sup> Art. 9.2 CC (versión de 1974): “Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”. Art. 9.3 CC (versión de 1974): “Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualesquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional”.

<sup>10</sup> Declaración TC 1/2004 de 13 diciembre 2004 [RTC 2004\256].

<sup>11</sup> STC 39/2002 de 14 febrero 2002 [RTC 2002\39].

<sup>12</sup> Sent. TC Federal Alemania, Sala 1ª, de 4 mayo 1971 [RabelsZ, 1972, pp. 145-162], comentada de modo brillante por K.F. JUENGER, “The german Constitutional Court and the Conflict of Laws”, *AJCL*, 1972, vol. 20, pp. 290-298, por E. JAYME, “La costituzione tedesca e il diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1972, pp. 76-98, y por V. SALVATORE, “Incostituzionalità parziale dell'art.18 delle preleggi e legge regolatrice del divorzio”, *RDIPP*, 1989, pp. 69-78.

<sup>13</sup> Sentencia de la *Corte Costituzionale* de Italia núm.477/1987 de 10 diciembre 1987 [*Gazzetta ufficiale, serie speciale*, 16 diciembre 1987, n. 53 / <http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0477s-87.html>]; Sent. Corte Costituzionale Italia n.74/1987 de

8. La doctrina especializada ya se había manifestado contra tales puntos de conexión discriminatorios al estimarlos radicalmente inconstitucionales. De un modo tangencial, al hilo del estudio de la naturaleza jurídica de los puntos de conexión de las normas de conflicto de leyes, G. BEITZKE, A.N. MAKAROV y W. WENGLER constatan que el legislador nacional no es plenamente libre para fijar dichos puntos de conexión<sup>14</sup>. Al concretarlos, el legislador debe respetar las preferencias constitucionales. También mucho antes de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, Sala 1ª, de 4 mayo 1971, la doctrina más sobresaliente había llamado la atención sobre las exageraciones de las bondades de la norma de conflicto diseñada por F.K. VON SAVIGNY. El célebre autor teutón atribuyó un papel supra valorativo a las normas de conflicto de leyes, pues entendía que estas normas debían limitarse a señalar el país de la sede de la relación jurídica (= el país más vinculado con el supuesto suscitado) y que tal operación era puramente dogmática, estrictamente técnica, exquisitamente formal, neutra, imparcial, ecuánime y objetiva. En caso de desajustes valorativos, siempre quedaba el orden público internacional que evitaba resultados materiales inaceptables para el Estado del foro. La norma de conflicto, purísima, era concebida, explica de modo inmejorable G. KEGEL, como la sublimación de la dogmática del Derecho Privado<sup>15</sup>. Arte localizador immaculado.

Pues bien, frente a ello, la doctrina citada observó que la presencia de un cuadro valorativo imperativo y supremo contenido en la Constitución hacía imposible sostener que las normas de conflicto fueran meros expedientes técnicos de localización de la ley aplicable y que, por tanto, los puntos de conexión de tales normas fueran inmunes a los valores y principios que presiden todo el ordenamiento jurídico y que se contienen en la Constitución. De ahí, la mejor doctrina pasó a elaborar toda una "teoría constitucional del Derecho internacional privado", como se observa en dos magníficos trabajos debidos a M. FERID y T. BALLARINO<sup>16</sup>. Tras la intervención depuradora y decidida del Tribunal Constitucional alemán, todo un ejército de estudiosos del Derecho internacional privado concuerdan con una tendencia imparable: el necesario sometimiento de las normas de conflicto a los valores, principios y propósitos constitucionales<sup>17</sup>. También en España, de modo más tardío por razones históricas obvias, se aprecia este fenómeno: la doctrina internacionalprivatista abraza la fe constitucional con entusiasmo renovador<sup>18</sup>.

5 marzo 1987 [<http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0071s-87.html>]; Sent. Corte Costituzionale Italia núm.254/2006, de 4 julio 2006 [<http://www.giurcost.org/decisioni/2006/0254s-06.html>].

<sup>14</sup> Vid. G. BEITZKE, "Alternative Anknüpfungen", *Konflikt und Ordnung, Festschrift M.Ferid*, München, 1978, pp. 39-60; A.N. MAKAROV, "Réflexions sur l'interprétation des circonstances de rattachement dans les règles de conflit faisant partie d'une convention internationale", *Mélanges offerts à J.Maury*, vol.I, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, pp. 207-230; W. WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *RCDIP*, 1963, pp. 203-231 y pp. 503-527; ID., "The Significance of Principle of Equality in the Conflict of Laws", *Law and Contemporary Problems*, 1963, pp. 822-842.

<sup>15</sup> G. KEGEL, "Wohnsitz und Belegenheit bei Story und Savigny", *RebelsZ.*, 1988, vol.52, pp. 431-465.

<sup>16</sup> M. FERID, "L'interdipendenza del diritto costituzionale e del diritto internazionale privato", *DI*, 1963, vol.XVII, 1963, pp. 143-152; T. BALLARINO, "Costituzione e Diritto internazionale", *DI*, 1970, vol.XXIV, pp. 18-47.

<sup>17</sup> La doctrina se ha detenido con deleite en este particular aspecto, como puede apreciarse en los estudios detallados de T. BALLARINO, "Norme costituzionali di eguaglianza e il diritto internazionale privato", *Studi in onore di M.Udina*, vol.II, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 921-949; H. BUNGER, *Das Recht ausländischer Kapitalgesellschaften auf Gleichbehandlung im deutschen und US-amerikanischen Recht: zugleich ein Beitrag zu einem internationalen Grundrechtskollisionsrecht*, München, 1994; C. BUZZACCHI, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni (Il modello delle reti tra concorrenza e coesione sociale)*, 2012; M.E. CORRAO, "Il giudizio sulla legittimità costituzionale delle norme di conflitto", *RDI*, 1988, vol. LXXI, pp. 344-365; K.-D. DAMM, *Die Einwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes auf das nach deutschem internationalen Privatrecht anwendbare ausländische Sach- und Kollisionsrecht*, Diss.Manheim, Pfaffenweiler, 1993; G. ELBING, *Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug*, Berlin, 1992; J. FAWCETT, "The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law", *ICLQ*, 2007, vol. 56, pp. 1-48; P.E. HERZOG, "Constitutional Limits on Choice of Law", *RCADI*, 1992, vol.234, pp. 239-330; R. HOFMANN, *Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte*, Berlin, 1994; P. KINSCH, "Principes d'égalité et conflits de lois", *TCFDIPr*, 2004, pp. 117-133; K. KREUZER, "Internationales Privatrecht und Bundesverfassungsgericht. Eine Fallstudie zur Durchsetzung von Grundrechten durch das Bundesverfassungsgericht", *Festschrift Benda*, 1995, pp. 153-183; W. MULLER-FREIENFELS, "Conflicts of Law and Constitutional Law", *The University of Chicago Law Review*, 1978, vol.45, pp. 598-611; K. SIEHR, "Diritto internazionale privato e diritto costituzionale", *Il Foro italiano*, 1975, vol.XCVIII, pp. 1-19; W. VEELKEN, "Economic Constitutions in the Comparison of Economic Systems", *RebelsZ.*, 1991, pp. 463-504.

<sup>18</sup> Ya en relación con la Constitución de la República Española de 1931, pueden verse valiosos acercamientos debidos a F. DE CASTRO Y BRAVO, "La Constitución española y el Derecho internacional privado", *RDP*, 1932, vol.XIX, pp. 74-78; J.R. DE ORÚE, "Preceptos internacionales en la Constitución de la República Española", *RGLJ*, 1932, vol.160, pp. 385-465; J. PUENTE EGIDO, "Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto, examen de la jurisprudencia

9. En este sentido, esta jurisprudencia citada viene a dejar claros dos extremos de máxima relevancia.

En primer término, debe afirmarse que los puntos de conexión anti-constitucionales y en especial, los puntos de conexión discriminatorios, introducen una diferencia de trato legal entre el varón y la mujer que no cuenta con ninguna justificación constitucional para ello. Es más, estos puntos de conexión son contrarios a principios recogidos directa e indirectamente en la misma la Constitución, como el principio de no discriminación por razón de sexo. Así, la solución recogida en el antiguo art. 9.3 CC, que apuesta por la Ley nacional del marido para designar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, es una solución jurídica que no tiene soporte constitucional, pues responde a la idea de que el varón es superior a la mujer. Esa idea vulnera frontalmente los arts. 14 y 32 CE.

En segundo término, también resulta evidente que estos puntos de conexión discriminatorios no se justifican tampoco desde un punto de vista meramente técnico. Las normas de conflicto españolas son normas jurídicas españolas como cualesquiera otras. No son meras normas formales que, por ello, no transportan ni contienen valores sustanciales. Todo lo contrario. Toda norma jurídica refleja y realiza valores sustanciales, incluidas, naturalmente, las normas de conflicto típicas del DIPr. En consecuencia, como indica el TC español, “*la mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad*” (STC 39/2002 de 14 febrero 2002).

## 2. La teoría de la *Drittwirkung* y las normas de conflicto de leyes

10. Los Poderes Públicos deben respetar los derechos fundamentales de toda persona (art. 53 CE 1978). En el Derecho Público este respeto es total. En las relaciones entre particulares, en el Derecho Privado, por el contrario, el principio general es la libertad individual. Como subraya J. ALFARO, en sus relaciones privadas, las personas toman sus decisiones sin tener que justificarlas<sup>19</sup>. Esta libertad individual cuenta con varios límites: (a) El legislador puede regular las relaciones entre particulares e imponer el respeto a un concreto derecho fundamental. Por ejemplo, puede prohibir a ciertas empresas contratar sólo a personas de raza blanca o puede obligar a que tales empresas paguen el mismo salario a varones y mujeres; (b) Un particular puede demandar al Estado por no haber protegido sus derechos fundamentales en sus relaciones con otras personas privadas; (c) En las relaciones entre sujetos privados, la regla general es la libertad individual, pero dicha libertad debe ejercitarse con respeto a la dignidad humana.

11. La eliminación de estos puntos de conexión discriminatorios, -como la nacionalidad del marido utilizada para precisar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial-, es un reflejo, en Derecho internacional privado, de la famosa teoría de la *Drittwirkung*. Según esta conocida tesis, los derechos fundamentales se deben respetar en las relaciones jurídicas entre particulares (= *Drittwirkung der Grundrechte*) y no sólo en las relaciones entre los Poderes Públicos y los sujetos privados en la medida en la que reflejan la dignidad del ser humano. De este modo, en las relaciones jurídicas entre

---

civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 a 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges”, *REDI*, 1972, vol.XXV, pp. 327-348. Por lo que respecta al impacto de la Constitución de 1978 en el sistema conflictual español, pueden verse provechosos estudios específicos, como los debidos a S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desarrollo y normalización constitucional del DIPr. español”, *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio González Campos*, Madrid, 2005, pp. 1139-1163; R. ARROYO MONTERO, “Derecho internacional privado y Constitución: proyección en la Jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *REDI*, 1988, vol.XL, pp. 89-103; J.A. CARRILLO SALCEDO, “L’evolution du droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974”, *TCFDIP*, 1991-1993, pp. 121-134; J.M. ESPINAR VICENTE, “Constitución, desarrollo legislativo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1986, vol.XXXVIII, pp. 109-134; J.M. ESPINAR VICENTE, “De lo tradicional y de lo nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 273-322; M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Reencuentro con la jurisprudencia republicana en materia de divorcio internacional”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, 1984, núms.20/21, pp. 107-121; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El Anteproyecto de Constitución y el Derecho internacional privado español”, ponencia presentada en la Reunión de Profesores de Derecho internacional sobre Constitución y Derecho internacional, Madrid, 9-10 febrero 1978.

<sup>19</sup> J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “De nuevo sobre la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales”, en *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/nuevo-la-drittwirkung-los-derechos-fundamentales/>), diciembre 2017.

cónyuges, debe protegerse e implementarse el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Los derechos fundamentales presentan también una fuerte eficacia horizontal (= entre particulares), lo que afecta, se dice, a las normas de conflicto de leyes, ya se acepte una configuración mediata (= "indirecta", sólo en la medida en la que venga establecida por la Ley) o inmediata (= "directa", derivada de la misma Constitución) de la *Drittwirkung*.

En efecto, una norma jurídica no puede dar preferencia a la ley nacional del varón como Ley reguladora del régimen económico matrimonial en los casos internacionales. Ello vulnera el derecho de la mujer a no ser discriminada en sus relaciones económicas con su marido. Toda persona tiene derecho a no ser discriminada por razón de su sexo no sólo por el Estado sino también en sus relaciones jurídicas con cualquier otro sujeto individual. El legislador no puede admitir puntos de conexión que conducen a una discriminación de la esposa frente al marido, porque ello sería admitir que el derecho de no discriminación por razón de sexo no rige en las relaciones entre particulares. Tal resultado es contrario a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución y otros textos legales internacionales.

12. Si se profundiza en esta dirección, surge, cierto es, la famosa "*paradoja del iraquí*" o "*quaestio germanica*". Una norma de conflicto como el art. 9.3 CC en su redacción de 1974, es inconstitucional aunque las normas materiales de la Ley designada a través de un punto de conexión discriminatorio pudieran resultar más favorables para la persona que las de su propia Ley (= *quaestio germanica* o "paradoja del iraquí"). Así, en efecto, la aplicación de la Ley nacional del marido (alemana) puede resultar más beneficiosa para la mujer que la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio (Ley iraquí) o que la Ley nacional de la mujer (Ley iraquí). Sin embargo, ello resulta irrelevante porque no se puede privilegiar la aplicación de una Ley o de otra Ley en virtud de un criterio de conexión intrínsecamente discriminatorio, basado en el mero sexo de uno de los cónyuges. Así lo ha recordado, entre otras, la SAP Barcelona 14 abril 2016 [regímenes económico matrimoniales]<sup>20</sup>. Se trata de argumentos bien destacados, igualmente, por B. BAREL / ST. ARMELLINI y T. BALLARINO<sup>21</sup>.

13. El legislador español, -con pertinaz y señalado retraso, eso es verdad-, comprendió el mensaje lanzado por la Constitución y erradicó del Derecho internacional privado español las normas de conflicto con conexiones discriminatorias contra la mujer. Así, el art. 9.2 y 3 CC en su redacción de 1974, que hacía aplicable la "Ley nacional del marido" a los efectos del matrimonio, fue derogado por la misma Constitución Española en virtud de su eficacia directa desde la promulgación de la misma (STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002 citada). Dichos preceptos fueron expresamente derogados por la Ley 11/1990 de 15 de octubre, que introdujo conexiones no discriminatorias para fijar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial<sup>22</sup>. El punto de conexión "nacionalidad del marido" reflejaba un concepto no constitucional de la familia: ordenación jerárquica de la familia, prevalencia del varón-marido sobre la mujer-esposa, etc. No respondía a los valores constitucionales de igualdad entre varón y mujer e igualdad entre los esposos.

14. Merece la pena recordar las palabras del Tribunal Constitucional al respecto en su STC 39/2002 de 14 febrero 2002, pues se trata de una sentencia de relevancia axiológica fundamental para el Derecho internacional privado español: "[e]ste Tribunal, partiendo de la Constitución y de los textos comunitarios e internacionales sobre la igualdad, ha reaccionado siempre frente a toda norma o acto aplicativo que supusiese la discriminación de la mujer, alineándose así tanto con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 22 de febrero de 1994 [TEDH 1994, 9], Caso Burghartz,

<sup>20</sup> SAP Barcelona 14 abril 2016 [JUR 2016\147664].

<sup>21</sup> B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 49-50; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 88-89; T. BALLARINO, "Norme costituzionali di eguaglianza e il diritto internazionale privato", *Studi in onore di M. Udina*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 921-949; T. BALLARINO, "Il marito perde anche la legge applicabile", *Foro padano*, 1987, pp. 163-180.

<sup>22</sup> Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo en BOE núm.250 de 18 octubre 1990.

*en relación con la determinación del apellido familiar) como con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otros Tribunales Constitucionales. En este mismo sentido, la Sentencia de 22 de febrero de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con relación a un supuesto que guarda esencial identidad al que es objeto de nuestro estudio, declaró inconstitucional el art. 15, apartados 1 y 2, primer párrafo, de la Ley de Introducción del Código Civil Federal en cuanto establecía la ley personal del marido como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, afirmando que tal preferencia resulta contraria al principio de igualdad, con independencia de que el resultado de la aplicación de la norma sea o no más beneficioso para la mujer; pues basta con la preterición de ésta para que haya de entenderse lesionado el art. 3.2 de la Ley Fundamental, y sin que pueda considerarse que constituya una justificación constitucionalmente legítima del otorgamiento de preferencia a la ley personal del marido a los indicados efectos que el establecimiento de tal punto de conexión confiera una mayor certeza a la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio (...) como ya se ha anticipado el desajuste de la norma cuestionada con la Constitución tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso concreto es más o menos favorable a la mujer. Ello dependerá de la ordenación sustantiva del régimen económico del matrimonio que resulte aplicable, pero, antes de ello, la discriminación constitucionalmente proscrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro. La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad".*

15. Como es normal, natural y lógico, el Tribunal Constitucional español no es un legislador ni puede actuar como tal. Por ello, no precisó dicho tribunal cómo debía integrarse la laguna legal que se produce ante la inconstitucionalidad del art. 9.3 CC. Indica la sentencia antes citada: *"Todo ello conduce derechamente a la estimación de la presente cuestión, restando únicamente por precisar que no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes les corresponde integrar, por los medios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del inciso del precepto cuestionado pudiera producir en orden a la fijación de un punto de conexión subsidiario"*. Tras este silencio necesario del Tribunal Constitucional, tocó hablar a los tribunales ordinarios de Justicia y a la doctrina.

### **3. Incidencia del factor tiempo en la precisión de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial**

#### **A) Matrimonios celebrados antes del día 29 de diciembre de 1978**

16. Como se ha indicado, en 1974 el art. 9.3 CC recibió una nueva redacción que hacía aplicable al régimen económico matrimonial, en defecto de pacto, la Ley nacional común, y en el caso de cónyuges de distinta nacionalidad, la Ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio. Conexión, en aquellos tiempos, que encajaba perfectamente con los principios básicos que vertebraban el Derecho Privado español de la época: unidad jurídica de la familia (= todos los miembros la familia ostentan la misma nacionalidad) y prevalencia del varón-marido como cabeza de familia en una ordenación jerárquica y heteropatriarcal de la misma (= todos los miembros de la familia siguen la nacionalidad del marido y padre y las relaciones familiares quedan íntegramente sujetas a la Ley nacional del marido y padre).

17. En relación con los matrimonios celebrados antes del 29 diciembre 1978, cabe, pues, subrayar que el art. 9.3 CC pre-constitucional se mantuvo formalmente en el Código civil hasta la Ley 11/1990, que derogó dicho texto. No obstante, el precepto dejó de estar vigente, en lo relativo a la aplicación de la *"Ley nacional del marido"*, el día 29 de diciembre de 1978. En efecto, dicha norma quedó radicalmente derogada por la Constitución Española de 1978 desde la fecha indicada, el 29 diciembre 1978, día en el

que se publicó oficialmente en el BOE y entró en vigor la Constitución Española<sup>23</sup>. Así lo dejó claro el TC en su STC 39/2002 de 14 febrero 2002.

**18.** Ello suscita un problema de precisión normativa, pues legítimo es dudar en lo relativo a la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de aquellos matrimonios celebrados antes del 29 diciembre 1978 y cuyos efectos se prolongan después de tal fecha. Dos tesis han propuesto.

**19.** La primera tesis es la defendida con brazo de acero por el Tribunal Constitucional español. Se trata de la tesis de la aplicación de las normas de conflicto pre-constitucionales a la determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la Constitución Española pero que se prolongan tras dicha fecha. Esta posición ha sido seguida, como no podía ser de otro modo, también por la jurisprudencia de los tribunales de justicia. Consiste en someter todos los efectos legales de estos matrimonios a la Ley nacional del marido, que era la conexión vigente en el momento de celebración del matrimonio, aunque sea ésta una conexión pre-constitucional, anti-constitucional y evidentemente discriminatoria. La tesis se sustenta en dos poderosos argumentos.

En primer lugar, para estos tribunales, la entrada en vigor de la CE 1978 no produce efecto jurídico alguno sobre estas situaciones jurídicas generadas antes de la Constitución Española de 1978. Por tanto en primer término esta tesis se edifica sobre la falta de retroactividad absoluta de la Constitución Española. Ésta se proyecta al futuro tras el 29 de diciembre de 1978. Es decir, la Constitución española no regula, en principio, las situaciones jurídicas creadas y nacidas antes de su entrada en vigor. Se rata, pues, de un "argumento constitucional-normativo": la Constitución es una norma jurídica no retroactiva.

En segundo lugar, la solución que consiste en aplicar las normas de conflicto anteriores a la Constitución Española de 1978 comporta un "beneficio constitucional formal". En efecto, esta solución comporta una "permanencia de la Ley aplicable", especialmente al régimen económico matrimonial, y por ello, refuerza la seguridad jurídica de situaciones legales nacidas antes de la Constitución de 1978. Así lo han enfatizado el Tribunal constitucional y muchos otros tribunales de justicia (STC 39/2002 de 14 febrero 2002; STS 11 febrero 2005 [aplicación de la Ley de la vecindad civil balear del marido]; STS 6 octubre 1986; SAP Barcelona 29 abril 2016 [ley aplicable al régimen económico matrimonial], SAP Barcelona 24 marzo 2009 [aplicación de la Ley nacional del marido, Ley boliviana], SAP Barcelona 20 mayo 2009 [vecindad civil catalana]; SAP Castellón 6 octubre 2001; SAP Illes Balears, Sección 4ª, de 10 septiembre 2002; SAP Castellón 22 noviembre 2002; STS 24 enero 2006; SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [matrimonio celebrado en Suiza en 1972 entre español y suiza ambos con residencia habitual en España: aplicación de la Ley nacional del marido]; SAP Barcelona 12 febrero 2013; RDGRN 15 marzo 2017 [matrimonio entre polaco y española anterior a 1981]; RDGRN 11 mayo 2017 [régimen económico de matrimonio celebrado antes de la entrada en vigor de la Constitución y sujeto al consorcio aragonés])<sup>24</sup>. Se trata, así, de un "argumento de seguridad jurídica", que, al fin y al cabo, es un principio constitucional recogido en el art. 9.3 CE<sup>25</sup>. Se beneficia así la estabilidad legal para los particulares, que

<sup>23</sup> Disposición Final de la Constitución Española: "*Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el boletín oficial del Estado. Se publicará también en las demás lenguas de España*". Vid. el texto oficial de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 publicado en BOE núm. 311 de 29 diciembre 1978 ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229)).

<sup>24</sup> STC 39/2002 de 14 febrero 2002 [RTC 2002\39]; STS 11 febrero 2005 [RJ 2005\1407]; STS 6 octubre 1986 [R.5327]; SAP Barcelona 29 abril 2016 [CENDOJ 08019370162016100127]; SAP Barcelona 24 marzo 2009 [AC 2009\1383]; SAP Barcelona 20 mayo 2009 [JUR 2009\401032]; SAP Castellón 6 octubre 2001 [JUR 2002\14619]; SAP Illes Balears 10 septiembre 2002 [JUR 2002\272157]; SAP Castellón 22 noviembre 2002 [CENDOJ 12040370032002100028]; STS 24 enero 2006 [CENDOJ 28079110012006100052]; SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [CENDOJ 35016370052007100412]; SAP Barcelona 12 febrero 2014 [CENDOJ 08019370052014100096]; RDGRN 15 marzo 2017 [BOE 80 de 4 abril 2017]; RDGRN 11 mayo 2017 [BOE núm. 127 de 29 mayo 2017].

<sup>25</sup> Artículo 9 de la Constitución Española: "*1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. | 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. | 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las*

no se ven sometidos a cambios legales que podrían ser imprevisibles y retroactivos y, por tanto, injustos. Los particulares tienen derecho a la aplicación de las normas jurídicas vigentes en el momento en el que nace la situación jurídica (= el matrimonio). Ello se traduce, en el caso de un matrimonio celebrado antes del 29 de diciembre de 1978, en la aplicación al régimen económico matrimonial, de la Ley nacional del marido al tiempo de la celebración de dicho matrimonio y eso a pesar de que el matrimonio se prolongue más allá de dicha fecha. Por ello, cabe observar que esta tesis comporta la aplicación de normas de Derecho internacional privado contrarias a la CE 1978 en relación con efectos legales posteriores a la entrada en vigor de la CE 1978, lo que resulta llamativo. Así, un apartamento que adquieren en 2016 dos cónyuges de distinta nacionalidad casados en 1977 pertenecerá a la sociedad de gananciales si la Ley nacional del marido indica que es ése el régimen económico matrimonial de la pareja. La Ley nacional del marido se resiste a decir adiós todavía en el alba de la tercera década del siglo XXI.

**20.** Una segunda tesis fue sugerida por diversos expertos legales para evitar, precisamente, que el régimen económico matrimonial siguiera sometido a la Ley nacional del marido más allá del 29 de diciembre de 1978. Se trata de la tesis de la división de los efectos legales del matrimonio en el tiempo. Frente a la anterior tesis sostenida por el Tribunal Constitucional, podría sostenerse que los efectos jurídicos del matrimonio posteriores a la entrada en vigor de la CE 1978, pueden ya quedar sujetos a la Ley nacional del marido. En efecto, como indica el TC, “*después de la entrada en vigor de la Constitución no pueden aplicarse preceptos contrarios al principio de igualdad, perpetuando en el presente postconstitucional una situación discriminatoria nacida al amparo de una legislación preconstitucional*” (STC 80/1982 de 20 diciembre 1982)<sup>26</sup>. Esta solución se sustenta en una afirmación radical: no pueden aplicarse al régimen económico matrimonial, simple y llanamente, las Disposiciones Transitorias del Código Civil, lo que podría conducir a una aplicación prorrogada de normas de DIPr. anti y pre constitucionales y a la Ley nacional del marido. En efecto, el legislador constituyente ha manifestado una voluntad de reordenación de las relaciones sociales presididas por nuevos valores y tales nuevos valores constitucionales (= "igualdad jurídica entre varón y mujer") presentan una mayor importancia que los valores que trata de salvaguardar tales Disposiciones Transitorias, como el respeto a los “derechos adquiridos” o la “seguridad jurídica”. El legislador constituyente ha expresado una voluntad de “rehacer el entero orden social” a partir de los valores constitucionales y dicho objetivo debe prevalecer, como sagazmente expresara en su momento M.A. AMORES CONRADÍ<sup>27</sup>. Ello impediría, de modo absoluto, que normas preconstitucionales e inconstitucionales se aplicasen más allá de la fecha de entrada en vigor de la Constitución española. En conclusión, esta teoría defiende que la Constitución española de 1978 presenta una “retroactividad de grado medio”, de modo que dicha norma se debería aplicar a los efectos jurídicos que, aunque hayan podido nacer antes de la entrada en vigor de la misma, se prolongan tras la entrada en vigor de la misma, y en la medida en que ello sea así. Esta tesis defiende un “efecto inmediato” de la Constitución, como sostuvo el gran jurista P. ROUBIER<sup>28</sup>. Pues bien, los efectos del matrimonio posteriores a la Constitución de 1978 no deberían regirse por la Ley nacional del marido, sino que habrán de regirse por otra Ley estatal designada por otro punto de conexión no discriminatorio. Ante la laguna legal, puede acudir a la Ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, o en su defecto, podrá darse aplicación a la Ley del país de celebración del matrimonio. Esta solución fue sugerida por SAP Barcelona 17 abril 2007 [matrimonio entre español

---

*disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”.

<sup>26</sup> STC 80/1982 de 20 diciembre 1982 [RTC 1982/80].

<sup>27</sup> M.A. AMORES CONRADÍ, “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo DIPr. de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación”, *ADC*, 1987, pp. 89-138; *Id.*, “Arts. 9.2 y 9.3 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 79-84; *Id.*, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, enero-agosto 1991, pp. 44-51; *Id.*, “Art. 9.2 y 3 CC”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 181-205; *Id.*, “Régimen económico matrimonial (Derecho internacional privado)”, en AA.VV., *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTOYA MELGAR, Ed.Civitas, Madrid, 1995, pp. 5692-5693.

<sup>28</sup> P. ROUBIER, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*. 2ª edition entièrement refondue by Paul Roubier, Dalloz et Sirey, Paris, 1960, reseñado con maestría por F. DE CASTRO Y BRAVO en *REDI*, vol. 14, No. 1/2, 1961, pp. 242-244.

y suiza con primer lugar de residencia habitual común en Alemania]<sup>29</sup>. Se trata de una interpretación creativa similar a la seguida en otros países, como puede observarse en la sentencia de la *Corte di cassazione* de Italia de 4 julio 2006<sup>30</sup>. Sin embargo, no es ésta la tesis que ha seguido el Tribunal Constitucional español. En la argumentación de dicho tribunal ha pesado más el principio de seguridad jurídica que la total, radical y completa eliminación del punto de conexión "nacionalidad del marido" en el caso de matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la Constitución española pero que prolongan sus efectos más allá de tal fecha.

## **B) Matrimonios celebrados entre el día 29 de diciembre de 1978 y el día 7 de noviembre de 1990**

**21.** La Ley 11/1990 eliminó y derogó la referencia a la Ley nacional del marido que se contenía en el art. 9.3 CC (redacción de 1974). A partir del día 7 de noviembre de 1990, día en el que entró en vigor la citada Ley 11/1990, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, -al margen de capitulaciones matrimoniales-, quedó fijada a través del art. 9.2 CC que remitía a la "*ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo*". En defecto de esta ley, debía aplicarse "*la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio*". A falta de esta elección, el régimen económico matrimonial quedaba sujeto a la "*ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración*", y, a falta de dicha residencia, el régimen económico matrimonial se debía regular "*por la del lugar de celebración del matrimonio*". Como se observa, fue eliminada toda referencia a la Ley nacional del marido. Todos los puntos de conexión del art. 9.2 redactado en 1990 fueron escrupulosamente ajustados a los principios constitucionales.

**22.** Se planteaba, de todos modos, la cuestión de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de los matrimonios celebrados tras el 29 diciembre 1978 pero antes del día 7 de noviembre de 1990, día en el que entró en vigor de la Ley 11/1990. Entre tales fechas, el antiguo art. 9.3 CC remitía a la Ley nacional del marido. Sin embargo, como se verá seguidamente, aunque el texto estaba ahí, en el Código Civil, la referencia que el precepto citado hacía en favor de la Ley nacional del marido no estaba ya vigente desde que entró en vigor la Constitución española de 1978.

**23.** Pues bien, el régimen económico matrimonial de los matrimonios celebrados después del 29 diciembre 1978 pero antes del 7 de noviembre de 1990 nunca pueden quedar sujetos a la Ley nacional del marido. La razón es sencilla: en el momento de celebrarse el enlace, la Constitución española ya estaba vigente por lo que dar aplicación a la Ley nacional del marido es una solución jurídica inconstitucional que infringe la igualdad de los esposos ante la Ley (art. 32 CE 1978). Ciertamente es que el legislador español, perezoso y descuidado, mantuvo durante doce años en el texto del Código Civil, ese artículo 9.3 CC que remitía a la Ley nacional del marido para fijar el Derecho regulador del régimen económico matrimonial en casos internacionales en los que los esposos con diferente nacionalidad. Pero no menos cierto era que aplicar la Ley nacional del marido al régimen económico matrimonial de matrimonios celebrados tras el 29 de diciembre de 1978 era una solución contraria a la Constitución. Dicha solución sería contraria a la ya vigente Constitución española de 1978. Por ello, como indica el TC, el antiguo art. 9.3 CC, cuando remitía a la "*Ley nacional del marido*" estaba ya derogado radicalmente por la CE 1978 desde el 29 diciembre 1978 (STC 39/2002 de 14 febrero 2002), como antes se ha afirmado.

**24.** Es el caso que resuelve la SAP Barcelona 30 julio 2019. Se trataba de un matrimonio celebrado el 14 de febrero de 1982 entre un varón sujeto, en dicho momento, a la vecindad civil común y una mujer de vecindad civil catalana. En el momento de contraer matrimonio ambos cónyuges residían en Barcelona y tras su celebración fijaron su residencia en esta ciudad. No se otorgaron capitulaciones matrimoniales.

<sup>29</sup> SAP Barcelona 17 abril 2007 [CENDOJ 08019370182007100180].

<sup>30</sup> Sentencia de la Corte Costituzionale Italiana núm. 254/2006, de 4 julio 2006 [<http://www.giurcost.org/decisioni/2006/0254s-06.html>].

Pues bien, el art. 9.3 CC, en su redacción dada por la Ley de Bases del Título Preliminar del Código Civil del año 1973, -que era la redacción que constaba en el Código Civil en el momento de celebración del matrimonio-, remitía a la Ley de la vecindad civil de marido: vecindad civil de Derecho común. Sin embargo, ese precepto estaba ya derogado por la misma Constitución española de 1978. Su aplicación era imposible e improcedente, por más que el legislador ordinario no hubiera reemplazado el texto del art. 9.3 CC (redacción de 1974) por otra regulación normativa acorde con la Constitución española.

**25.** Se genera de este modo una laguna legal que debe integrarse con arreglo a los mecanismos generales del ordenamiento jurídico español: analogía, costumbre y principios generales del Derecho. Ello abre tres opciones operativas razonables que han sido adoptadas por la jurisprudencia española.

**26.** Primera opción. A través de tales instrumentos heurísticos, el tribunal debe emplear un nuevo punto de conexión no discriminatorio y, por tanto, en plena sintonía con la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, punto de conexión que conducirá a la Ley aplicable al régimen económico matrimonial relativo a los matrimonios celebrados tras el 29 de diciembre de 1978. Se puede acudir, así, a la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio o, en su defecto, a la Ley del país de celebración del matrimonio. Esta solución, que recoge los dos últimos puntos de conexión introducidos por la Ley 11/1990 en el art. 9.2 CC y hoy vigente, es la mayoritaria en la jurisprudencia y es la que siguió la SAP Barcelona 30 julio 2019 [régimen económico y matrimonio celebrado en 1982] aquí comentada. La aplicación de la ley del lugar de residencia habitual de los cónyuges fijada tras la celebración del matrimonio también fue acogida por el art. 107 CC para fijar la Ley aplicable al divorcio en el caso de cónyuges de distinta nacionalidad o vecindad civil, aunque el precepto se refería a la Ley de la residencia habitual de los cónyuges en el momento del divorcio o separación judicial, no en el momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Otro ejemplo lo constituye, explica J. RODRÍGUEZ RODRIGO, el supuesto objeto de la SAP Badajoz 18 enero 2019 [Fuero del Baylío]<sup>31</sup>. Se trataba de un matrimonio entre varón de vecindad civil común y mujer aforada al Fuero del Baylío, celebrado tras la entrada en vigor de la Constitución española pero antes de la reforma del art. 9 CC por Ley 11/1990, estima que no puede aplicarse el art. 9.2 y 3 del Código civil en su redacción formalmente vigente al contraer el matrimonio pues remite a la Ley correspondiente a la vecindad civil del varón<sup>32</sup>. Al comprobar que ambos cónyuges siempre estuvieron empadronados en Valencia del Ventoso, el tribunal aplica la Ley de la residencia habitual común posterior al matrimonio y aplica el Fuero del Bailío y el régimen de comunidad total de bienes. Todo ello lo justifica el sentenciador, ante la laguna legal, en una aplicación analógica de la norma de conflicto en materia de separación y divorcio contenida en el art. 107 CC, texto hoy derogado. En definitiva, se observa el amanecer de una conexión fuerte y brillante en el sector del régimen económico matrimonial: la residencia habitual de los cónyuges, cuyas ventajas como punto de conexión son conocidas<sup>33</sup>.

**27.** Segunda opción. Sin necesidad de encontrar un nuevo punto de conexión, el tribunal puede decidir, de modo directo, cuál es el régimen económico del matrimonio a partir de los datos de hecho del caso. Así, en relación con un matrimonio celebrado entre aragonés y catalán celebrado en 1988, la SAP Huesca 13 enero 2009 [régimen económico matrimonial de cónyuges aragonés y catalán] indica

<sup>31</sup> SAP Badajoz 18 enero 2019 [ECLI:ES:APBA:2019:25].

<sup>32</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "El fuero del Baylío, a propósito del comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 18 enero 2019", *CDT*, octubre 2019, vol. 11, n.2, pp. 747-759.

<sup>33</sup> En tal sentido, el diálogo sobre los méritos y los inconvenientes de las conexiones nacionalidad y residencia habitual puede seguirse, entre otros muchos estudios, en las aportaciones de L. D'AVOUT, "Lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle", en *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, lextenso editions Paris, 2014, pp. 15-41; D.F. CAVERS, "Habitual Residence: A Useful Concept?", *The American University Law Review*, 1971-1972, pp. 475-493; E.D. GRAUE, "Domicil, Nationality and Proper Law of the Persons", *German Yearbook of International Law*, 1970, vol.19, pp. 254-277; M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, 2004; P. MANKOWSKI, "Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute", *IPRax*, 2017-2, pp. 130-139; M. VERWILGHEN (dir.), *Nationalité et statut personnel. Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales*, Bruselas-París, Bruylant / LGDJ, 1984.

que no puede aplicarse la norma de conflicto hoy vigente (art. 9.2 CC redacción por la Ley 11/1990), pues no lo estaba en 1988, ni tampoco la vigente en 1988, ya que conducía a aplicar la Ley nacional o de la vecindad civil del marido al tiempo del matrimonio, ya que es inconstitucional<sup>34</sup>. De modo que el tribunal aplica el régimen de separación de bienes “*con fundamento en los actos propios de las partes exteriorizados mediante la elección de ese régimen ante notario en las diversas escrituras públicas de disposición de bienes inmuebles otorgadas constante matrimonio*”. Sin embargo, esta opción, basada en una “Justicia del Kadí” introduce una fuerte dosis de inseguridad jurídica. Por ello, sólo puede empelarse en casos en los que resulte, de modo evidente, que la voluntad de las partes ha sido optar, sin sombra de duda alguna, en favor de un concreto régimen económico matrimonial.

28. Tercera opción. Se puede aplicar analógica y retroactivamente la Ley 15/1990, visto que contiene criterios no discriminatorios (RDGRN 9 julio 2014 [efectos del matrimonio y Ley alemana como Ley del lugar de celebración del matrimonio])<sup>35</sup>. Esta posibilidad conduce, en realidad, a la aplicación de la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio o, en su defecto, a la Ley del país de celebración del matrimonio. De este modo, aunque a partir de presupuestos valorativos y normativos distintos, esta tercera opción lleva a los mismos resultados que la primera opción examinada (= utilización de dos puntos de conexión neutros no discriminatorios).

### III. La emergencia de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

29. La SAP Barcelona 30 julio 2019, aquí comentada, suscita ciertas reflexiones que llaman al estudioso del Derecho internacional privado a meditar sobre la función del Derecho internacional privado en general, y sobre la búsqueda del mejor punto de conexión para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en particular<sup>36</sup>. Estas reflexiones retrotraen al operador jurídico a tiempos pasados. A la Edad Media, cuando se forja el Derecho internacional privado, cuando las primeras y verdaderas normas de conflicto ven la luz y los expertos juristas de la época, los estatutarios, buscan la mejor conexión para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

30. En los siglos XII y XIII, estos estudiosos estatutarios indicaron que los efectos del matrimonio debían regirse por la Ley del país de celebración del matrimonio. El razonamiento fue sencillo. El matrimonio era, para los estatutarios medievales, un contrato entre los esposos. Así lo consideraba el Derecho canónico. Por ello, debía regirse por la misma Ley que regulaba, en los casos internacionales, los contratos. Es la posición de G. DURANT, PETRUS DE BELLEPERCHE, CINUS DE PISTOIA y JEAN FABRE<sup>37</sup>. Al fin y al cabo, el matrimonio se consideraba un contrato y el régimen económico del matrimonio era,

<sup>34</sup> SAP Huesca 13 enero 2009 [CENDOJ 22125370012009100061].

<sup>35</sup> RDGRN 9 julio 2014 [R. 2014/4480].

<sup>36</sup> Un debate que puede profundizarse, en relación con la búsqueda de los mejores puntos de conexión para las materias que componen el “estatuto personal”, entre otros, en los trabajos de A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *CDT*, 2010, vol 2, n. 1, pp. 186-202 y de G. KHAIRALLAH, “Le statut personnel à la recherche de son rattachement”, en *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, lextenso editions Paris, 2014, pp. 485-496.

<sup>37</sup> Vid. B. ANCEL, “Les conclusions sur les status et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français”, *RCDIP*, 2011, pp. 21-38; B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017; F. GAMILLSCHEG, *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin, Tübingen, 1955; M. GUTZWILLER, “Le développement historique du droit international privé”, *RCADI*, 1929-IV, t.29, pp. 287-400; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), Paris, 1888, conocr.pp. 273-279; E.M. MEIJERS, “L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale”, *RCADI*, 1934, vol.49, pp. 543-686; ID., *Étude d'histoire du droit international privé*, Centre Nationale de la recherche scientifique, Paris, 1967; J. WESLAKE / F. TOPHAM, *A Treatise on Private International Law; With Principal Reference to its Practice in England (Reprint de la edición de Sweet & Maxwell, de 1912)*, 2008; H.E. YNTEMA, “The Historic Bases of Private International Law”, *AJCL*, 2, 1953, pp. 297-317.

simplemente, un efecto legal del contrato de matrimonio. Esta tesis fue seguida en España por la Partida IV, título XI, Ley 24, que indica que el régimen económico matrimonial debe sujetarse a la “*costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*”.

**31.** Sin embargo, la posición estatutaria medieval pronto se reveló demasiado simple. Conducía a resultados no deseables. En efecto, el país de celebración del matrimonio podía ser casual o anecdótico. Ello llevaba a aplicar la Ley de dicho país al régimen económico matrimonial, de manera que éste quedaba sujeto a una Ley de un país que, en realidad, no tenía nada que ver con la economía matrimonial y con el patrimonio de la familia. Una Ley de aplicación imprevisible para los cónyuges. La solución disparaba los costes conflictuales para los cónyuges, obligados a disolver y a gestionar su régimen económico matrimonial con arreglo a una Ley que probablemente no conocen y con arreglo a la cual no se ha desarrollado la economía del matrimonio en cuestión. En la crisis surge el genio. Y el genio llega de la mano de una mente prodigiosa. En el siglo XVI, CHARLES DUMOULIN, con un *approche visionnaire*, escribe B. BOURDELOIS, considera que el régimen económico matrimonial constituye un “contrato”<sup>38</sup>. Explica de modo transparente G. PARRA ARANGUREN que en 1524 el inmarcesible CHARLES DUMOULIN, en su famosísimo *Consilium LIII* (53) resolvió, a sus 23 años, el caso de los esposos *De Ganey* en favor de la Ley del primer domicilio conyugal<sup>39</sup>. En este litigio, los herederos de la señora *De Ganey* se preguntaban cuál era la Ley (*coutume*) aplicable a los bienes del matrimonio *De Ganey*, a falta de capitulaciones matrimoniales. En París, donde los esposos *De Ganey* instalaron su domicilio, estaba vigente un régimen de comunidad de bienes (art. 110 *coutume* de París). En Lyon, donde el señor *De Ganey* había adquirido bienes, no existía régimen de comunidad de bienes. CHARLES DUMOULIN considera que el régimen económico matrimonial constituye un “contrato”. En consecuencia, debe aplicarse al mismo la Ley elegida por los cónyuges. CHARLES DUMOULIN indicó que los cónyuges podían elegir dicha Ley de modo tácito o implícito. Subrayó que ambos cónyuges eligieron, tácitamente, la Ley de París como aplicable a su régimen económico matrimonial, y la eligieron al fijar en París el primer domicilio conyugal (*primum domicilium semper inspiciendum*, *Consilium LIII*, núms. 19 y siguientes). Indica Ch. DUMOULIN que los cónyuges podían haber excluido la aplicación del régimen de comunidad de bienes parisino mediante la redacción de unos pactos o capitulaciones matrimoniales pero que no lo hicieron. Ello probaba su voluntad en favor de la aplicación del régimen de comunidad de bienes propio del Derecho de París. En suma, CHARLES DUMOULIN considera que existía una elección de Ley aplicable a los bienes del matrimonio ejercitada de forma tácita en favor de la Ley del primer domicilio de los cónyuges. Según Ch. DUMOULIN, las normas del Derecho de París se aplican al caso a título de normas pactadas por los cónyuges / contratantes, no como normas pertenecientes al estatuto real. La tesis contraria fue sostenida por B. D'ARGENTRÉ, que defendía la aplicación de la Ley del lugar de situación de los bienes inmuebles [*immobilia reguntur lege loci*], pues entendió que la cuestión afectaba a la “propiedad de los bienes”. Esta célebre “*famossissima quaestio*” se saldó con la clamorosa victoria de CHARLES DUMOULIN, de la Ley elegida por los cónyuges y de la Ley del país del domicilio común de los mismos. Es posible que CHARLES DUMOULIN exagerase al estimar que la elección de un lugar de domicilio conyugal era un modo de llevar a cabo una elección tácita en favor de la Ley de dicho lugar para regir el régimen económico matrimonial. Sin embargo, la semilla del ingenio estaba ahí sembrada: la Ley más adecuada para regir el régimen económico matrimonial es la Ley del domicilio de los esposos tras el matrimonio.

**32.** Emociona pensar y comprobar que la apuesta por la Ley elegida por los cónyuges y en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual común de los esposos, soluciones ambas gestadas por Ch. DUMOULIN en Francia en el siglo XVI, fue una propuesta acertada cuyos ecos duran ya siglos y llegan hasta el siglo XXI, como se comprueba en la sentencia de la *cour de cassation* francesa de 14 noviembre 2006 [la Ley rectora de los efectos del matrimonio es la Ley del primer domicilio

<sup>38</sup> B. BOURDELOIS, “Relations familiales internationales et *professio juris*”, en *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, Lextenso editions Paris, 2014, pp. 137-154; B. BOURDELOIS, “Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 934-943.

<sup>39</sup> G. PARRA ARANGUREN, *El régimen de los bienes en el matrimonio en el derecho internacional privado*, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 7-10.

conyugal])<sup>40</sup>. Y no sólo eso. Que ambas conexiones son las mejores conexiones en el sector del régimen económico matrimonial parece indiscutible, también, para el legislador europeo. Estos dos puntos de conexión comportan la aplicación de una Ley próxima a los cónyuges, esto es, una Ley que conlleva reducidos costes de información jurídica para tales sujetos. No extraña, pues, que el legislador europeo los haya acogido 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<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> *Bulletin*, 2006, n. 472, p. 405. Texto en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007053139>.

<sup>41</sup> DOUE L 183 de 8 julio 2016. La bibliografía sobre este Reglamento 2016/1103 es ya inmensa. *Vid. ad ex.*: E. ALINA OPREA, "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *CDT*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596; I. ANTÓN JUÁREZ, "La oposición del régimen económico matrimonial y la protección del tercero en Derecho Internacional Privado", *CDT*, 2017, pp. 59-75; B. AÑOVIROS 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; I. AQUIRONI, "L'addebito della separazione nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea", *CDT*, 2017, pp. 76-88; A. ARCERI, *I regimi patrimoniali della famiglia in prospettiva europea*, 2016; J. BACHMANN, *Die neuen Rom IV-Verordnungen: auf dem Wege zu einem einheitlichen Güterkollisionsrecht für Ehegatten und eingetragene Partner*, Remscheid, Gardez! Verlag, 2016; 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", *JDI Clunet*, 2017, pp. 485-514; C. BRIDGE, "Le nouveau droit communautaire des régimes matrimoniaux (loi applicable et limitation des risques d'insécurité juridique)", *Petites affiches*, 406e année, n° 201, 2017, pp. 9-14; P. BRUNO, *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate. Commento ai Regolamenti (UE) 24 giugno 2016, n.1103 e 1104 applicabili dal 29 gennaio 2019*, Editorial Dott. A Giuffrè - Editore, Milano, 2019; M. BUSCHBAUM / U. SIMON, "Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés", *RCDIP*, 2011, pp. 801-816; M.A. CEBRIÁN SALVAT, "Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho internacional privado español", *CDT*, 2018, pp. 127-143; 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*, 2017, pp. 1103-1155; A. DUTTA, "Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union: ein Abriss der europäischen Güterrechtsverordnungen", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 63, 23, 2016, pp. 1973-1985; A. DUTTA/J. WEBER (HRSG.), *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen: Tagungsband zu einem wissenschaftlichen Symposium des Deutschen Notar Instituts und der Universität Regensburg am 10. Februar 2017 in Würzburg*, München, C.H. Beck, 2017; M. ESSER, *Die Beendigung ehelicher Güterstände mit Auslandsbezug in Deutschland und Frankreich: eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und französischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Kommissionsvorschlüsse zur EhegüterVO und PartgüterVO sowie der Regelungen zur Wahl-Zugewinngemeinschaft*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2016; O. FERACI, "L'incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull'ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà", en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>); O. FERACI, "Sul ricorso alla cooperazione rafforzata in tema di rapporti patrimoniali fra coniugi e fra parti di unioni registrate", *RDI*, 2016, pp. 529-537; 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", *CDT*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 457-476; S. GUILLIOD, *Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten: ehevertragliche Gestaltungsmöglichkeiten in schweizerischen, deutschen und schweizerisch-deutschen Sachverhalten im Bereich des Güterrechts, der beruflichen Vorsorge und des Unterhalts aus Sicht des schweizerischen und des deutschen Rechts*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Baden-Baden, Nomos, 2016; B. HEIDERHOFF, "Vorschläge zur Durchführung der EU – Güterrechtsverordnungen", *IPRax*, 37, 3, 2017, pp. 231-238; N. JOUBERT, "Le dernière pierre [provisoire?] à l'édifice de droit international privé européen en matière familiale", *RCDIP*, 2017-1, pp. 1-26; P. LAGARDE, "Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés", *RDIPP*, LII, 3, 2016, pp. 676-686; S. LAIMER, "Eingeschränkte Rechtswahl im internationalen Güterrecht für Eheleute und registrierte Lebenspartner: eine sinnvolle Begrenzung der Parteiautonomie durch die neuen EU-Güterrechtsverordnungen?", *Juristische Blätter*, 139, 9, 2017, pp. 549-559; E. LAUROBA LACASA / M.E. GINEBRA MOLINS (dir.), *Régimes matrimoniaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe*, LGDJ, 2016; E.M. MAGRONE, "Un'Europa a geometria supervariabile in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali?: prime considerazioni sui Regolamenti 2016/1103 e 2016/1104", en *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1131-1140; E. MALAGOLI, "Regime patrimoniale dei coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni civili: i Regolamenti UE 'gemelli' n. 2016/1103 e n. 2016/1104", *Contratto e impresa. Europa*, XXI, 2, 2016, pp. 828-838; S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'unione Europea*, Giuffrè, 2019; S. MARINO, "Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships", *CDT*, 2017, pp. 265-284; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, *Determinación del régimen jurídico de la economía conyugal en los ámbitos europeo e intraestatal español*, Ed. Reus, 2018; H. MOTA, "El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV: algunos problemas y omisiones", *CDT*, 2013, vol. 5, N° 2, pp. 428-447; R.M. DE GENS MOURA RAMOS, "La spécificité des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés dans le droit international privé de l'Union Européenne" (The Specificity of the Property Effects of Registered Partnerships in the European Union's Private international law)", *Anuario español de Derecho internacional privado*,

33. En primer lugar, recuerda el Considerando 45 de dicho reglamento que "*el presente Reglamento debe autorizarles a elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes, entre las leyes con las que tengan una estrecha conexión en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad*". Ello se hace, indica el mismo texto, "[p]ara facilitar a los cónyuges la administración de su patrimonio", esto, es para que dicha gestión se realice a un coste asumible para los cónyuges (*vid.* art. 22 R.2016/1103).

34. En segundo término, a falta de elección de la Ley aplicable, "*y para conciliar la previsibilidad y la seguridad jurídica atendiendo a la vida real de la pareja*", el Reglamento citado opta por la Ley del país de la "*primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio*", como indica el Considerando 49 del reglamento y corrobora el art. 26 del mismo. La nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio queda, pues, como criterio meramente subsidiario del primer criterio aplicable en defecto de elección de Ley. Esto es, en tercera posición, a falta de ley elegida por los cónyuges y de un país de primera residencia común habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Se asiste al crepúsculo dorado de la nacionalidad como un criterio de conexión, también, en lo que se refiere al régimen económico matrimonial. Dorado es este atardecer de la nacionalidad como punto de conexión porque ésta, recuerda J. BASEDOW, no ha desaparecido del mapa conflictual del DIPr. europeo<sup>42</sup>. Ahí sigue, pero su posición es ya, observa L. WALKER, subsidiaria de la subsidiaria<sup>43</sup>. Así se aprecia en este art. 26 R.2016/1103 y también en el art. 8 Reglamento Roma III<sup>44</sup>. De un modo más débil, pero no por ello menos cierto, el

---

vol. XVIII, 2018, pp. 45-60. H. MOTA, "La protección de terceros en el Reglamento (UE) 2016/1103" (Protection of Third Parties in the Regulation (UE) 1103/2016), *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. XVIII, 2018, pp. 45-60; C.F. NORDMEIER, "Güterrecht", en M. WELLER (HRSG.), *Europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 221-240; 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", *CDT*, 2017, pp. 300-326; H. PÉROZ / E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille. (Préface de Hélène Gaudemet-Tallon)*, 2<sup>a</sup> ed, LexisNexis, Paris 2017; 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", *JDI Clunet*, 2017, pp. 813-829; P. QUINZÁ REDONDO, "La unificación-fragmentada-del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017; 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", *CDT*, 2018, pp. 7-18; J. RIECK, "Ehe- und Partnerschaftsverträge in Anwendung der EU-Verordnungen", *NJW*, 69, 52, 2016, pp. 3755-3761; G. RING / L. OLSEN-RING, "Das Kollisionsrecht nach den europäischen Güterrechtsverordnungen (Rom IVa- und Rom IVb-VO)", *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis*, 21, 9, 2017, pp. 321-330; A. RODRÍGUEZ BENOT, "Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea", *CDT*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50; C. RUDOLF, "Vereinheitlichtes Güterkollisionsrecht für Ehegatten und eingetragene Partner: europäische Güterrechtsverordnungen", *Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 58, 4, 2017, pp. 171-182; C.S. RUPP, "Die Verordnung zum europäischen internationalen Ehergüterrecht aus sachenrechtlicher Perspektive", *GPR*, 13, 6, 2016, pp. 295-304; D.-A. SIMOTTA, "Die internationale Zuständigkeit nach den neuen europäischen Güterrechtsverordnungen", *ZVglRWiss.*, 116, 1, 2017, pp. 44-92; R. SCHUZ, "Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st century", *Journal of Private international Law*, 2019, pp. 1-49; P. TWARDUCH, "Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais", *RCDIP*, 3, 2016, pp. 465-477; I. VIARENGO, "Il coordinamento tra gli accordi di scelta della legge applicabile nei regolamenti comunitari in materia di famiglia e di successioni", en *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1181-1186; I. VIARENGO, "Choice of law agreements in property regimes, divorce, and succession: stress-testing the new EU regulations", *ERA-Forum*, 17, 4, 2016, pp. 543-554; I. VIARENGO, "Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea", *RDIPP*, 2018, vol. 54, pp. 33-58; I. VIARENGO, "Rapporto sull'applicazione in Italia del Regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale ('Roma III')", en S. BARIATTI/I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, Padova, CEDAM, 2016, pp. 397-404; 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", *RDIPP*, 2017, pp. 355-371.

<sup>42</sup> J. BASEDOW, "Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union", *IPRax*, 2011-II, pp. 109-115.

<sup>43</sup> L. WALKER, "Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU", *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2018-2, pp. 225-261

<sup>44</sup> Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como "Reglamento Roma III".

declive de la nacionalidad también es perceptible en los arts. 21 y 22 del Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que ha desplazado el imperio absoluto de la Ley nacional del causante que regía bajo la aplicación del art. 9.8 CC, precepto en el que dicho punto de conexión reinaba sin discusión alguna ni rival<sup>45</sup>. Ha perdido potencial localizador a los ojos del legislador europeo, como se ha visto, pero también para el legislador nacional, como se comprueba en los arts. 9.4 y 9.6 CC [Ley aplicable a la filiación por naturaleza y Ley aplicable a las medidas de protección de menores y adultos], preceptos redactados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996<sup>46</sup>. En defecto de elección de Ley, la residencia habitual de la persona, de los cónyuges, de las parejas registradas, del causante, toma el poder como punto de conexión preferido por el legislador europeo y español en sectores propios del estatuto personal, antes espacio protegido y reino categórico de la Ley nacional. Y es que, como ha destacado A. DUTTA, la economía matrimonial presenta una relación más estrecha con el país donde los cónyuges instalan su residencia que con el país cuya nacionalidad ostentan los cónyuges<sup>47</sup>.

El realismo de la conexión "residencia habitual" es su fuerza, como han destacado, entre otros muchos, N. JOUBERT y CH. CHALAS<sup>48</sup>. En el campo del régimen económico matrimonial, la lógica interna de la residencia habitual común de los cónyuges permite una gestión y una administración de la economía matrimonial a un coste reducido<sup>49</sup>.

Frente a ello, el formalismo de la conexión "nacionalidad" es su debilidad, apunta G.P. ROMANO<sup>50</sup>. Ello explica por qué, en la práctica, los tribunales y las autoridades administrativas emplean un conjunto muy extenso de mecanismos legales para evitar la aplicación de la Ley nacional. En verdad, la nacionalidad es una conexión moderna y romántica, que evoca el origen de la persona. Por el contrario, como escribe E. DI NAPOLI, la residencia habitual es una conexión post-moderna, líquida, flexible y cambiante, que aparece ligada a la vida real de las personas, hoy día sujeta a cambios constantes en el tiempo y en el espacio<sup>51</sup>. Visto que el siglo XXI es un siglo post-moderno alejado de construcciones y explicaciones generales, cerradas, amplias y totalizadoras, la residencia habitual emerge de modo brillante como la conexión ideal para regular, a falta de elección de Ley por las partes, el régimen económico matrimonial en los casos internacionales.

<sup>45</sup> DOUE L 201 de 27 julio 2012.

<sup>46</sup> *Vid.* Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en BOE núm. 180 de 29 julio 2015. *Vid.* Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996 en BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010.

<sup>47</sup> A. DUTTA, "Der gewöhnliche Aufenthalt – Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts", *IPRax*, 2017-2, pp. 139-146.

<sup>48</sup> N. JOUBERT, "La résidence de l'enfant du divorce face à la demande de modification de la décisions relative à la garde et aux aliments" (nota a Sent. TJUE 15 febrero 2017, C-499/15)", *RCDIP*, 2018-1, pp. 138-143; CH. CHALAS, "Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le Règlement Bruxelles II bis", *RCDIP*, 2018-I, pp. 115-125.

<sup>49</sup> En tal sentido, *vid.* J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 33-39.

<sup>50</sup> G.P. ROMANO, "La bilateralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personne", *RCDIP*, 2006, pp. 457-520. También P. MANKOWSKI, "Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute", *IPRax*, 2017-2, pp. 130-139 y del mismo modo, igualmente, P. LAGARDE, "Nota a Sent. TJUE 2 marzo 2010, *Janko Rottmann*", *RCDIP*, 2010, pp. 540-558 y G. SCHULZE, "Das Personalstatut bei ineffektiver Mehrstaatigkeit (BGH, S. 609)", *IPRax*, 2016, pp. 575-578, que pone de relieve que la nacionalidad no efectiva no manifiesta, en realidad, ninguna conexión entre la persona y el país cuyo pasaporte posee.

<sup>51</sup> E. DI NAPOLI, "A place called home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno", *RDIPP*, 2013, vol. 49, núm. 4, pp. 899-922. En el mismo sentido, M.-P. WELLER, "Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie", *IPRax*, 2014-3, pp. 225-233.