

REGLAMENTO 2016/1103, A PROPÓSITO DEL COMENTARIO
DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA, DE 7 MAYO 2019

REGULATION 2016/1103, WITH OCCASION OF COMMENTARY
OF THE JUDGMENT OF THE APPEAL COURT
OF BARCELONA, 7TH MAY 2019

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 14.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5214>

Resumen: En la sentencia objeto de comentario, la AP de Barcelona aplica el artículo 9.2 CC para determinar la ley rectora del régimen económico del matrimonio de una pareja de diferente nacionalidad. Por las circunstancias del caso, la conexión concurrente es la tercera del precepto mencionado del CC. Hemos aprovechado el comentario de esta sentencia para analizar la normativa aplicable por los jueces españoles, en materia de competencia judicial internacional y de ley aplicable, en los dos escenarios siguientes que hemos planteado. Por un lado, hemos supuesto que la demanda se interpone después del 29 de enero de 2019 y que el matrimonio se ha celebrado también después de esa fecha. En esta situación, la normativa aplicable sería el Reglamento 2016/1103, tanto para determinar la competencia judicial como para concretar el Derecho aplicable. Por otro lado, analizamos el supuesto real del caso objeto de comentario, cual es, que la demanda se ha planteado antes del 29 de enero del 2019 y que el matrimonio se celebró también antes de ese momento. En este contexto, el juez español debió haber aplicado la LOPJ, para saber si tenía competencia en el caso, y efectivamente aplicó el artículo 9.2 CC, en el sector de la ley aplicable. Esto último, porque podemos deducir de los datos del caso, que la pareja no ha realizado capitulaciones matrimoniales.

Palabras clave: régimen económico del matrimonio, artículo 9.2 Código Civil español, artículo 22 quáter c) LOPJ, Reglamento 2016/1103.

Abstract: In the judgment object of comment, the Appeal Court of Barcelona applies article 9.2 Spanish Civil Code to determine the law of the matrimonial property regime related to a different nationality couple. Due to the circumstances of the case, the concurrent connection is the third of the mentioned precept. We have taken advantage of the commentary of this judgment to analyze the legal framework applicable by Spanish judges, regarding international jurisdiction and applicable law, in the following two contexts. On the one hand, we have assumed that the action is brought after January 29, 2019 and that the marriage has also been held after that date. In this situation, the Regulation 2016/1103 would be applicable, both to determine international jurisdiction and to specify the applicable law. On the other hand, let's analyze the real assumption of the case under review, which is that the lawsuit was brought before January 29, 2019 and that the marriage was also held before that time. In this context, the Spanish judge should have applied the internal production text, to know if he had jurisdiction in the case, and the Spanish judge applied article 9.2 Spanish Civil Code, in the sector of the applicable law. In this

last case, because we can deduce the data of the case, that the couple has not established a matrimonial property agreement.

Keywords: matrimonial property regime, article 9.2 Spanish Civil Code, article 22 quáter c) LOPJ, Regulation 2016/1103.

Sumario: I. Hechos del caso; II. Normativa aplicada; 1. Competencia judicial internacional. 2. Ley aplicable; III. Reglamento 2016/1103; 1. Competencia judicial internacional; 2. Ley aplicable; IV. Conclusiones.

I. Hechos del caso

1. En la resolución objeto de comentario, la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia sobre un recurso de apelación interpuesto en relación con una sentencia de uno de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de esta circunscripción¹.

El motivo del recurso está relacionado con la liquidación del régimen económico matrimonial de una pareja heterosexual, de nacionalidad cubana, ella, y de nacionalidad italiana, él. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer, del que procede la sentencia recurrida, declaró la disolución del matrimonio por causa de divorcio, así como, la disolución del régimen económico de separación de bienes.

2. A través del recurso de apelación que interpone la esposa, la recurrente plantea dos cuestiones. Por un lado, reclama que se le haya denegado la compensación económica por razón del trabajo prevista en el Código Civil de Cataluña. Por otro, pide una revisión al alza, tanto en cuantía como en tiempo, de la pensión compensatoria. En relación con esto último, la esposa solicita que se eleve de 300 a 500 euros esta pensión y que se otorgue durante 3 años, en lugar de los 2 años que estableció el Juzgado de Primera Instancia. De los dos motivos de apelación, en este comentario vamos a centrarnos en el primero, en el relativo al régimen económico matrimonial.

II. Normativa aplicada

3. Esta SAP de Barcelona es muy sencilla, al menos, en lo que respecta al régimen económico del matrimonio. No resuelve ningún problema complicado ni establece ninguna jurisprudencia relevante en esta materia. Lo único que hace es aplicar el artículo 9.2 CC y determinar que el Derecho rector es el guatemalteco, por ser Guatemala el lugar de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, y concluir que, por tanto, el Código Civil catalán no puede ser tenido en cuenta en este caso. Así, por ello, rechaza la reclamación de la esposa en relación con la compensación por razón de trabajo prevista en este texto foral de Cataluña. Esto es todo.

Pese a lo anterior, vamos a aprovechar esta sentencia para introducir en el debate el Reglamento 2016/1103 y hacer un estudio comparativo entre la solución a la que se habría llegado aplicando esta norma europea y ésta a la que se llega con la aplicación de la norma de producción interna el foro, con el artículo 9.2 CC español².

¹ SAP de Barcelona, de 7 mayo 2019 (ECLI:ES:APB:2019:4774).

² Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DOUE L183, de 8 de julio 2016.

Vid., los siguientes comentarios, artículo por artículo, del Reglamento: AA.VV., *The EU Regulations on matrimonial and patrimonial property*, Oxford University Press, 2019; J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentario a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

1. Competencia judicial internacional

4. Tenemos que empezar por el principio y debemos tratar, en primer lugar, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, aunque en esta sentencia no se cuestione. Antes de continuar, hemos de tener presente que no conocemos los datos de la sentencia de origen, salvo los que pueden extraerse del texto de la sentencia que resuelve el recurso de apelación contra ella. Por esta razón, a lo largo de la exposición haremos suposiciones lógicas para poder desarrollar una explicación coherente de la materia.

5. No tenemos datos exactos del momento de interposición de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barcelona, pero tampoco hace falta tenerlos. Sabemos que la demanda se interpuso antes del 29 de enero de 2019 -ya que la resolución judicial es la número 254/2016-, fecha importante para saber si, en relación con la competencia judicial internacional, el juzgado debe aplicar el Reglamento 2016/1103 o la norma de producción interna del foro.

6. En efecto, la norma europea regula los tres sectores del Derecho Internacional Privado, esto es, la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la validez extraterritorial de decisiones judiciales, en relación con el régimen económico del matrimonio³. Espacialmente, el Reglamento se ha adoptado por el mecanismo de cooperación reforzada y se aplica en 18 Estados miembros, entre ellos, España⁴. Por último, desde el punto de vista temporal, la fecha anteriormente mencionada es determinante. Así, respecto de la competencia judicial internacional, se aplicará a las demandas interpuestas después del 29 de enero de 2019. Y, en relación con la ley aplicable, a los matrimonios celebrados con posterioridad a esa fecha⁵. Esto quiere decir que el Reglamento, si bien se aplica a las demandas interpuestas a partir del 29 de enero 2019, si el asunto se refiere a un matrimonio celebrado con anterioridad a esa fecha, el juez competente no puede aplicarlo para determinar el Derecho regulador de los efectos económicos de la pareja; deberá acudir en este caso a las normas de conflicto existentes en su ordenamiento –los artículos 9.2 y 9.3 CC, en el caso español–⁶.

³ *Vid.*, en relación con lo anterior, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Diario La Ley*, nº 40, 30 septiembre 2016; P. QUINZÁ REDONDO/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*, t. XIII, 2013, p. 516. Según este último autor, “*El Derecho de familia ha sido el verdadero protagonista de todo este fenómeno, pudiendo hablarse así del proceso de europeización del Derecho internacional privado de familia*”.

⁴ *Vid.*, en este sentido, K. BOELE-WOELKI, “Property relations of international couples in Europe: the interaction between unifying and harmonizing instruments”, en *Grenzen überwinden, Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, 2011, pp. 63-72.

Los Estados europeos parte de la norma son los siguientes: Bélgica, Bulgaria, República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Suecia y Chipre

⁵ H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, pp. 125-126; 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*, nº 2, 2017, p. 493; L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, pp. 808-809; C. NOURISSAT/M. REVILLARD, “Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Deffrénois*, nº 17, 15 septembre 2016, p. 883; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, p. 5; 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*, t. XVII, 2017, p. 832; P. WAUTELET, “What’s Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 223.

No se aplicará, por tanto, a elecciones de ley realizadas antes del 29 de enero de 2019, aún cuando las partes hayan acordado que tengan efectos después de esa fecha (D. COESTER-WALTIJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 196).

⁶ L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, p. 809; E. GALLANT, “Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples”, *Europe*, mars 2017, p. 7.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 julio 1889.

7. En nuestro caso, al haberse planteado la demanda en primera instancia antes del 29 de enero de 2019, el juez español ante el que se planteó tuvo que haber aplicado la norma de producción interna en la materia para saber si tenía foro para ser competente; tuvo que haber aplicado, por tanto, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, el proceso se inicia por demanda de divorcio, por lo tanto, el juez español debió haberse declarado primero competente por razón de esta materia. Debió haber aplicado, para ello, el Reglamento europeo 2201/2003, regulador de la competencia judicial internacional y de la validez extraterritorial de decisiones, en cuestiones de divorcio, nulidad matrimonial y separación judicial -suponiendo que temporalmente el supuesto de hecho se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la norma⁷⁻⁸.

8. El Reglamento de crisis matrimoniales ofrece, en su artículo 3, siete foros para que el tribunal ante el que se interponga la demanda pueda declararse competente. Foros como la nacionalidad común de los cónyuges, la residencia habitual común, la última residencia habitual común cuando uno de ellos continúe residiendo allí, la residencia habitual del demandado, la residencia habitual del demandante -con requisitos- y la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges cuando la demanda de plantee de mutuo acuerdo. Con los datos del caso que conocemos, sabemos que el divorcio se plantea de forma contenciosa, por lo tanto, este último foro de la residencia habitual de cualquiera de ellos no podría ser utilizado. Tampoco el de la nacionalidad común de los cónyuges concurre, ya que, como antes se ha puesto de manifiesto, la esposa es de nacionalidad cubana y el marido de nacionalidad italiana.

Hemos de entender, por tanto, que en España los cónyuges tenían su residencia habitual común en el momento en el que se interpuso la demanda, o la tenían y uno de ellos seguía residiendo aquí en ese momento, o la tenía el demandado -el esposo- o la esposa -la demandante-, con los requisitos, en este último caso, que establece el Reglamento en este punto.

9. Con el foro en materia de divorcio, el Juzgado de Primera Instancia declara la ruptura del vínculo conyugal y la disolución del régimen económico matrimonial. En relación con esto último, hay que distinguir dos realidades, la disolución del régimen económico del matrimonio y la liquidación del mismo.

La disolución determina la ley del divorcio, esta normativa será la que indique si el divorcio conlleva o no la disolución del régimen económico matrimonial. En cambio, para conocer cuál es el régimen económico del matrimonio y cómo se liquida, habrá que aplicar la ley reguladora de los efectos del matrimonio, esto es, la normativa mencionada anteriormente, el Reglamento 2016/1103 o el Código Civil español, según el caso.

10. En la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Barcelona, el juez determinó que el régimen que une a los cónyuges es el de separación de bienes -aplicando la norma de conflicto en esta materia de régimen económico matrimonial- y, por esta razón, acuerda que *“cada cónyuge habrá de recuperar la posesión de sus bienes privativos y enseres personales ya que el régimen económico matrimonial de las partes era el de separación de bienes, de modo que se autoriza a la demandante para que previo acuerdo con el demandado, puede acudir al domicilio como una retirar aquellos enseres y bienes de su exclusiva propiedad que aún permanezcan en el lo cual habrá de hacerse en presencia de las dos partes y de sus abogados. Las discrepancias sobre la titularidad de determinados bienes no son objeto de este procedimiento debiendo dirimirse en su caso en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC”*.

⁷ Al respecto sabemos que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona es la número 254/2016 y que la fecha de aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 es 1 de marzo de 2005 (art. 72).

⁸ Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, DOUE L338, de 23 diciembre 2003; conocido, también, como Reglamento Bruselas II bis.

Actualmente, el Reglamento 2201/2003 ha sido sustituido por el Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 junio 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE L178, de 2 julio 2019. Este nuevo texto será aplicable, con carácter general, a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 105).

Para ello, habrá debido tener competencia, también, en materia régimen económico del matrimonio. Vamos a analizar si la tenía.

11. Nos situamos en el marco de la normativa de producción interna española, ya que, como ya ha sido explicado anteriormente, el Reglamento europeo 2016/1103 no es de aplicación en este caso por haberse interpuesto la demanda antes del 29 de enero de 2019.

La LOPJ, el actual artículo 22 quáter c), unifica ante los mismos tribunales españoles la competencia en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges y en materia de nulidad, divorcio o separación. Por lo tanto, con la actual redacción de este precepto de la LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, el tribunal español competente en materia de divorcio también lo será en materia de régimen económico del matrimonio⁹. Por otro lado, los foros que contiene el artículo son los mismos que ofrece el Reglamento 2201/2003, son una copia de ellos. De lo anterior se puede concluir que los jueces españoles competentes para conocer del divorcio en virtud del Reglamento europeo, también serán competentes para conocer del régimen económico del matrimonio en virtud de la LOPJ.

Anteriormente al 1 de octubre de 2015, fecha en la que entró en vigor esta redacción del precepto 22, quáter, c), el antiguo artículo 22 LOPJ establecía también esa unificación de materias pero no recogía los mismos foros que contiene el Reglamento 2201/2003 -es lógico, el texto europeo en ese momento, 2 de julio de 1985, no existía-. Los foros que contenía el antiguo artículo 22.3º, en esta materia de relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y de divorcio, separación y nulidad matrimonial, eran los siguientes: *cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro*. Esto significa que, si la demanda se interpuso antes del 1 de octubre de 2015, estos tribunales españoles, competentes para conocer del divorcio en virtud del Reglamento 2201/2003, también serían competentes para conocer del régimen económico del matrimonio si los cónyuges tenían residencia habitual en España al tiempo de presentación de la demanda, ya que, ni el demandante ni el demandado tenían nacionalidad española en ese momento.

2. Ley aplicable

12. Una vez que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer se declara competente para conocer de la demanda de divorcio -y del régimen económico del matrimonio- nos vamos, ahora, a la sentencia objeto de comentario para analizar la ley aplicable a los efectos económicos de la pareja.

13. La Audiencia Provincial de Barcelona aplica el artículo 9.2 CC, y hace bien. En efecto, por lo que respecta al Reglamento 2016/1103, como el matrimonio no se ha celebrado después del 29 de enero de 2019, no puede ser aplicado para determinar la ley aplicable. Según consta en la sentencia, el matrimonio se celebra el 31 de octubre de 2002. Debemos presumir, también, que los cónyuges no han realizado capitulaciones matrimoniales, ni antes ni después de esa fecha 29 de enero de 2019. Si las hubiera habido, si hubiera habido elección de ley aplicable al régimen económico de la pareja y ésta se hubiera realizado después del 29 de enero de 2019, el Reglamento europeo sí sería aplicable en este segundo sector del Derecho Internacional Privado. Por otro lado, si las hubiera habido y se hubieran realizado antes de esa fecha, la AP de Barcelona tendría que haber tenido en cuenta, también, el artículo 9.3 CC para concretar la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio.

Por todo lo anterior, partimos del supuesto de que el matrimonio no ha otorgado capitulaciones matrimoniales. Con esta premisa, y teniendo en cuenta la fecha de celebración de la unión conyugal, la normativa aplicable a los efectos económicos de la pareja es la de producción interna del foro, el artículo 9.2 CC.

⁹ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 174, de 22 julio 2015.

14. Este precepto contiene varios puntos de conexión, ordenados de manera jerárquica. Así, en primer lugar, se ha de estar a la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de contraer el matrimonio; nacionalidad común que no tenían. En defecto de lo anterior, se tendrá en cuenta la ley elegida por ambos en documento auténtico, antes de la celebración del matrimonio, siempre que sea la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos; tampoco existía. En tercer lugar, en defecto de las conexiones anteriores, la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio determinará la ley aplicable. Esta conexión sí concurre. Los cónyuges establecieron su residencia habitual común después del matrimonio en Guatemala. Por lo tanto, tal como indica la Audiencia Provincial de Barcelona, la ley aplicable debe ser la guatemalteca, y no el Código Civil catalán que reclama la esposa. En cuarto lugar, por último, aunque en nuestro caso no se llegue a ella, la conexión es el lugar de celebración del matrimonio. Conexión, esta última, de cierre y relevante, ya que, aunque pueda no representar en el momento de interposición de la demanda una vinculación con el matrimonio, es importante ya que es cierta, esto es, siempre tiene que haber un lugar de celebración del matrimonio y, por tanto, con ella, siempre tendremos ley aplicable al régimen económico de la pareja en el caso de que fallen las conexiones anteriores del precepto.

15. Vamos a detenernos en este tercer punto de conexión, la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Lo determinante de esta conexión es saber qué se entiende por *inmediatamente después*. En este sentido, siguiendo el tenor literal del artículo 9.2 CC, residencia habitual inmediatamente después del matrimonio es aquella que tienen los cónyuges justo después de contraer nupcias.

Si después de la celebración del matrimonio la pareja no reside de forma habitual en ningún sitio, este tercer punto no podría operar y tendría que pasarse a la última conexión.

El concepto de residencia habitual es el que utiliza el TS español cuando interpreta el artículo 40 CC¹⁰. Así es, por residencia habitual se debe entender el lugar en el que los cónyuges se encuentran viviendo y donde quieren seguir estando. Residencia habitual es, pues, un concepto fáctico que requiere la “permanencia física” en un lugar (*domus colere*) y la “voluntad de permanecer” en ese sitio (*animus manendi*).

Aun sabiendo lo que debe considerarse por residencia habitual común *inmediatamente posterior* al matrimonio, existen sentencias que han establecido que concurre tal residencia habitual común después de transcurridos tres meses de la celebración de las nupcias. Así, en el caso de la SAP Granada, de 13 de abril de 2005, el tribunal consideró que los cónyuges, que se encontraban en Alemania cuando celebraron el matrimonio, tuvieron residencia habitual común, inmediatamente después del mismo, en España, al trasladarse aquí a los tres meses del enlace¹¹. Según el órgano judicial, “*el concepto de residencia habitual (vid. STS 13-7-1996 [RJ 1996, 5583] excluye el concepto de domicilio o paradero provisional, accidental o esporádico. Como señala la STS 21-4-1972 (RJ 1972, 1859) no basta la presencia física de una persona en un determinado lugar para integrar su domicilio, hace falta, además la residencia habitual con intención de permanecer más o menos indefinidamente (animus manendi), residencia y domicilio son términos distintos ya que aquella, que es la elegida en la norma de reenvío y no la del domicilio o paradero, exige y requiere la habitualidad (STS 23-4-1970 [RJ 1970, 2031]) entendida no como la permanencia más o menos larga e ininterrumpidamente en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse de forma efectiva y permanente en un lugar (STS 25-9-1954 [RJ 1954, 2348]) ya que el simple hecho de permanecer en un sitio por un lapsus de tiempo más o menos largo, no implica por sí, voluntad cierta de permanecer en él ni hacerlo residencia habitual como sede estable jurídica y legalmente de la persona, sino aquella población o país, decía la STS 20-11-1906 a la que la persona se traslada su casa y familia para ejercer en ella su profesión u oficio por tiempo indeterminado. La circunstancia imprevista y accidental de que los esposos tras contraer matrimonio en Alemania el 28 de julio de 1980 se mantuvieran en ese país a la espera o hasta el nacimiento del hijo común ocurrido el*

¹⁰ STS 21 abril 1972, ECLI:ES:TS:1972:2317; STS 23 abril 1970 (RJ 1970\2031); STS 25 septiembre 1954, ECLI:ES:TS:1954:1081; STS 13 julio 1996 (RJ 1996\5583); STS 22 marzo 2001, ECLI:ES:TS:2001:2327; RDGRN 22 febrero 1996 (RJ 1996\3386).

¹¹ SAP Granada, de 13 de abril 2005 (JUR 2005\138285).

17 de octubre de ese año sin otra razón que evitar los riesgos que suponía el embarazo y al traslado de la madre en este estado de gestación a España, país al que pocos días después del parto el matrimonio trasladó definitivamente su residencia hacer aplicable, contrariamente a lo defendido por la apelante la ley española como ley de la primera y, en realidad, única residencia habitual del matrimonio durante sus más de 20 años de duración” (FD Primero).

En este caso, si bien que es verdad que el órgano jurisdiccional justifica que no puede considerarse *residencia habitual* la presencia del matrimonio en Alemania –por la falta del *animus manendi*, fundamentalmente–, lo cierto es que, precisamente por no poder concretar una residencia habitual inmediatamente después del matrimonio, esta tercera conexión no debería haber concurrido en este caso y se tendría que haber pasado a la cuarta y última que ofrece el precepto. Así es, podemos estar de acuerdo con el tribunal en el hecho de que en Alemania la pareja no tenía residencia habitual y sí en España. Pero esa residencia habitual en España, no concurre inmediatamente después del matrimonio. Como vemos, dependiendo de cómo se interprete esto último *-inmediatamente después-*, la ley aplicable vendría determinada por la tercera conexión del precepto o por la conexión de cierre del mismo.

Esta tercera conexión del artículo 9.2 CC es muy parecida a la que recoge el Reglamento de régimen económico matrimonial para determinar la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, en defecto de elección de Derecho por parte de los contrayentes (art. 26.1.a). En efecto, como veremos más adelante, este precepto mencionado indica que el Derecho rector del régimen económico matrimonial, en el caso de que los cónyuges o futuros cónyuges no acuerden nada al respecto, será el de la primera residencia habitual común de los esposos tras del matrimonio.

III. Reglamento 2016/1103

15. En este apartado vamos conocer si, en el caso de referencia, los tribunales españoles habrían sido competentes en materia de régimen económico del matrimonio y la ley que tendrían que haber aplicado, todo ello, si el supuesto de hecho se encontrara en el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103.

1. Competencia judicial internacional

17. Si la demanda se hubiera interpuesto a partir del 29 de enero de 2019, el Reglamento europeo habría sido la norma a tener en cuenta por parte de los jueces españoles para saber si podían haber sido competentes en relación con los efectos económicos del matrimonio.

En este caso, bajo la cobertura del texto europeo, los órganos jurisdiccionales españoles habrían contado con un foro. Este único foro es el de acumulación de competencias del artículo 5.

18. Según el precepto mencionado, cuando exista un tribunal de un Estado contratante del Reglamento 2016/1103, que esté conociendo de la crisis matrimoniales en virtud al Reglamento 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de ese Estado también serán competentes para conocer del régimen económico matrimonial de la pareja. En nuestro caso, suponiendo, como estamos haciendo, que los jueces españoles conocieron del divorcio con base en el Reglamento 2201/2003, siguiendo el artículo 5 del Reglamento 2016/1103, también ellos serían competentes para conocer de los efectos económicos de la pareja. Ahora bien, dependiendo del foro del Reglamento de crisis por el que estén conociendo de la demanda de divorcio, se necesitará, o no, acuerdo de los cónyuges para la acumulación de la competencia en materia de régimen económico del matrimonio ante ellos.

19. Estos escenarios en los que se precisa de la voluntad común de los contrayentes para que el tribunal de la crisis sea competente también del régimen económico matrimonial son los siguientes (art. 5.2).

En primer lugar, cuando el órgano jurisdiccional competente sea el del Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y haya residido allí al menos un año antes de la interposición

de la demanda. Esto es, cuando el órgano jurisdiccional sea competente en base al artículo 3.1.a) quinto guión del Reglamento 2201/2003.

En segundo lugar, cuando el órgano jurisdiccional sea competente en virtud del artículo 3.1.a) sexto guión del Reglamento de crisis matrimoniales. Por lo tanto, cuando se trate del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el demandante tenga su residencia habitual, haya residido allí al menos 6 meses antes de la interposición de la demanda y sea nacional de dicho Estado miembro –o tenga el *domicile* en el caso del Reino Unido o Irlanda-.

En tercer lugar, cuando se trate del órgano jurisdiccional que vaya a resolver la conversión de la separación judicial en divorcio en virtud al foro del artículo 5 del Reglamento 2201/2003. Según este precepto, este órgano jurisdiccional competente será el que lo fue en el proceso anterior de separación judicial.

En cuarto y último lugar, cuando el juez competente lo sea por el foro de competencia residual del artículo 7¹². En virtud de este foro, cuando, según el Reglamento 2201/2003, ningún tribunal de un Estado parte resultara competente, el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda acudirá a las normas de competencia judicial internacional de su ley para comprobar si tiene foro para declararse competente¹³.

20. En los dos primeros supuestos recogidos en el artículo 5.2, el factor que determina la competencia es la residencia habitual del demandante. Precisamente, el posible carácter discriminatorio de estos foros, sobre todo aquel en el que se tiene en cuenta también la nacionalidad del demandante, es lo que ha podido llevar al legislador europeo a exigir el acuerdo de los cónyuges para que ese órgano jurisdiccional sea competente, también, para conocer del régimen económico matrimonial¹⁴. De esta manera, no se impone la voluntad del demandante frente al otro cónyuge¹⁵.

21. En relación con las excepciones a la acumulación automática de competencias ante el órgano jurisdiccional que conoce de la crisis matrimonial, debido a la necesidad de acuerdo de los cónyuges al respecto, dependerá de la voluntad de ellos que conozcan los mismos órganos jurisdiccionales de ambas cuestiones –disolución del vínculo conyugal y régimen económico matrimonial-. Por lo tanto, el objetivo de acumulación de competencias en estas materias relacionadas podría verse truncado por esa voluntad de los cónyuges¹⁶.

¹² El artículo 7 del Reglamento 2201/2003 es ahora el artículo 6 del nuevo Reglamento 2019/1111. Del mismo modo que respecto a los preceptos 3 y 5 no ha habido cambio en la redacción -salvo por la supresión del *domicile* en los foros del artículo 3-, el artículo 7 si ha sufrido modificación en el nuevo artículo 6. Así, la competencia residual en el Reglamento 2019/1111 indica que, “1. *Con sujeción al apartado 2, si de los artículos 3, 4 o 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.* 2. *Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.* 3. *Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro.*”

¹³ Este artículo 7 del Reglamento 2201/2003 no va a permitir que los tribunales españoles tengan competencia por las normas de producción interna, ya que, como ya se ha comentado antes, con la reforma de la Ley 7/2015, de 21 de julio, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el actual artículo 22. quáter.c) tiene el mismo contenido en esta materia de crisis matrimoniales que el Reglamento europeo. Por lo tanto, si por el Reglamento los tribunales españoles no son competentes, por la LOPJ tampoco lo van a ser, salvo que concurra el foro de sumisión del artículo 22.bis LOPJ.

¹⁴ *Vid.*, en este sentido, 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*, vol. 13, 2011, p. 242; C. GONZÁLEZ BEILFUS, “Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2004, p. 127; P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 331; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, pp. 10-11.

¹⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 35.

¹⁶ J. GRAY/P. QUINZÁ REDONDO, “The coordination of jurisdiction and applicable law in related proceeding: the interaction between the Proposal on matrimonial property regimes and the regulations on divorce and succession”, en *Boundaries of European private international law*, 2015, p. 645.

22. Por último, otro aspecto a destacar en relación con este foro de acumulación de competencias se refiere a si el concreto órgano judicial que está conociendo de la crisis es ante el que debe acumularse la competencia respecto a los efectos económicos. Así es, el Reglamento dice que cuando *un órgano jurisdiccional* de un Estado miembro esté conociendo del proceso de crisis matrimonial en base al Reglamento 2201/2003, *los órganos jurisdiccionales* de ese Estado miembro también conocerán del régimen económico matrimonial. Esto es, alude a un concreto tribunal, como competente en materia de crisis, y a los tribunales de ese Estado, como competentes en materia de régimen económico matrimonial. Parece adecuado quedarnos con la dicción literal del precepto y entender que el legislador busca conseguir que ambos asuntos, la crisis conyugal y el régimen económico matrimonial, sean resueltos en el mismo Estado parte; sin exigir, a estos efectos, que sea el mismo tribunal de ese Estado el que conozca de las dos materias¹⁷.

Por otro lado, también en relación con lo anterior, parece interesante destacar la reflexión del algún autor, en el sentido de que el Reglamento no exige que ambos procedimientos, el de disolución del vínculo conyugal y el de liquidación del régimen económico matrimonial, tengan que ser coetáneos¹⁸. Esto es, no sería necesario que ambos procesos se sustanciara a la vez, que estuviera abierto el primero cuando se inicie el segundo. Esta interpretación del precepto del Reglamento sólo sería posible si admitimos que el foro de acumulación de competencias permite que el régimen económico matrimonial sea conocido por los tribunales del Estado competente en relación con la crisis matrimonial. Dicho de otra manera, sólo podría sostenerse lo anterior si entendemos que el legislador europeo no busca la acumulación de competencias ante el mismo tribunal sino ante el mismo Estado parte de la norma.

2. Ley aplicable

23. En relación con la norma de conflicto que aplicará el tribunal competente para determinar el Derecho rector del régimen económico del matrimonio, el Reglamento 2016/1103 sería el texto a tener en cuenta, como ya se ha comentado anteriormente, si el matrimonio se ha celebrado después del 29 de enero del 2019 o cuando haya habido elección de ley y ésta se hubiera realizado después de esta fecha.

24. Pues bien, suponiendo que el supuesto de hecho se encuentra dentro del ámbito de aplicación temporal del texto europeo, el Reglamento indica la ley aplicable al caso en el artículo 26. Así es, el primer punto de conexión que ofrece la norma es la autonomía de la voluntad, sin embargo, como partimos del supuesto de que no hay elección de ley por los cónyuges, tenemos que pasar a los puntos de conexión subsidiarios del artículo 26.

El primero de estos puntos conexión subsidiarios indica que la ley aplicable es la de la primera residencia habitual común tras el matrimonio (art. 26.1.a). En relación con esta primera conexión subsidiaria, existen dudas acerca de si esa primera residencia habitual común debe ser, inmediatamente después de la celebración del matrimonio, o puede concurrir más tarde. En este sentido, como ya se ha puesto de manifiesto antes, esta conexión es muy parecida a la tercera que existe en el artículo 9.2 CC. El texto europeo, no obstante, ha perfeccionado la concreción del tribunal al tener en cuenta la primera residencia habitual común tras del matrimonio, la cual, puede concurrir inmediatamente después de la

¹⁷ P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 310; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 34; P. FRANZINA, “Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 171; J.L. IGLESIAS BUIGUES, “Artículo 5”, en J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentario a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 82.

En contra, N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, p. 10.

¹⁸ P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 311.

unión conyugal o más tarde¹⁹. Lo que no está claro es cuánto *más tarde* podría aceptarse la concurrencia de esta conexión²⁰. La doctrina propone un período de tres meses después de la celebración del matrimonio; aunque también podrían admitirse seis u ocho meses, dependiendo de las circunstancias del caso²¹.

Además, tampoco está claro si residencia habitual común de los cónyuges implica, necesariamente, una convivencia de ellos o, simplemente, que ambos vivan en el mismo Estado²². Parece lo más lógico entender lo segundo, esto es, habrá residencia habitual común en un Estado cuando los cónyuges vivan en ese Estado, sin que, necesariamente, lo hagan en régimen de convivencia²³. Esta misma interpretación podría sostenerse en el marco de la tercera conexión del artículo 9.2 CC.

25. Por todo lo anterior, la ley aplicable en nuestro caso, en virtud del Reglamento 2016/1103, sería la guatemalteca, al ser Guatemala el país en el que los cónyuges tuvieron su residencia habitual común después del matrimonio. Coincide, por tanto, con la ley a la que conduce el artículo 9.2 CC, aplicado por la Audiencia Provincial de Barcelona en el supuesto.

IV. Conclusiones

26. La sentencia objeto de comentario ha sido la excusa perfecta para estudiar la relación entre diferentes materias de Derecho de familia desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

Así es, hemos tenido ocasión de analizar las normas que debió haber aplicado el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que dictó la sentencia que es ahora objeto de recurso ante la Audiencia Provincial, tanto en relación con la demanda contenciosa de divorcio planteada por la esposa, como con respecto de la liquidación del régimen económico matrimonial. Y, en ambos casos, tanto desde el sector de la competencia judicial internacional como desde el de la ley aplicable.

27. En este sentido, hemos comprobado que la norma de producción interna española en materia de competencia judicial -la LOPJ-, permite la acumulación de la competencia respecto del régimen económico matrimonial, ante los órganos jurisdiccionales que estén conociendo de la crisis conyugal. Todo ello, debido a que el legislador español recoge los mismos foros que contiene el Reglamento europeo de crisis, como foros para conocer de los efectos económicos del matrimonio.

En cuanto a la ley aplicable, las normas no prescriben que la misma ley que se aplica a la crisis matrimonial tenga que ser la rectora de los efectos económicos del matrimonio. Por lo tanto, en relación

¹⁹ 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*, anno LIII, n° 2, 2017, p. 361.

En contra, por no ser una conexión estable y previsible para terceros, S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, n° 1, p. 280.

²⁰ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, n° 1, p. 280. Esta autora considera que la primera residencia habitual tras el matrimonio debería acontecer en un breve período de tiempo tras las nupcias, si se busca conseguir la estabilidad y la previsibilidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Siendo consciente, eso sí, de que esa ley puede no representar una vinculación estrecha con los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda.

²¹ D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 203.

²² A. BONOMI, “The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI/N. DETHLOFF/W. GEPHART (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, p. 232.

²³ A. BONOMI, “The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI/N. DETHLOFF/W. GEPHART (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, p. 247; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, p. 20; D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 203.

En contra de esta solución, S. GODECHOT-PATRIS, “Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux: le changement dans la continuité”, *Recueil Dalloz*, 17 novembre 2016, n° 39, p. 2296.

con esta última materia, el tribunal español aplica el artículo 9.2 CC, el cual remite al Derecho de Guatemala como ley reguladora del régimen económico matrimonial de la pareja.

28. Por otro lado, también hemos aprovechado la ocasión que nos ha brindado el comentario de esta sentencia, para analizar el Reglamento 2016/1103, Reglamento europeo sobre régimen económico del matrimonio. Al regular esta norma los tres sectores del Derecho Internacional Privado, hemos hecho la simulación de qué hubiera pasado en el supuesto de que el tribunal español hubiera aplicado esta norma, tanto para determinar su competencia judicial internacional como para la concreción del ordenamiento aplicable al caso.

Y la conclusión a la que hemos llegado es que, en nuestro supuesto, no habría cambiado nada. Los tribunales españoles, competentes para conocer del divorcio, también habrían sido competentes para conocer del régimen económico de la pareja, en virtud del foro de acumulación de competencias del artículo 5 del Reglamento europeo -siempre que los cónyuges hubieran estado de acuerdo en ello, en el supuesto de que hubiera sido necesario su pacto-. En relación con la ley aplicable, el Derecho de Guatemala sería el ordenamiento rector del régimen económico del matrimonio, en virtud a la primera conexión subsidiaria del Reglamento 2016/1103; del mismo modo que lo es, en el marco de la tercera conexión del artículo 9.2 CC. Esta última coincidencia se debe, no solo a que el Derecho material sea el mismo, sino a que el punto de conexión es el mismo. En realidad, la norma del artículo 9.2 CC no es idéntica a la del artículo 26.1.a) Reglamento de régimen económico matrimonial. Se trata de normas con puntos de conexión muy similares, aunque no idénticas. Ambas indican que la ley aplicable es la de la residencia habitual común después del matrimonio. La diferencia entre ellas se encuentra en que el artículo 9.2 CC exige que esa residencia habitual común sea *inmediatamente* después de las nupcias, requisito éste que no aparece en el precepto del Reglamento europeo. En nuestro caso, este detalle no afecta a que el Derecho aplicable sea el mismo, ya se aplique la norma de producción interna, ya se aplique la norma de origen supranacional.