

# Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión

## Law applicable to marriage property regimes in Regulation 2016/1103 of June 24, 2016. A technical and value analysis of the connecting factors

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho internacional privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado*

*Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 20.04.2023 / Aceptado: 17.05.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8050

**Resumen:** El presente estudio tiene por objeto explorar el sistema de conexiones para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial 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. Los puntos de conexión empleados por el Reglamento son analizados mediante un doble examen, técnico y valorativo. Desde el punto de vista técnico, algunas soluciones podrían haberse presentado con mayor transparencia y coherencia con otros reglamentos europeos. Frente a ello, desde el punto de vista valorativo, debe ponerse de relieve que los criterios de conexión utilizados conducen a soluciones eficientes, previsibles y claras que favorecen una correcta gestión de los bienes matrimoniales en un escenario, como el actual, en el que los cónyuges cambian con frecuencia de país de residencia habitual y de nacionalidad y en el que los bienes vinculados a la economía matrimonial suelen estar dispersos por varios países.

**Palabras clave:** Reglamento 2016/1103, régimen económico matrimonial, puntos de conexión, eficiencia, bienes matrimoniales, residencia habitual, elección de Ley, economía matrimonial.

**Abstract:** The purpose of this study is to explore the system of connections to determine the Law applicable to the matrimonial property regime in Regulation (EU) 2016/1103 of the Council of June 24, 2016 establishing reinforced cooperation in the field competition, applicable law, recognition and enforcement of resolutions in matrimonial property regimes. Not only are the connecting factors in the Regulation analyzed through a technical examination, but also using a value focused test. From a technical point of view, some solutions could have been presented with greater transparency and coherence with other European regulations. On the contrary, from a value view, it should be highlighted that the

connecting factors used lead to efficient, predictable and clear solutions that favour proper management of matrimonial assets in our current social scenario, in which the spouses frequently change their country of habitual residence and nationality and in which the assets linked to the matrimonial economy are usually scattered throughout several countries.

**Keywords:** Regulation 2016/1103, matrimonial property regimes, connecting factors, efficiency, matrimonial assets, habitual residence, choice of Law, matrimonial economy.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Los Reglamentos gemelos. 2. Efectos jurídicos del matrimonio. 3. El matrimonio como cuestión previa al régimen económico matrimonial. II. El Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016 [regímenes económicos matrimoniales]. Consideraciones generales. 1. El Reglamento 2016/1103 y el espacio europeo de justicia. A) Elaboración del Reglamento 2016/1103 y la cooperación reforzada. B) El Reglamento 2016/1103 y el Derecho de familia internacional de la Unión Europea. 2. La noción de matrimonio. A) El silencio elocuente del Reglamento 2016/1103. B) La remisión al Derecho nacional de cada Estado miembro. 3. Enfoque de Derecho internacional privado. 4. Algunas definiciones auténticas. 5. Relaciones del Reglamento 2016/1103 con otros textos legales internacionales. 6. Ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103. A) Ámbito de aplicación material. a) Concepto de “régimen económico matrimonial”. b) Concepto de “situaciones transfronterizas”. c) Cuestiones excluidas del Reglamento. B) Ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2016/1103. C) Ámbito de aplicación espacial del Reglamento 2016/1103. D) Ámbito de aplicación personal del Reglamento 2016/1103. III. Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. 1. Introducción. Los distintos regímenes económicos matrimoniales en el mundo. 2. Las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 como precipitado histórico. 3. Principios generales inspiradores de las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103. A) Carácter *erga omnes*. B) Unidad y universalidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. C) Puntos de conexión subsidiarios y principio de proximidad. D) Normas de conflicto con puntos de conexión eficientes. E) Normas de conflicto uniformes que evitan el Forum Shopping. F) Normas de conflicto rígidas y seguridad jurídica. 4. Ley elegida por los cónyuges. A) Autonomía conflictual de los cónyuges. Aspectos generales. B) Autonomía conflictual de los cónyuges. Razón de ser de la conexión. C) Extensión objetiva de la elección de la Ley aplicable. D) Requisitos de fondo de la elección de Ley. a) Leyes susceptibles de elección por los cónyuges. i) Aspectos generales. ii) La Ley nacional de cualquiera de los cónyuges. iii) Ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. b) Elección de Ley por los cónyuges. c) Elección de una Ley única. d) Elección de la Ley sustantiva de un Estado. e) Cuestiones problemáticas. i) Incorporación por referencia de normas sustantivas de un Derecho estatal. ii) Elección de un concreto régimen económico matrimonial existente en una Ley estatal. iii) Elección de una Ley estatal que no contempla el régimen económico matrimonial. iv) Elección de una Ley estatal que prohíbe a los cónyuges elegir la Ley reguladora del régimen económico matrimonial. v) Cláusulas de *exclusio juris*. f) Consentimiento de los cónyuges. i) Regla general. Existencia y validez del consentimiento. ii) Regla especial. La Ley de la residencia habitual con función de protección. g) Capacidad de los cónyuges. E) Requisitos de forma de la elección de Ley. a) Requisitos formales mínimos “europeos”. i) Acuerdo por escrito, fechado y firmado. ii) La cuestión de la elección tácita de la Ley aplicable. b) Requisitos formales adicionales “nacionales”. F) La elección de ley en el tiempo. a) Momento de la elección de Ley. b) Cambio de la elección de Ley. c) Efectos legales del cambio de la Ley aplicable. d) Validez en el tiempo del pacto de elección de Ley anterior a la celebración del matrimonio. 5. Ley aplicable en defecto de elección por las partes. A) Aspectos generales. La eficiencia de la ley reguladora del régimen económico matrimonial. B) Ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. a) Razón de ser de la conexión. b) Concepto de “residencia habitual de los cónyuges”. c) Primera residencia habitual común. d) Proyección en el tiempo de la primera residencia habitual común. e) Primera residencia habitual común “inmediatamente después del matrimonio”. C) Ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. a) Razón de ser de la conexión. b) Momento de precisión de la nacionalidad. c) Ley aplicable a la determinación de la nacionalidad. d) Cónyuge con múltiple nacionalidad. i) Remisión al Derecho del Estado miembro del foro. ii) El límite europeo. e) Cónyuges con varias nacionalidades comunes. f) Cónyuges apátridas. g) Cónyuges nacionales de Estados plurilegislativos. D) Ley del Estado con el que ambos cónyuges tienen la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio. a) Cláusula de cierre del sistema y principio de proximidad. b) La evaluación global de las circunstancias del caso concreto. E) Cláusula de excepción para el caso de una primera residencia habitual de los cónyuges de corta

duración. a) Razón de ser de la cláusula de excepción. b) Requisitos para activar la excepción del art. 26.3 RREM. c) Efectos de la excepción recogida en el art. 26.3 RREM. IV. Reflexiones finales.

## I. Introducción

### 1. Los Reglamentos gemelos

1. El Reglamento 2016/1103 del Consejo de 24 junio 2016 [regímenes económicos matrimoniales] y el Reglamento 2016/1104 del Consejo de 24 junio 2016 [efectos patrimoniales de las uniones registradas] recogen una serie de normas de competencia, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones en relación con los efectos patrimoniales del matrimonio y de las parejas registradas en los casos internacionales<sup>1</sup>. Ambos fueron oficialmente publicados al mismo tiempo, en el mismo DOUE, y se conocen como los Reglamentos gemelos (“*the twin regulations*”). No obstante, no son gemelos jurídicos univitelinos o monocigóticos, ya que no son idénticos. Diferencias relevantes existen, como es natural, entre los dos reglamentos europeos, pues el objeto regulado es significativamente diferente tanto desde un punto de vista técnico como valorativo.

El presente estudio tiene por objeto, únicamente, el sistema de conexiones para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial 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>2</sup>. Como escribe G. WIEDERKEHR, «*el matrimonio une a las personas y, por ese mismo hecho, acerca sus patrimonios*»<sup>3</sup>. Por eso, la Ley no puede contentarse con la regulación de las relaciones personales entre los cónyuges, sino que debe también contemplar, regular y organizar la disciplina jurídica de los bienes del matrimonio.

2. La competencia internacional de los tribunales españoles en el sector de las “relaciones entre los cónyuges” así como la Ley aplicable a tales relaciones y la circulación internacional de decisiones en

<sup>1</sup> Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124298OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/: Proyecto PID2021-124298OB-I00 financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias (CONCOPAN)”, así como del Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa, y del Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa), de la Red Europa-España de Derecho internacional privado (coordinador: Javier Carrascosa) <http://accursio.com/karras/REDEUROPAESPA%c3%91A/index.html>.

<sup>2</sup> DOUE L 183 de 8 julio 2016. Texto en <http://www.boe.es/doue/2016/183/L00001-00029.pdf>. Este Reglamento se aplica a partir del 29 de enero de 2019, con excepción de sus artículos 63 y 64, que serán aplicables a partir del 29 de abril de 2018, y de sus artículos 65, 66 y 67, que serán aplicables a partir del 29 de julio de 2016. El art. 69.3 del Reglamento 2016/1103 indica que “*Las disposiciones del capítulo III solo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial el 29 de enero de 2019 o después de esta fecha*”. Téngase en cuenta la corrección de errores (DOUE L 183 de 8 de julio de 2016) que afecta a los apartados 2 y 3 del art. 69. *Vid.* también la corrección de errores del 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 (DOUE L 183 de 8 de julio de 2016). En la página 24, en el artículo 53, apartado 1: donde dice: «1. Cuando deba reconocerse una resolución con arreglo al presente capítulo, nada impedirá al solicitante instar la adopción de medidas provisionales y cautelares, de conformidad con la legislación del Estado miembro de ejecución, sin que resulte necesaria la declaración de fuerza ejecutiva conforme al artículo 46.», debe decir: «1. Cuando deba reconocerse una resolución con arreglo al presente capítulo, nada impedirá al solicitante instar la adopción de medidas provisionales y cautelares, de conformidad con la legislación del Estado miembro de ejecución, sin que resulte necesaria la declaración de fuerza ejecutiva conforme al artículo 47». *Vid.* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1103R\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1103R(02)&from=ES), así como corrección de errores al art. 9.1 del Reglamento 2016/1103, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103R\(03\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103R(03)&from=ES). *Vid.* también el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1935 de la Comisión, de 7 de diciembre de 2018, por el que se establecen los formularios a que se refiere el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo 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 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1935&from=ES>).

<sup>3</sup> G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Dalloz, París, 1967, p. 1.

este sector son cuestiones que se rigen, en España, y para los matrimonios celebrados antes del 29 enero 2019, por las normas españolas de Derecho internacional privado y no por el Reglamento 2016/1003. Deben, por tanto, tenerse presentes, para la competencia internacional, el art. 22 LOPJ y en especial el art. 22 quater. Para la Ley aplicable, deben considerarse, como antes se ha indicado, los arts. 9.2 y 9.3 CC, como puede verse en la SAP Valencia 28 abril 2021 [régimen económico matrimonial de cónyuges de Ucrania]<sup>4</sup>. Finalmente, para el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el sector del régimen económico matrimonial, deben aplicarse los arts. 46-61 LCJIMC y los convenios bilaterales firmados por España con ciertos Estados que se aplican a las resoluciones judiciales dictadas en el sector del régimen económico matrimonial<sup>5</sup>.

## 2. Efectos jurídicos del matrimonio

3. El matrimonio válidamente celebrado produce efectos en diferentes esferas jurídicas que es preciso diferenciar *cum grano salis*.

En primer lugar, el matrimonio surte unos efectos jurídicos externos de Derecho privado. El matrimonio, en efecto, constituye una institución jurídica que repercute en otros sectores jurídicos: alimentos, sucesiones, nombre de las personas, etc. En el sector de la Ley aplicable, las normas de conflicto de leyes recogidas en el Reglamento 2016/1103 no resultan aplicables a los efectos que el matrimonio puede surtir en otros órdenes jurídicos, como los seguros, las sucesiones, los alimentos, la pensión por desequilibrio tras un divorcio, etc. Estas cuestiones se rigen por la Ley aplicable a tales instituciones, que se determina con la norma de conflicto respectiva, por ejemplo, en el campo de la Ley reguladora de la pensión por desequilibrio, del contrato de seguro, de la sucesión, de los alimentos, etc.

En segundo lugar, el matrimonio produce efectos jurídicos en relación con la pensión de viudedad concedida por el Estado. Se trata de un aspecto de Derecho Público, que se rige por el Derecho público de cada país. Así, el Derecho administrativo español precisa el ámbito de aplicación de sus normas en espacio y los requisitos necesarios para poder percibir dicha pensión. Se trata de una cuestión, como es obvio, de puro Derecho administrativo y no de Derecho internacional privado.

En tercer lugar, el matrimonio válidamente celebrado también da lugar a unas especiales “relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges”, también llamados, aunque de modo impropio, “efectos del matrimonio” (SAP Barcelona 19 enero 2012 [divorcio entre cónyuges antes marroquíes y ahora españoles])<sup>6</sup>. Es éste un enfoque civilista, dogmáticamente correcto en dicho ámbito, pero definitivamente lastrado por la concepción canónica del matrimonio. El matrimonio, en Derecho canónico, es una institución jurídica y un sacramento que posee unos fines imperativamente diseñados. En Derecho canónico, explica J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “*la unión matrimonial trasciende a sus componentes individuales y les impone ciertos deberes en orden a alcanzar los fines inherentes al matrimonio*”<sup>7</sup>. Este enfoque pasó a los Derechos civiles europeos tras la Revolución francesa, de modo que se consideró que el matrimonio era más una institución que un contrato y los efectos del matrimonio estaban férreamente fijados por la ley. Como expone M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, la noción de efectos del matrimonio “*reposa sobre una actitud activa intervencionista del Estado y del Derecho en la esfera de las relaciones familiares protegiendo la familia y salvaguardando la dignidad derechos e intereses de los cónyuges .... se considera el matrimonio como productor de efectos preordenados por el legislador en función de la naturaleza y del cumplimiento de los fines asignados a la institución matrimonial que se imponen necesariamente a los cónyuges al margen de su voluntad*”<sup>8</sup>. Durante el siglo XX se abre paso un modelo diferente en el que el matrimonio es más una unión entre los cónyuges construida sobre la libertad

<sup>4</sup> SAP Valencia 28 abril 2021 [ECLI:ES:APV:2021:1498].

<sup>5</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182 de 31 julio 2015).

<sup>6</sup> SAP Barcelona 19 enero 2012 [CENDOJ 08019370122012100007].

<sup>7</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol.II, 3ª ed. revisada y ampliada, Oviedo, 1990, pp. 219-246.

<sup>8</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 146.

e igualdad de los mismos. En esta nueva perspectiva, como muy bien escribe M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, resulta inapropiado y parece más correcto referirse a las “relaciones entre los cónyuges”, que éstos pueden diseñar del modo que consideren apropiado<sup>9</sup>.

Pues bien, es aquí donde opera el Reglamento 2016/1103. Sus normas precisan, en los casos internacionales, los tribunales competentes y la Ley aplicable a tales “relaciones económicas entre los cónyuges”, esto es, al régimen económico matrimonial, así como cuáles son los criterios a aplicar para reconocer y ejecutar resoluciones dictadas en otros Estados miembros que participan en este Reglamento y que afectan al régimen económico matrimonial.

### 3. El matrimonio como cuestión previa al régimen económico matrimonial

4. En relación con los tres tipos de efectos jurídicos que surte el matrimonio, antes mencionados, es preciso acreditar, en la práctica y con extrema frecuencia, que existe un matrimonio válidamente celebrado.

En dichos supuestos, el matrimonio válidamente celebrado opera como una cuestión previa. Así, por ejemplo, puede ser necesario demostrar que si existe un “matrimonio válido” como cuestión previa a la sucesión en favor de una mujer que dice ser viuda del causante. Del mismo modo, para que el cónyuge superviviente pueda beneficiarse de una pensión de viudedad otorgada por el Estado español será necesario acreditar que el matrimonio es válido para el Derecho español. También, para poder disolver un régimen económico matrimonial es obvio que resulta indispensable que quede claro que el matrimonio existe. De igual manera, para obtener el divorcio o para reclamar alimentos un cónyuge a otro, el matrimonio debe ser válido y cuando ello se pone en duda, es entonces preciso acreditar la existencia y la validez del matrimonio.

5. En estos casos, y en el supuesto de que se trate de un matrimonio con elementos extranjeros, para considerarlo válido a efectos del Derecho español, el matrimonio debe ajustarse a la Ley aplicable a la forma (arts. 49 y 50 CC), capacidad (art. 9.1 CC) y consentimiento matrimonial (art. 9.1 CC). Así, por ejemplo, ciertos matrimonios no celebrados en una forma legal según la Ley que les resulta aplicable, son nulos frente a terceros y son nulos para el Derecho español. Así, cuando la Ley española rige la forma de celebración del matrimonio, éste debe haberse ajustado a una de las formas que surten efectos civiles según el Derecho español. Si no es así, el cónyuge superviviente no goza del derecho a pensión de viudedad por parte del Estado español (STC 69/2007, de 16 abril 2007 [matrimonio celebrado en la forma propia del rito gitano])<sup>10</sup>. Cuando el Derecho sustantivo español rige la capacidad de los contrayentes, se exige que ésta se ajuste a la Ley española. Si ello no se verifica, el matrimonio es nulo por falta de capacidad nupcial de los contrayentes (STC 194/2014, de 1 diciembre 2014 [matrimonio en forma islámica])<sup>11</sup>.

6. Debe subrayarse que, sin embargo, en ciertos supuestos, el matrimonio inválido es, *de facto*, considerado válido por el propio Estado español, que expide documentos oficiales a los contrayentes en los que éstos constan como cónyuges. En estos casos, la buena fe de los contrayentes, -que creen en la validez civil de su matrimonio-, y el reconocimiento oficial de su situación conyugal por parte de las au-

---

<sup>9</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 146: “La noción de relaciones entre los cónyuges se apoya sobre una concepción democrática e individualista de la familia basada en el protagonismo de los miembros que la constituyen en la libertad e igualdad de los cónyuges que voluntariamente organizan y conforman sus relaciones matrimoniales de acuerdo con sus preferencias con sus particulares convicciones e intereses. Asimismo obedece a una actitud de pasividad de neutralidad de no intervención del Estado y del Derecho con relación a la vida matrimonial a un proceso decreciente privatización de la familia y respeto a la intimidad familiar a una tendencia a la reducción de las relaciones personales entre los cónyuges”.

<sup>10</sup> STC 69/2007, de 16 abril 2007 [RTC 2007/69].

<sup>11</sup> STC 194/2014, de 1 diciembre 2014 [RTC 2014/194].

toridades estatales españolas, genera en los particulares la legítima expectativa de ser considerados como cónyuges. En tales supuestos, el TEDH considera que el Estado debe conceder la pensión de viudedad porque si ello no fuera así se produciría “una diferencia de trato en relación con el tratamiento dado, por la ley o por la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como la creencia de buena fe en la existencia de un matrimonio nulo o la situación examinada en la sentencia del TC 199/2004, de 15 de noviembre de 2004, referido a la ausencia de formalización, por motivos de conciencia, de un matrimonio canónico”, de manera que se generaría una “diferencia de trato desproporcionada hacia la demandante en relación con el trato reservado al matrimonio de buena fe”. Es decir, que se produciría discriminación contra el cónyuge superviviente, lo que está prohibido por el art. 14 CEDH 1950 (STEDH 8 diciembre 2009, *Muñoz Díaz contra España*)<sup>12</sup>.

7. El Reglamento 2016/1103 es inaplicable para acreditar (i) la existencia (ii) la validez del matrimonio y también es inaplicable para determinar (iii) los efectos jurídicos externos que tal matrimonio produce en otras esferas del Derecho (STSJ Com. Madrid Social 12 abril 2010 [matrimonio religioso celebrado en Dinamarca])<sup>13</sup>. La Ley aplicable a la existencia y validez del matrimonio es una y la Ley aplicable al régimen económico matrimonial es otra. Las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a ambas cuestiones son, como se ha indicado, diferentes. En efecto, para la fijar la ley reguladora de la existencia y validez del matrimonio las autoridades españolas aplican los arts. 9.1 CC y arts. 49 y 50 CC, mientras que para concretar la Ley que rige el régimen económico matrimonial, aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 2016/1103. Con arreglo a este Reglamento, la Ley que rige el régimen económico matrimonial rige sólo el régimen económico matrimonial y no se extiende a la posible cuestión previa de la existencia y validez del matrimonio. Así puede comprobarse en el art. 1.2.c) RREM, que indica que “[q]uedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: (...) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio”, así como en el art. 27 RREM, que al precisar el ámbito de aplicación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, no incluye en el mismo la existencia y validez del matrimonio. Cada Estado miembro aplica sus propias normas de conflicto nacionales para determina la Ley aplicable a la existencia y validez de un matrimonio.

## II. El Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016 [regímenes económicos matrimoniales]. Consideraciones generales

### 1. El Reglamento 2016/1103 y el espacio europeo de justicia

#### A) Elaboración del Reglamento 2016/1103 y la cooperación reforzada

8. Los Considerandos de ambos Reglamentos hacen público *urbi et orbi* el largo y tortuoso camino que culminó con la elaboración de los dos reglamentos gemelos 2016/1103 y 2016/1104<sup>14</sup>. Al final

<sup>12</sup> STEDH 8 diciembre 2009, *Muñoz Díaz contra España* [ECLI:CE:ECHR:2009:1208JUD004915107].

<sup>13</sup> STSJ Comunidad de Madrid, Social, 12 abril 2010 [AS 2010/1609].

<sup>14</sup> Este Reglamento ha sido objeto de numerosos estudios generales. Destacan, entre otros, los debidos a S. ARNOLD/S. LAIMER (HRSG.), *Die europäischen Güterrechtsverordnungen: internationale Ehegüterrecht und Güterrecht für LebenspartnerInnen in Europa: Handbuch*, Wien, Verlag Österreich, 2019; U. BERGQUIST/D. DAMASCELLI/R. FRIMSTON/P. LAGARDE/B. REINHARTZ, *The EU regulations on matrimonial and patrimonial property*, Oxford, Oxford University Press, 2019; P. BRUNO, *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate: commento ai regolamenti (UE) 24 giugno 2016, nn. 1103 e 1104 applicabili dal 29 gennaio 2019*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple: commentaire des règlements (UE) n° 2016-1103 et 2016-1104*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2021 (avec la collaboration de I. PRETELLI, E. LEIN, G. KESSLER, E. MIGLIORINI et K. ROKAS); S. CALME, “Les nouveaux règlements européens sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Petites affiches*, n. 409, 117, 2020, pp. 17-22; J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO (DIR.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea: comentarios a los Reglamentos (UE) n. 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; E. KAVOLIUNAITE, “Los reglamentos gemelos: Evolución y medidas adoptadas”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 25, 2021, pp. 21-32; S. LANDINI

de el mencionado y proceloso recorrido político-legislativo, la Unión contaba con un valioso Libro verde de 17 julio 2006 sobre el conflicto de Leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales, con especial referencia a las cuestiones de competencia y reconocimiento mutuo (documento COM[2006] 400 final), elaborado por la Comisión. Con fecha 16 marzo 2011 se presentaron dos propuestas de Reglamentos (documentos COM[2011] 126 y COM[2011] 127).

9. El Reglamento no vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea. Se aprobó mediante el sistema de cooperación reforzada<sup>15</sup>. Se trata, como es sabido, de un procedimiento previsto en el art. 20 TUE y arts. 326-334 TFUE, que permite adoptar un Reglamento exclusivamente para tales los Estados miembros interesados en profundizar en la cooperación en esta materia. Otros Estados miembros decidieron no participar en este Reglamento. Es aplicable, en suma, este Reglamento a los siguientes Estados miembros: Bulgaria, República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Chipre (art. 328.1 TFUE y Cons. 72 RREM). Las cooperaciones reforzadas están abiertas permanentemente a todos los Estados miembros (art. 328.1 TFUE) y se adoptan por el Consejo UE como “último recurso”, esto es, “cuando haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros” (art. 20.2 TUE). Los Estados miembros involucrados en el sistema de cooperación reforzada se denominan “Estados miembros participantes en la cooperación reforzada”. Tales Estados miembros no elaboran el Reglamento. Por eso no son “Estados partes”<sup>16</sup>. Todo Reglamento europeo es elaborado por las instituciones europeas correspondientes. Debe recordarse, con E. ALINA OPREA, que la vía de la cooperación reforzada, -en ocasiones denostada por ser estiomarse como un resultado incompleto-, constituye un compromiso necesario para no detener el progreso del Derecho internacional privado europeo y para respetar, al mismo tiempo, la perspectiva más clásica y tradicional que ciertos Estados miembros tienen sobre el matrimonio como institución jurídica<sup>17</sup>. Mejor pues, un avance parcial y relativo que no una ausencia total de normas de Derecho internacional privado europeo en el campo del régimen económico matrimonial, apunta con sagacidad N. JOUBERT<sup>18</sup>.

---

(Ed.), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2020; J. LAUNHARDT, *Die Europäisierung der internationalen Zuständigkeit im Ehegüterrecht und im Güterrecht eingetragener Partnerschaften*, Frankfurt am Main, Wolfgang Metzner Verlag, 2020; N. MAGALLÓN ELOSEGUIL, “El Reglamento (UE) 1104/2016 en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas y las parejas de hecho en el País Vasco”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, XXI, 2021, pp. 31-64; S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; P. DE PAGE/I. DE STEFANI, *Régimes conventionnels et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2019; M. REVILLARD, *Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé*, Paris, Defrénois, 2020; A. RODRÍGUEZ BENOT, “El proceso de elaboración normativa en la Unión Europea: A propósito de los reglamentos sobre régimen económico matrimonial y de las uniones registradas”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 147-176; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1557-1645; I. VIARENGO/P. FRANZINA (EDS.), *The EU regulations on the property regimes of international couples: a commentary*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2020.

<sup>15</sup> Decisión (UE) 2016/954 del Consejo de 9 de junio de 2016 por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 159 de 16 junio 2016).

<sup>16</sup> M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, junio 2018, pp. 1-30.

<sup>17</sup> E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 4: “this latter Proposal raises delicate problems for the European Member States that follow a traditional family perspective - including Romania -, threatening the required consensus, the solution of the enhanced cooperation was a necessary compromise”.

<sup>18</sup> N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l'édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 3.

## B) El Reglamento 2016/1103 y el Derecho de familia internacional de la Unión Europea

10. Este Reglamento es un elemento importante del espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se garantiza la libre circulación de personas. El Reglamento constituye, en este sentido, una “medida en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza”, necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior y del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Un reglamento más en la constelación de reglamentos que constituyen el sólido entramado del Derecho internacional privado europeo. Este Reglamento 2016/1103 era una necesidad social y jurídica de la Unión Europea, subraya A. RODRÍGUEZ BENOT. En efecto, el alto número de divorcios transfronterizos en la Unión Europea hacía preciso elaborar nuevas normas uniformes del Derecho internacional privado europeo para, de ese modo, contribuir al “buen funcionamiento del mercado interior” (Cons. 2 RREM)<sup>19</sup>.

11. La utilización del Reglamento como soporte normativo de las reglas de Derecho internacional privado relativas al régimen económico matrimonial es una opción de política jurídica plenamente acertada. El Reglamento, es sabido, constituye una opción normativa que fortalece la seguridad jurídica en grado más elevado que la Directiva. La unificación normativa es sólida, consistente e indeleble. El Reglamento 2016/1103 penetra en el paisaje legal europeo de Derecho internacional privado para situarse junto a los demás reglamentos europeos que regulan este fascinante sector del Derecho. El entramado legal del Derecho internacional privado europeo es, así, más tupido y completo gracias a este reglamento. El Derecho internacional privado de familia se hace más y más europeo en los Estados miembros y adquiere los rasgos de un sistema coherente en sentido vertical, horizontal y transversal<sup>20</sup>. El futuro del Derecho internacional privado es europeo y también lo es ya el presente.

<sup>19</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50. En similares términos, A. RODRÍGUEZ BENOT, “El proceso de elaboración normativa en la Unión Europea: A propósito de los reglamentos sobre régimen económico matrimonial y de las uniones registradas”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 147-176. También A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO PRIETO (COORDS.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583-591.

<sup>20</sup> *Vid.*, en el contexto del Derecho internacional privado europeo de familia, Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 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 (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter); 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”; Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009); 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 (DOUE L 201 de 27 julio 2012); Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DOUE L 181/4 de 29 junio 2013); Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia hecho en La Haya el 23 noviembre 2007 (DOUE L 192/51 de 27 julio 2011); Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007 (DOUE L 331 de 16 diciembre 2009). Los dos reglamentos de 2016, -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 (DOUE L 183 de 8 julio 2016) y el Reglamento (UE) 2016/1104 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016)-, han pasado a ser dos elementos más del sistema europeo de Derecho internacional privado de Familia.

## 2. La noción de matrimonio

### A) El silencio elocuente del Reglamento 2016/1103

12. El Reglamento 23016/1103 regula los efectos económicos del matrimonio, el régimen económico matrimonial. Sin embargo, el texto legal no contiene una definición normativa del concepto de “matrimonio”. Se trata de un silencio elocuente. Un silencio buscado y querido por parte del legislador europeo. Éste no ha querido imponer un concepto europeo de “matrimonio” que sea único para todos los Estados miembros.

13. La razón de este silencio elocuente se encuentra en la profunda diversidad legal de los Estados miembros en el Derecho de Familia. Cada Estado miembro mantiene, defiende, protege e impulsa distintos conceptos de familia y, también, distintos conceptos de matrimonio. En esta perspectiva, el Derecho internacional privado europeo debe avanzar a partir del presupuesto de una diversidad de nociones de “matrimonio” en los Derechos de los Estados miembros. No puede ni debe la Unión Europea imponer un concepto único y europeo de matrimonio a todos los Estados miembros porque la sociedad de cada Estado miembro es diferente y está construida sobre valores distintos. La sociedad europea no se halla integrada a un nivel tal que permita elaborar un concepto único de “matrimonio” para todos los europeos, señala F. PESCE<sup>21</sup>. Por ello, imponer una noción uniforme de “matrimonio” a todos los Estados miembros habría vulnerado la soberanía legislativa de los Estados miembros, habría tensionado las relaciones entre los mismos y habría sido poco realista.

14. Debe tenerse presente que la familia y el matrimonio constituyen instituciones y relaciones jurídicas entre particulares pero que, al mismo tiempo, despliegan una función social innegable. La familia es, así, una institución social y jurídica imprescindible para la paz social y el desarrollo económico de todas las sociedades. Como ha indicado H. FULCHIRON, el concepto de “matrimonio” refleja un “interés fundamental de la sociedad” que es traducción de un modo específico de organización política y social propia de cada Estado y de su propia identidad social y jurídica<sup>22</sup>.

15. Los ejemplos de Hungría y Polonia, -dos Estados miembros en cuyas respectivas Constituciones consta la diferencia de sexo como requisito esencial de todo matrimonio-, resultan oportunos en este momento. En tales Estados miembros, un matrimonio sólo es posible entre varón y mujer. Así, el art. 18 Constitución de Polonia de 2 abril 1997 indica: “*Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej*” / “*El matrimonio como la unión entre el hombre y la mujer, la familia, la maternidad y la paternidad están bajo la protección y el cuidado de la República Polaca*”. De modo similar, el art. L de la Constitución de Hungría de 18 abril 2011 precisa que “*(1) Magyarország védi a házasság intézményét mint férfi és nő között, önkéntes elhatározás alapján létrejött életközösséget, valamint a családot mint a nemze t fennmaradásának alapját*” / “*1. Hungría protegerá la institución del matrimonio como la unión de un hombre y mujer por decisión voluntaria, y la familia como base de la Supervivencia de la nación*”). Este concepto de matrimonio, -que es una herencia directa del pensamientos cristiano europeo-, también detecta en Estados europeos no miembros de la Unión, como Serbia, Montenegro y Bosnia. En las sociedades de dichos Estados resulta de la máxima importancia garantizar que todo matrimonio es, en todo caso, una unión legal que puede producirse, exclusivamente, entre varón y mujer, como muy bien exponen J. GUILLAUMÉ / S. GODECHOT<sup>23</sup>. Este concepto de matrimonio muestra una cierta rigidez jurídica.

<sup>21</sup> F. PESCE, “La nozione di ‘matrimonio’: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale* 2019, vol. 55, pp. 777-818.

<sup>22</sup> H. FULCHIRON, «Mariage et partenariats homosexuelles en droit international privé français», *Revue Internationale de Droit comparé*, 2006-2, pp. 409 y ss.; H. FULCHIRON, «Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du ‘mariage pour tous’», *Journal de droit international Clunet*, 2013, núm. 4, pp. 1055-1113.

<sup>23</sup> AA.VV., «Autour de l’arrêt de la cour de cassation du 26 janvier 2015», *Journal de droit international Clunet*, 2015, pp. 597-621, con notas de J. GUILLAUMÉ / S. GODECHOT-PATRIS (pp. 597-613), Th. VIGNAL, (pp. 613- 621) y B. MATHIEU (pp. 622-634).

Ha perdido la nota de indisolubilidad de vínculo matrimonial, pues el divorcio es posible también en Hungría y Polonia, es cierto, pero ha mantenido de manera sólida la nota de la unión entre varón y mujer como nota esencial de todo matrimonio.

16. Frente al anterior concepto tradicional de “matrimonio”, otros Estados miembros han experimentado una evolución del mismo una dirección muy distinta. La cuestión se aprecia ya en el famosísimo caso *Hyde vs. Hyde and Woodmansee (1866)* fallado por la *Court of Probate and Divorce* el 20 marzo 1866. En tal supuesto, Lord Penzance indicó que las instituciones jurídicas no son iguales en todos los países del mundo aunque sean designadas con el mismo nombre jurídico. Así, para considerar que un “matrimonio” celebrado en otro país constituye, en efecto, un “matrimonio” que puede ser estimado como tal en el Reino Unido, debe existir una equivalencia sustancial entre el matrimonio celebrado en el extranjero y el matrimonio tal y como es concebido en la Ley inglesa. Lord Pendance afirmó que un matrimonio poligámico, -como el celebrado en Utah, Estados Unidos de América-, al igual que un mero concubinato no constituyen un “matrimonio” según el Derecho inglés y no pueden ser consideradas como uniones matrimoniales porque no encajan en la noción de matrimonio que rige en el Derecho inglés. Y aquí viene la famosa frase de Lord Pendance: “*I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*” (= “*considero que el matrimonio, como se entiende en la Cristiandad, puede definirse para este propósito como la unión voluntaria para toda la vida entre un hombre y una mujer, con exclusión de todos los demás*”)<sup>24</sup>.

Como es evidente, esta definición de matrimonio en la Ley inglesa no se ha mantenido con el tiempo. En la actualidad, el divorcio y los matrimonios entre personas del mismo sexo han alterado profundamente el concepto de “matrimonio” en el Derecho inglés, en el Derecho español y en el Derecho de muchos otros países. En consecuencia puede afirmarse que: (a) El concepto de “matrimonio” es distinto de país a país hoy y, en realidad, lo ha sido siempre; (b) En un concreto ordenamiento jurídico, el matrimonio no posee unos caracteres jurídicos inmutables: constituye, ciertamente, una unión afectiva (*affectio maritalis*) entre varias personas. Sin embargo, el tiempo ha demostrado que el Derecho español y también el Derecho de otros Estados miembros de la Unión Europea hoy considera “matrimonio” la unión entre personas del mismo sexo así como una unión que puede terminar por divorcio. En consecuencia, el “matrimonio”, en Derecho español, una vez fue “la unión para toda la vida entre varón y mujer” pero hoy ya no es así. En los próximos años es posible que el Derecho español admita como “matrimonio” uniones entre más de dos personas y uniones no sólo entre personas. El futuro es imprevisible. En suma, ciertos Estados miembros mantienen una noción flexible, líquida y elástica de “matrimonio” en la que están incluido el matrimonio entre personas del mismo sexo y en la que es posible que, en años venideros, también otras realidades sociales sean consideradas como “matrimonio”.

## **B) La remisión al Derecho nacional de cada Estado miembro**

17. Asumido el silencio elocuente del legislador europeo, debe afirmarse que el concepto de “matrimonio” debe concretarse con arreglo “*al Derecho nacional de los Estados miembros*” (Cons. 17 RREM). Cada Estado miembro participante es soberano para decidir si una relación entre varias personas es o no es un “matrimonio” a los efectos de precisar su régimen económico. La cuestión es relevante, como se ha apuntado, en especial, por lo que hace referencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo y con los matrimonios poligámicos. Ahora bien, varios aspectos deben precisarse a la hora de concretar el concepto de matrimonio a los efectos del Reglamento 2016/1103.

<sup>24</sup> Sentencia de la *Court of Probate and Divorce* (Reino Unido) *Hyde vs. Hyde and Woodmansee*, 20 marzo 1866 [L.R. 1 P. & D. 130]. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de “matrimonio” en el tiempo y en el espacio. En busca de la esencia de las instituciones jurídicas. El caso *Hyde vs. Hyde* 1866”, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, Murcia, 2022, pp. 296-301 (también en <http://accursio.com/blog/?p=1165>).

18. En primer lugar, la remisión del Cons. 17 RREM conduce al Derecho del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto. Esta solución es congruente con la idea de que, en un Estado miembro, las autoridades del mismo sólo aceptan el concepto de “matrimonio” acogido por su propia ley. Es un concepto que encaja con una visión soberanista del Derecho. En efecto, visto que el matrimonio es una noción que produce un impacto social de primer orden, sería un atentado contra la soberanía estatal y contra el Derecho del Estado a organizar su sociedad aceptar un concepto de matrimonio forjado en otro Estado. Por tanto, el citado Cons. 17 RREM remite al Derecho del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto: es una remisión en favor de la *lex fori*. Algunos autores han sugerido calificar la unión como “matrimonio” o no, con arreglo a la Ley del lugar de celebración de dicha unión. Esta opción, fuertemente territorialista, presenta grandes ventajas, todo hay que decirlo. En efecto, el concepto de “matrimonio” sería, así, único para todos los Estados miembros, pues sería el concepto proporcionado por la misma Ley, la Ley del lugar de celebración del enlace. Sin embargo, no es ésta la tesis seguida por el Reglamento 2016/1103. En efecto, el Reglamento apuesta por la *lex fori* para salvaguardar, como se ha indicado, el derecho de cada Estado miembro a organizar su sociedad como tiene por conveniente, esto es, de modo soberano.

19. En segundo lugar, la remisión que lleva a cabo el Cons. 17 RREM es una remisión a favor del Derecho material del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto. Es una referencia en favor de la *lex materialis fori*, no de la *lex formalis fori*. En efecto, no se trata, en este momento, de precisar la “Ley aplicable” al matrimonio, sino de perfilar, exclusivamente, la “noción” de matrimonio que rige en un concreto Estado miembro. Por esta razón, no debe ni puede definirse el concepto de matrimonio mediante la aplicación de las normas de Derecho internacional privado del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto. En suma, antes de decidir un caso o litigio relativo al régimen económico matrimonial, si la autoridad competente alberga dudas sobre si las relaciones económicas examinadas se refieren a un “matrimonio” o no, deberá tener en cuenta la noción de “matrimonio” que rige en su propio Derecho material (*lex materialis fori*). Si la respuesta es negativa, -esto es, si la relación entre las dos o más personas afectadas no es un “matrimonio” según la *lex materialis fori*-, entonces no existirá ningún régimen económico matrimonial, el Reglamento 2016/1103 no será aplicable y carecerá de todo sentido buscar la Ley aplicable al mismo, hace notar I. PRETELLI<sup>25</sup>. Como es natural, ello incrementa la inseguridad jurídica de la pareja, que puede ser considerada “matrimonio” en un Estado miembro y no en otro, como sucede con los matrimonios entre personas del mismo sexo, apunta N. JOUBERT<sup>26</sup>.

### 3. Enfoque de Derecho internacional privado

20. Es éste un Reglamento de Derecho internacional privado. El Reglamento cubre los tres sectores del Derecho internacional privado, -competencia de las autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones-, en relación con los regímenes económicos matrimoniales que presentan o suscitan repercusiones transfronterizas, esto es, solamente en casos internacionales (Cons. 16 RREM)<sup>27</sup>.

21. Los Estados miembros regulan los regímenes económicos matrimoniales como tienen por conveniente en sus respectivos Derechos civiles materiales. El principio de proporcionalidad, siempre presente en la elaboración de normas jurídicas por la Unión Europea, supone que ésta sólo debe intervenir en la medida necesaria para alcanzar el objetivo propuesto. Pues bien, visto que dicho objetivo es la libre circulación de personas y que se puede alcanzar mediante normas de Derecho internacional privado uniformes, no es preciso unificar normas de Derecho material de los Estados miembros, esto es, las normas de Derecho civil de tales Estados.

<sup>25</sup> I. PRETELLI, “Équivalence et reconnaissance du statut civil des personnes faisant ménage à deux”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, n.2, vol. 11, pp. 8-31.

<sup>26</sup> N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 11.

<sup>27</sup> JACINTO PABLO QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, València, 2016, p. 310.

22. Por otro lado, cada Estado miembro determina qué autoridades disponen de competencia para decidir cuestiones relativas al régimen económico matrimonial. Como indica el art. 2 RREM, el Reglamento “no afectará a la competencia de las autoridades de los Estados miembros en materia de regímenes económicos matrimoniales”.

#### 4. Algunas definiciones auténticas

23. El art. 3 RREM contiene una serie de definiciones legales a efectos del Reglamento que conviene tener siempre muy presentes. En este momento y por lo que se refiere al presente estudio, resulta oportuno, adecuado y conveniente poner de relieve ciertos perfiles de las definiciones legales de “régimen económico matrimonial”, de “capitulaciones matrimoniales” y de “Estado de origen” y “Estado miembro de ejecución”.

24. a) *Régimen económico matrimonial*. Es el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución (art. 3.1.a) RREM). Esta definición no es exacta, como se indica más adelante. Nadie es perfecto y el legislador europeo tampoco lo es.

25. b) *Capitulaciones matrimoniales*. Es el acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial (art. 3.1.b) RREM). El Reglamento define las capitulaciones matrimoniales como un “acuerdo” y no como un “contrato”. Esta distinción es relevante, acertada y pertinente porque, en la historia del Derecho internacional privado, los primeros problemas suscitados por el régimen económico matrimonial se resolvieron gracias a que ese genio del Derecho llamado CHARLES DUMOULIN calificó el régimen económico matrimonial como un “contrato”<sup>28</sup>. Por ello, en Derecho internacional privado francés se ha empleado tradicionalmente la expresión “*contrat de mariage*” y no “capitulaciones matrimoniales”. En consecuencia, en tiempos de CH. DUMOULIN resultaban aplicables al régimen económico matrimonial las normas de conflicto previstas para los contratos. Por tanto, los estatutarios franceses activaron la libre elección por los cónyuges de la Ley reguladora de su contrato, de su “*contrat de mariage*”, ya que el primer punto de conexión para concretar la Ley aplicable a los contratos es la autonomía de la voluntad conflictual, la libre elección de ley por los cónyuges. En efecto, en su más que célebre y nunca suficientemente bien ponderado *Consilium LIII* (53) o Dictamen de los esposos *De Ganey*, datado en 1524, CHARLES DUMOULIN indicó que la naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial era la de un “contrato entre los cónyuges”. Como tal, estaba sometido a la Ley elegida por los cónyuges y debía también estimarse que éstos habían elegido, en caso de silencio, la Ley del primer domicilio conyugal como ley reguladora de su *contrat de mariage*<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Vid. el espléndido trabajo de B. ANCEL, “Les conclusions sur les status et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français”, *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 21-38 y el no menos brillante estudio de H. GAUDEMET-TALLON, «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles en droit comparé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1969-1971, París, pp. 197-228. Muy profundas y de lectura apasionante son las páginas que dedica a la solución creada por Ch. DUMOULIN el trabajo de G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Dalloz, París, 1967, pp. 38-42 y 85-142. También 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]», *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 934-943; E. ALINA OPREA, «Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, nota [5]; N. JOUBERT, «Le dernière pierre [provisoire?] à l'édifice de droit international privé européen en matière familiale», *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. pp. 17-18.

<sup>29</sup> El caso de los esposos *De Ganey* está magníficamente explicado en G. PARRA ARANGUREN, *El régimen de los bienes en el matrimonio en el derecho internacional privado*, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 7-10 y más modestamente expuesto se halla también en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Algunas cuestiones de Derecho transitorio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.1, 2020, pp. 456-472. Muy agudo también es el estudio realizado por G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 6-9. La inmensa figura de CH. DUMOULIN, así como su obra jurídica, aparece espléndidamente glosada y ponderada en

Esta opción terminológica del Reglamento 2016/1103 es correcta. Al definir las capitulaciones matrimoniales como un “*acuerdo*”, se evita toda tentación de considerar que estas capitulaciones constituyen un contrato y quién evita la ocasión evita el peligro. El peligro, -ya anunciado con perspicacia por G.M. UBERTAZZI-, de hacer aplicables a las capitulaciones matrimoniales las normas de Derecho internacional privado que rigen los contratos internacionales, hoy recogidas en el Reglamento Roma I, queda, así conjurado<sup>30</sup>. Esta opción debe ser descartada desde el principio.

En otras lenguas europeas se refleja muy bien la idea de que las capitulaciones matrimoniales son un “*acuerdo*” (*convention matrimoniale / matrimonial property agreement / convenção nupcial / Vereinbarung über den ehelichen Güterstand / convenzione matrimoniale*). La extrañísima terminología española (“capitulaciones matrimoniales”) no debe confundir. La etimología de la palabra es confusa y discutida. Una primera escuela opina que “capitulación” deriva del latín *caput* (cabeza) y refleja la idea de “mando”, de “mandar” u “ordenar”. Por ello, *capitulum* sería una “pequeña cabeza”, de modo que las capitulaciones son acuerdos redactados por las personas que ejercen poder. Así, los cónyuges serían esas personas que ejercen el poder de regular su vida económica matrimonial. Una segunda escuela de pensamiento sostiene que “*capitulum*” significa, en realidad, “encabezamiento”, la “pequeña cabeza de un documento”. Es el párrafo o las líneas que encabezan un escrito. En todo caso, parece claro que “capitular” significa redactar un documento que está dividido en varias partes, documento que contiene los capítulos o encabezamientos de las cláusulas del acuerdo. En todo caso, no se puede afirmar que capitulaciones tiene el sentido de “rendición” de un cónyuge frente a otro o de ambos frente al matrimonio. En verdad, las capitulaciones matrimoniales definen con precisión cuáles serán las relaciones patrimoniales de los cónyuges durante el matrimonio, el destino de los bienes, las ventajas conferidas a los cónyuges, y disposiciones similares de contenido patrimonial.

**26. c) Estado miembro de origen y Estado miembro de ejecución.** El Estado miembro de origen es el Estado miembro en el que se ha dictado la resolución, formalizado el documento público o aprobado o celebrado la transacción judicial. El Estado miembro de ejecución es el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución de la resolución, el documento público o la transacción judicial. Esta definición que proporciona el art. 3 RREM no es exacta ni correcta ni precisa, porque el Estado miembro de ejecución puede ser un Estado miembro en el que no se solicita la “ejecución” de una resolución relativa al régimen económico matrimonial, sino sólo un reconocimiento de la resolución. Por ello, habría sido más exacto emplear la locución “Estado miembro de destino” de la resolución. En todo caso, a efectos del Reglamento 2016/1103, sólo pueden ser considerados “Estado de origen” y “Estado de ejecución”, apunta A. RODRÍGUEZ BENOT, los Estados miembros que participan en el Reglamento en cuestión y no terceros Estados ni Estados miembros que no participan en el Reglamento<sup>31</sup>.

## 5. Relaciones del Reglamento 2016/1103 con otros textos legales internacionales

**27.** El Reglamento no afecta a la aplicación de los convenios bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o varios Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento o de la decisión en virtud del art. 331, apartado 1, párrafo segundo o tercero, del TFUE y que se refieran a ma-

---

B. ANCEL / H. MUIR WATT, “Annotations sur la Consultation 53 de Du Moulin traduite en français”, *Mélanges Jacques Foyer*, pp. 1-30; J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566), Etude sur les sources la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Librairie Droz, Genève, 1980, pp. 5-18; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), Libr. Cotillon, Pichon, Paris, 1888, esp. pp. 223-243; F. GAMILLSCHG, *Der Einfluss Dumoulin auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin, Tübingen, 1955; M. GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts, von den Anfängen bis den grossen Privatrechtskodifikationen*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Stuttgart, 1977, pp. 69-79.

<sup>30</sup> Vid. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008). Vid. G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 12-13.

<sup>31</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50.

terias reguladas en el Reglamento 2016/1103, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros a tenor del art. 351 TFUE (art. 62 RREM).

No obstante lo anterior, el Reglamento prevalecerá, entre los Estados miembros, sobre los convenios celebrados entre ellos en la medida en que dichos convenios se refieran a materias reguladas por el Reglamento 2016/1103. Así, el Reglamento prevalece sobre el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, en vigor en Francia, Luxemburgo y Países Bajos. Este convenio no está derogado, naturalmente, pero el Reglamento dispone de preferente aplicación sobre el mismo. En esos tres citados Estados miembros, el régimen económico matrimonial de los matrimonios celebrados tras el 29 enero 2019 se rige por la Ley determinada por el Reglamento 2016/1103 y no por el citado Convenio de La Haya, como subraya N. JOUBERT<sup>32</sup>.

En el caso de España, este Reglamento 2016/1103 prevalece sobre los convenios bilaterales firmados ya hace años por España con otros Estados miembros de la Unión Europea y que continúan en vigor en Derecho español<sup>33</sup>.

El Reglamento no impide que los Estados miembros que son parte del Convenio de 6 de febrero de 1931 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, revisado en 2006, del Convenio de 19 de noviembre de 1934 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, que incluye disposiciones de Derecho internacional privado en materia de sucesiones, testamentos y administración de herencias, revisado en junio de 2012, y del Convenio de 11 de octubre de 1977 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil, sigan aplicando estos convenios en la medida en que ofrecen procedimientos simplificados y más rápidos para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial.

## 6. Ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103

### A) Ámbito de aplicación material

**28.** Este Reglamento se aplicará a los regímenes económicos matrimoniales solamente en casos internacionales, esto es, en casos que presentan elementos extranjeros (Cons. 14 y 16 RREM). Ello exige precisar diversos aspectos.

<sup>32</sup> N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 6. *Contra*, s.e.u.o. G. PALAO MORENO, “La determinación de la ley aplicable en los reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104”, *Revista española de Derecho internacional*, 2019, pp. 89-117, esp. p. 96, que sostiene que en Francia, Países Bajos y Luxemburgo, el Convenio de 1978 prevalece sobre el Reglamento 2016/1103. El error consiste en no diferenciar entre el art. 62.1 RREM, -precepto en el que se indica que el Reglamento no perjudica la aplicación de dicho convenio internacional, esto es, que no lo deroga ni impide que se aplique-, y el art. 62.2 RREM, -que señala que, no obstante lo anterior, el Reglamento 2016/1103 prevalece, entre los Estados miembros, sobre dicho Convenio de La Haya-. De hecho, este convenio sigue siendo de aplicación en ciertos territorios franceses a los que no se aplican los Reglamentos europeos. Sin embargo, en la Francia europea, el Reglamento siempre prevalece sobre el tan citado convenio.

<sup>33</sup> *Vid.* Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil entre España y Francia, hecho en París el 28 mayo 1969 (BOE núm.63 de 14 marzo 1970 y BOE de 20 abril 1974), Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, hecho en Madrid el 22 mayo 1973 (BOE núm.273 de 15 de noviembre de 1977); Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 noviembre 1983 (BOE núm.40 de 16 de febrero de 1988 y BOE de 23 de junio de 1990); Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, entre España y Austria, hecho en Viena el 17 febrero 1984 (BOE núm.207 de 29 de agosto de 1985); Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, entre España y Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 mayo 1987 (BOE núm.290 de 3 de diciembre de 1988; corr.err. BOE de 26 enero de 1989); Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía el 23 mayo 1993 (BOE núm.155 de 30 de junio de 1994); Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho «ad referendum» en Bucarest el 17 noviembre 1997 (BOE núm. 134 de 5 junio 1999, BOE núm.158 de 3 julio 1999).

### a) Concepto de “régimen económico matrimonial”

29. Este Reglamento regula los regímenes económicos matrimoniales solamente en casos internacionales, esto es, en casos que presentan elementos extranjeros (Cons. 14 y 16 RREM). Ello exige precisar diversos aspectos.

Primero. El Reglamento se aplica a todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular, aunque no exclusivamente, como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges (Cons. 18 RREM).

Segundo. A efectos del Reglamento, el término “régimen económico matrimonial” debe interpretarse de forma autónoma, esto es, en un sentido estrictamente europeo (art. 3.1.a) y Cons. 18 RREM). El concepto legal proporcionado por el Reglamento 2016/1103 coincide, como bien aclara N. JOUBERT, con el concepto creado ya hace muchos años por el TJUE en sus STJCE 27 marzo 1979, 143/78, *Cavel vs. Cavel [I]*, FD 7 y STJCE 6 marzo 1980, 120/79, *Cavel vs. Cavel [II]*<sup>34</sup>.

Tercero. El concepto de “régimen económico matrimonial” que acoge el Reglamento 2016/1103 es amplio, como expresa M. ANDRAE<sup>35</sup>. El art. 3.1.a) RREM indica que se entiende por tal, el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”. En realidad, este concepto está distorsionado por el propio legislador europeo. En efecto, esta definición concibe el régimen económico matrimonial como un conjunto normativo, como un conglomerado de disposiciones legales que regulan las relaciones económicas que surgen entre los cónyuges tras el matrimonio. En realidad, el régimen económico matrimonial no es una “agrupación de normas legales”, -como expresa el art. 3 RREM con notoria falta de técnica legislativa-, sino un específico grupo de relaciones patrimoniales que surgen entre los cónyuges como consecuencia del matrimonio y que están reguladas por la ley. Una cosa son las relaciones patrimoniales y otra su regulación legal. Una cosa es la economía matrimonial y otra cosa son las normas que la regulan. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges son el régimen económico matrimonial y la regulación legal del régimen económico matrimonial es su disciplina jurídica, que es algo bien diferente. El Reglamento 2016/1103 no es preciso al respecto y confunde el régimen económico matrimonial con la regulación legal del mismo.

Según el Reglamento 2016/1103, el régimen económico matrimonial abarca las normas imperativas para los cónyuges, así como las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, y también cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. El Reglamento, en consecuencia, fija la competencia y la Ley aplicable al régimen económico matrimonial sea cual sea la normativa legal que lo regule. Por tanto, la Ley que rige el régimen económico matrimonial en virtud del Reglamento 2016/1103 regula también el llamado “régimen económico matrimonial primario”, como puede inferirse del Cons. 18 RREM y como ha precisado agudamente, con atención a los antecedentes históricos del Reglamento, M. VINAIXA MIQUEL<sup>36</sup>. En este llamado régimen primario se

<sup>34</sup> STJCE 27 marzo 1979, 143/78, *Cavel vs. Cavel [I]*, *Recueil*, 1979, pp. 1055-1076 [ECLI:EU:C:1979:83] FD 7: «Considerando que .... de ello se deduce que el concepto de «regímenes matrimoniales» no sólo comprende los regímenes económicos concebidos específica y exclusivamente por determinadas legislaciones nacionales con vistas al matrimonio, sino también todas las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución”. *Vid.*, también, STJCE 6 marzo 1980, 120/79, *Cavel vs. Cavel [II]*, *Recueil*, 1980, pp. 731-744 [ECLI:EU:C:1980:70]. *Vid.* N. JOUBERT, «Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale», *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 8; I. BARRIÈRE-BROUSSE, «Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés», *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 490.

<sup>35</sup> M. ANDRAE, «Der sachliche Anwendungsbereich der Europäischen Güterrechtsverordnung», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018-3, pp. 221-230.

<sup>36</sup> *Vid.* I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 490-492; VINCIANE ROSENAU / DELPHINE THIENPONT, “Regulations 2016/1103 and 2016/1104 in practice: analysis from a Belgian perspective”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 77-92, esp. p. 86. M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad

incluyen, describe B. AÑOVIOS TERRADAS, las normas sobre levantamiento de las cargas familiares, la potestad doméstica, el consentimiento dual, las normas de protección de la vivienda familiar, el derecho de predetracción del cónyuge superviviente y las litis expensas (arts. 1318-1321 CC). Así, en Derecho belga, el legislador belga estima que este llamado “régimen matrimonial primario no es un régimen económico matrimonial, sino que constituye un conjunto de efectos personales del matrimonio, como puede verse en el art. 48 de la Ley belga de Derecho internacional privado, escriben VINCIANE ROSENAU / DELPHINE THIENPONT<sup>37</sup>. Debe tenerse presente, con P. JIMÉNEZ BLANCO, que esta noción de “régimen primario” varía muy significativamente de país a país y que en algunos Estados, simplemente, no existe<sup>38</sup>. En todo caso, ya el estudio de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y, con matices, el debido a A.P. ABARCA JUNCO demostraron, -con total solvencia y frente a ambiguas aproximaciones en sentido contrario-, que en Derecho internacional privado español, el régimen primario queda sujeto a la ley reguladora del régimen económico matrimonial<sup>39</sup>. En efecto, en el régimen matrimonial primario, los efectos personales y patrimoniales del matrimonio aparecen, con frecuencia, unidos y entremezclados, como bien expone M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO<sup>40</sup>.

Los efectos personales del matrimonio siempre deben quedar excluidos del Reglamento y se rigen, en España, por la Ley determinada con arreglo al art. 9.2 CC. La distinción no es sencilla y, por ello, suscita cuestiones de calificación, como justamente apunta J.D. GONZÁLEZ CAMPOS<sup>41</sup>. La muy famosa, -en su tiempo-, STS 17 abril 1956 [R.1933] se enfrentó con el caso de un marido de nacionalidad austríaca que debía proporcionar *litisexpensas* a su esposa. El TS consideró que la cuestión debía ser calificada *lege fori* y en consecuencia, se estimó como un aspecto de la relación patrimonial entre los cónyuges<sup>42</sup>. La doctrina italiana ha sido la que con mejor criterio y más profundidad ha abordado el tema de la calificación de los efectos del matrimonio. El excelente estudio, clásico, debido a G.M. UBERTAZZI, así lo demuestra<sup>43</sup>.

El Reglamento también se aplica a las capitulaciones matrimoniales. Esta afirmación reviste una importancia capital, pues da la razón a los juristas que, -en una posición muy minoritaria en la española doctrina y siempre en el contexto del Derecho internacional privado español-, habían defendido

---

en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económico matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal', *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. pp. 281-282. Téngase presente el texto del Cons. 18 RREM: “*El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges. A efectos del presente Reglamento, el término «régimen económico matrimonial» debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución*”.

<sup>37</sup> VINCIANE ROSENAU / DELPHINE THIENPONT, “Regulations 2016/1103 and 2016/1104 in practice: analysis from a Belgian perspective”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 77-92, esp. p. 84.

<sup>38</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 35.

<sup>39</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol.II, 3ª ed. revisada y ampliada, Oviedo, 1990, pp. 219-246; A.P. ABARCA JUNCO, “Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho internacional privado”, *Revista española de Derecho internacional*, 1983, pp. 43-60.

<sup>40</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 149: “*Una separación tajante entre la dimensión personal y patrimonial del matrimonio no es posible. El patrimonio familiar está al servicio de la realización personal del grupo. Lo personal y lo patrimonial se combinan con predominio de uno u otro factor, por lo que sólo cabe hablar de efectos predominantemente personales o económicos del matrimonio. Los efectos personales y patrimoniales del matrimonio están, sin embargo, íntimamente vinculados entre sí. un recíproco condicionamiento se evidencia por la presencia del dato económico en la regulación de los efectos personales y del orden público familiar en la reglamentación de los efectos económicos. La consideración como personales o patrimoniales de algunos efectos o relaciones en que se combina el elemento económico con el personal puede dar lugar a un delicado problema de calificaciones*”.

<sup>41</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol.II, 3ª ed. revisada y ampliada, Oviedo, 1990, pp. 219-246.

<sup>42</sup> STS 17 abril 1956 [R.1933].

<sup>43</sup> G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 123-144.

que las capitulaciones matrimoniales debían ser reguladas por la misma y única Ley que rige todo el régimen económico matrimonial, Ley que se concretaba a través del art. 9.2 CC<sup>44</sup>. En tal sentido, el art. 9.3 CC no señalaba la Ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio ni a las capitulaciones matrimoniales. Este precepto era, simplemente, una cláusula salvatoria que añadía varias leyes más para potenciar la “validez” de los pactos y capitulaciones matrimoniales. Al ofrecer varias Leyes estatales diferentes con arreglo a las cuales pueden ser válidos estos pactos y capitulaciones matrimoniales, el art. 9.3 CC potenciaba en gran medida la posibilidad de que tales acuerdos fueran válidos. En todo caso, en Derecho internacional privado español, la Ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales debía ser la misma ley que regía los efectos personales del matrimonio y el régimen económico matrimonial, sin perjuicio de la intervención del art. 9.3 CC, prevista para casos en los que la ley designada por el art. 9.2 CC no hacía válidas las capitulaciones matrimoniales. Pues bien, el Reglamento 2016/1103 adopta esta misma perspectiva: la ley aplicable al régimen económico matrimonial es la misma que regula las capitulaciones matrimoniales. La Ley que rige el régimen económico matrimonial regula, igualmente, toda relación patrimonial entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución (Cons. 18 RREM).

Cuarto. Acierta A. RODRÍGUEZ BENOT al afirmar que el Reglamento 2016/1103 no incluye de modo expreso, y en general, entre las cuestiones cubiertas por su ámbito de aplicación material los llamados “acuerdos prematrimoniales” (*prenup agreements*). Este silencio, sin embargo, no significa que todo lo pactado por los cónyuges en los acuerdos prematrimoniales esté excluido del Reglamento. Más bien al contrario, puede y debe afirmarse que todos los acuerdos alcanzados entre los esposos y contenidos en dichos acuerdos prematrimoniales y que afecten a su régimen económico matrimonial están cubiertos por el Reglamento<sup>45</sup>. Frente a ello, los pactos de naturaleza personal concluidos entre los cónyuges e incluidos en un acuerdo prematrimonial, están clara y nítidamente excluidos del Reglamento 2016/1103. También los pactos destinados a aplicarse tras la ruptura matrimonial y tras la disolución del régimen económico matrimonial, sena de naturaleza personal o patrimonial, están excluidos del Reglamento. Del mismo modo, los pactos relativos a los hijos que pueden incluirse en los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial, están también excluidos del Reglamento 2016/1103, como señala la doctrina especializada<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil y el régimen económico matrimonial en Derecho internacional privado español. Valores, métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol.12, n. 2, 2020, pp. 186-225.

<sup>45</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50.

<sup>46</sup> Sobre este particular, *vid.* los imprescindibles trabajos de I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 1, 2019, pp. 81-109; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales internacionales y protección de los menores”, en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 117-141; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, nº 1, pp. 5-45; M.D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 33-34; CH. CHALAS, «Contrats de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque?», *Journal du Droit International*, 2016, n.3, pp. 781-826; A. FUSARO, «Marital contracts, eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica», *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2012, nº 7-8, pp. 475-483; E. GALLANT, «Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce: quel ordre public?», *El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Nuria Bouza Vidal, InDret*, 2017, n.1, pp. 139-164; S. GUILLOD, *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. Un análisis jurídicamente muy cuidado, sugerente y lleno de matices interesantes sobre la admisión de los acuerdos prematrimoniales en Derecho español es el debido a M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Acuerdos Prematrimoniales: entre el Código Civil y el Tribunal Supremo”, *Revista abogados de familia*, marzo 2022, núm. 113, pp. 13-27. Recientemente *vid.* la importante y muy bien fundamentada STS 7 marzo 2023 [ECLI:ES:TS:2023:879]. En dicho caso, «con anterioridad a la celebración del matrimonio, las partes otorgaron una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que acordaron que el matrimonio proyectado se regiría por el régimen de separación de bienes y que, en caso de divorcio, nada se reclamarían el uno al otro por cualquier concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos».

Quinto. En cuanto al espinoso tema de la dote, propia de ciertos Derechos de inspiración musulmana, deberá explorarse si los bienes entregados en dote desarrollan una función concreta, no sólo como requisito de validez del matrimonio, sino en la misma economía matrimonial. En caso de respuesta positiva, el Reglamento es aplicable y el régimen jurídicos de tales bienes quedará sujeto a la Ley designada por el Reglamento, propone C.-J. MALMQVIST<sup>47</sup>. En muchos casos, destaca N. YASSARI, la respuesta es negativa y el Reglamento no debe cubrir su regulación legal<sup>48</sup>.

## b) Concepto de “situaciones transfronterizas”

**30.** El Reglamento, como se ha avanzado, sólo se aplica en situaciones internacionales que afectan a un régimen económico matrimonial, esto es, solamente en casos que presentan elementos extranjeros (Cons. 14 y 16 RREM). Según subraya de modo inmejorable A. RODRÍGUEZ BENOT, el carácter transfronterizo de la situación jurídica relativa al régimen económico matrimonial puede derivar de varios factores<sup>49</sup>.

En primer lugar, puede deducirse de la presencia de elementos objetivos extranjeros en dicha situación, como puede ser la nacionalidad distinta de los esposos, la residencia de ambos en diferentes Estados, el país de celebración del matrimonio, el país de la primera residencia tras el matrimonio, el país de situación de los bienes, el lugar de residencia habitual de los acreedores de los cónyuges, la existencia de un acuerdo de elección de foro en favor de un tribunal extranjero, y otros similares, como indica muy correctamente D. VRBLJANAC<sup>50</sup>.

En segundo lugar, el carácter internacional de una situación relativa a un régimen económico matrimonial podría derivar de la mera voluntad o intención de los cónyuges de internacionalizar su relación matrimonial. Así sucederá si, por ejemplo, en una situación jurídica sin elementos objetivos extranjeros, los cónyuges eligen como aplicable a su régimen económico matrimonial la Ley de otro país. Ello no significa que el régimen económico matrimonial quede sujeto a la Ley extranjera elegida por los cónyuges. Significa que el Reglamento 2016/1103 es aplicable y que será el art. 22 RREM el que indique si dicha elección de ley produce o no, efectos legales.

**31.** Como se ha indicado, para que el Reglamento 2016/1103 sea aplicable, se exige que la situación jurídica que afecta al régimen económico matrimonial contenga algún “elemento extranjero”. En este punto, debe subrayarse que no basta con la presencia de cualquier elemento extranjero en dicha situación jurídica<sup>51</sup>. Debe tratarse de un elemento que haga surgir la duda sobre cuál es el Estado cuyos tribunales son competentes para resolver el litigio o la cuestión o la duda sobre cuál es la Ley estatal aplicable a dicho régimen económico matrimonial. Así las cosas, debe distinguirse, con arreglo a la clásica tesis debida al genio de P. LALIVE, entre dos tipos de elementos extranjeros presentes en la situación jurídica<sup>52</sup>.

En primer lugar, existen elementos que están presentes en la situación jurídica pero que no afectan ni a la estructura de la misma ni tienen nada que ver con la naturaleza de dicha situación. Así, por ejemplo, si dos cónyuges españoles con todos sus bienes en España y residencia habitual en España firman sus capitulaciones matrimoniales con un bolígrafo de fabricación italiana sobre papel elaborado

<sup>47</sup> C.-J. MALMQVIST, “Die Qualifikation der Brautgabe im schwedischen IPR”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012-II, pp. 191-194.

<sup>48</sup> N. YASSARI, “Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht (BGH, S. 85)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011-I, pp. 63-68.

<sup>49</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50.

<sup>50</sup> DANIJELA VRBLJANAC, “Application of the matrimonial property regimes regulation: Croatian perspective”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 117-128, esp. p. 120.

<sup>51</sup> De nuevo, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50.

<sup>52</sup> P. LALIVE, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977, vol. 155, pp. 1-424, esp. pp. 19-29.

en China, el caso presenta “elementos extranjeros”. Ahora bien, se trata de unos elementos extranjeros que no afectan a la naturaleza del problema jurídico planteado, como muy bien explican M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE<sup>53</sup>. Esto es, no es suficiente con la mera “presencia” de un elemento extranjero en la situación jurídica en cuestión. El elemento extranjero debe afectar o estar relacionado con la estructura de la relación jurídica. Así, en el ejemplo citado, existen datos o elementos de la relación jurídica que están conectados con otro país, eso es cierto. Sin embargo, dicho “dato” no debe considerarse como un “elemento propio de la situación jurídica”. El hecho de que el papel se haya fabricado en China y el bolígrafo en Italia no tiene influencia alguna en la régimen económico matrimonial. No está presente en ni afecta a la estructura de la relación jurídica o del litigio relativo al régimen económico matrimonial. Por ello, puede afirmarse que se trata, es evidente, de un dato «*sans perinence juridique*».

En segundo lugar, existen elementos de la situación jurídica que sí afectan a la estructura jurídica del régimen económico matrimonial y que presentan, por ello, un relieve jurídico innegable. Por ejemplo, la existencia de bienes matrimoniales en otro país, la residencia habitual o no de los cónyuges en Estados distintos, la firma de capitulaciones ante notario extranjero, y otros tantos. No importa que tales elementos sean más o menos importantes, en términos de relevancia económica. Lo que se mide aquí es su significación y envergadura jurídica, no su importancia económica. En consecuencia, no se trata de que el dato o elemento extranjero tenga más o menos importancia, significación, alcance o peso en la relación jurídica, sino de que dicho dato o elemento esté presente en la estructura jurídica del régimen económico matrimonial. Para que la situación jurídica se considere “internacional”, el dato o elemento objetivo debe estar relacionado con el problema jurídico planteado. Debe afectar a la estructura de la relación jurídica, en este caso, al régimen económico matrimonial.

De ese modo, el hecho de que el papel donde se hayan firmado las capitulaciones matrimoniales se haya fabricado en China y de que el bolígrafo empleado al efecto se haya elaborado en Italia constituyen circunstancias que, aunque están presentes en el caso, no afectan para nada a la naturaleza de litigio ni a la estructura interna de la relación jurídica. Esta perspectiva la asume el Cons. 1 RREM cuando afirma que la “*la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, en particular en aquellos casos en que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior*”. Con otras palabras, puede afirmarse que el Reglamento exige que la situación relativa al régimen económico matrimonial sea transfronteriza y que, por tanto, contenga uno o varios elementos extranjeros y que éstos presenten un impacto real en la estructura del régimen económico matrimonial, de modo que sea necesaria una normativa de Derecho internacional privado europeo para garantizar “*el buen funcionamiento del mercado interior*”. Que el bolígrafo sea de diseño y elaboración italiana y el papel haya sido fabricado en Shangai constituyen elementos extranjeros presentes en la situación jurídica, pero son elementos sin relevancia jurídica al no afectar a la estructura del régimen económico matrimonial en cuestión. Por ello, en tales casos no es preciso que entre en acción la normativa europea, precisamente porque los elementos extranjeros que están presentes en este supuesto no afectan ni tienen nada que ver con la estructura del régimen económico matrimonial. El mercado interior puede vivir tranquilo porque ese bolígrafo italiano y ese papel chino no lo alteran de ningún modo.

Frente a lo anterior, si dos cónyuges españoles, con residencia habitual en España, y cuyos bienes se hallan todos ellos en territorio español, han firmado un documento en París en el que eligen la Ley francesa como Derecho regulador de su régimen económico matrimonial, el caso presenta elementos extranjeros con relevancia jurídica y el Reglamento 2016/1103 es aplicable. De igual modo, en el caso de dos cónyuges españoles, con residencia habitual en España, cuyos bienes se hallan todos ellos en territorio español salvo una cuenta corriente que se eleva a un total de 100 euros y que está abierta en un banco italiano, puede afirmarse que dicho supuesto es “internacional” o “transfronterizo”. El Re-

<sup>53</sup> M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6<sup>a</sup> ed., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, pp. 88-90: «*L'exigence d'internationalité est dans la plupart des cas implicite, car si tous les éléments de la situation sont localisés sur le territoire du for, quelle que soit la méthode employée, elle conduira toujours à la désignation du droit du for .... On peut observer toutefois que n'importe quelle circonstance de fait produite à l'étranger ne suffit pas à caractériser une situation internationale. Nul ne songe-raît, par exemple, à interroger les règles de droit international privé pour déterminer le droit applicable à un contrat, au seul motif qu'au moment de la signature de l'acte l'un des contractants chaussait des lunettes fabriquées à l'étranger. On ne tient compte que des éléments présentant une certaine pertinence au regard de la question posée*».

glamento 2016/1103 es aplicable, porque lo que resulta fundamental es que el elemento extranjero sea jurídicamente relevante, aunque su importancia económica sea escasa o mínima. La existencia de bienes en el extranjero constituye un elemento objetivo jurídicamente relevante porque hace surgir la duda relativa al Derecho regulador de la situación jurídica, del régimen económico matrimonial en este caso.

32. Puede también suceder que una situación jurídica relativa a un régimen económico matrimonial se forme sin elemento extranjero alguno, pero que, con el tiempo, la situación resulte ser internacional. Por ejemplo, dos sujetos italianos, con residencia habitual en Italia, y cuyos bienes se hallan todos ellos en territorio italiano, contraen matrimonio en Italia. Hasta ese momento, el Reglamento 2016/1103 no es de aplicación, pues el caso carece de repercusión transfronteriza. Ahora bien si esos dos cónyuges, tres años después de su feliz matrimonio, trasladan su residencia habitual a España, el caso presenta, ahora, elementos extranjeros. A partir de ese momento, el Reglamento es aplicable para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial así como para precisar los tribunales y autoridades competentes para conocer de las controversias a las que dicho régimen económico matrimonial puede dar lugar. En Derecho internacional privado, el espacio es importante pero el tiempo también lo es.

### c) Cuestiones excluidas del Reglamento

33. Quedan excluidas del Reglamento las siguientes cuestiones (art. 1 y Cons. 19 RREM):

- 1º) Cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas, esto es todas las cuestiones de Derecho Público que puede suscitar un régimen económico matrimonial, como su tributación en diferentes Estados.
- 2º) La capacidad jurídica de los cónyuges. Esta exclusión comprende tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar y no afecta a las facultades y los derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros, ya que dichas facultades y derechos deben entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento (Cons. 20 RREM).
- 3º) La existencia, validez y reconocimiento del matrimonio. El Reglamento no se aplica a otras cuestiones preliminares al mismo régimen económico matrimonial, como la existencia, la validez o el reconocimiento del matrimonio, que siguen estando reguladas por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado (Cons. 21 RREM).
- 4º) Las obligaciones de alimentos, que están sujetas al Reglamento 4/2009. Las llamadas “cargas del matrimonio”, especifica P. JIMÉNEZ BLANCO, comprenden las obligaciones patrimoniales asumidas por los cónyuges durante el matrimonio y hasta la terminación de éste. Estas “cargas del matrimonio” están reguladas por el Reglamento 2016/1103 salvo que se refieran a prestaciones económicas debidas a los hijos<sup>54</sup>.
- 5º) La sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges, cuya regulación se encuentra en el Reglamento 650/2012. No existe ninguna coordinación o re-equilibrio entre el Reglamento Sucesorio europeo 650/2012 y este Reglamento 2016/1103.
- 6º) La seguridad social, que es una materia característica, típica y propia de Derecho Público.
- 5º) El derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este. Las cuestiones relativas a los derechos de transmisión o ajuste, entre los cónyuges, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez, cualquiera que sea su naturaleza, devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en

<sup>54</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) nº 2016/1103, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 49.

forma de pensión durante este deben ser excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento. Esta exclusión se interpreta de forma estricta. Por ello, el Reglamento cubre en particular la cuestión de la clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se hayan abonado a uno de los cónyuges durante el matrimonio y la posible compensación que se concedería en caso de pensiones suscritas con bienes comunes (Cons. 23 RREM).

- 6º) La naturaleza de los derechos reales sobre un bien. El Reglamento permite la creación o la transmisión resultante del régimen económico matrimonial de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles, tal como dispone la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Ello no debe afectar, sin embargo, al número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros. No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su Derecho desconoce el derecho real de que se trate.
- 7º) Cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

Los requisitos de la inscripción registral de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles no se rigen por este Reglamento. Por consiguiente, debe ser el Derecho del Estado miembro en el que se lleve el registro, -para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*-, el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realizará la inscripción, así como qué autoridades, como los registradores de la propiedad o los notarios, se ocuparán de verificar que se reúnen todos los requisitos y que los documentos presentados o formalizados son suficientes o contienen la información necesaria. En particular, las autoridades podrán comprobar que el derecho de los cónyuges sobre los bienes mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que se lleve el registro. Para evitar la duplicidad de documentos, las autoridades registrales deben aceptar los documentos expedidos en otro Estado miembro por las autoridades competentes cuya circulación se dispone en el Reglamento. Ello no debe impedir que las autoridades que tramiten la inscripción puedan pedir a la persona que la solicita que presente la información o los documentos adicionales requeridos en virtud de la ley del Estado miembro en el que se lleve el registro, como, por ejemplo, información o documentos relativos al pago de impuestos. La autoridad competente podrá indicar a la persona que solicita la inscripción en el registro cómo puede proporcionar la información o los documentos que falten (Cons. 27 RREM).

Del mismo modo, están excluidos también del ámbito de aplicación del Reglamento los efectos de la inscripción de los derechos en el Registro. En consecuencia, corresponde al Derecho del Estado miembro en el que se lleve el registro determinar si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo. Así pues, en el caso de que, por ejemplo, la adquisición de un derecho sobre un bien inmueble requiera su inscripción con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que se lleva el registro con el objeto de garantizar el efecto *erga omnes* de los registros o de proteger las transacciones jurídicas, el momento de dicha adquisición debe regirse por el Derecho de ese Estado miembro (Cons. 28 RREM).

## **B) Ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2016/1103**

**34.** Varios aspectos deben ser concretados en relación con los aspectos temporales de este Reglamento 2016/1103.

Este Reglamento entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, esto es, el 28 julio 2016 (art. 70.1 RREM)

El Reglamento es aplicable a partir del 29 enero 2019. Sólo los arts. 63 y 64 RREM son aplicables a partir del 29 abril 2018, y los arts. 66 y 67 RREM, que son aplicables a partir del 29 julio 2016 (art. 70.2 RREM).

El Reglamento solo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29

enero 2019 (art. 69 RREM). No obstante, cuando la acción se haya ejercitado en el Estado miembro de origen antes del 29 enero 2019, las resoluciones dictadas en esa fecha o después de esa fecha serán reconocidas y ejecutadas de conformidad con el capítulo IV del Reglamento, siempre que las normas de competencia aplicadas sean conformes a las previstas en el Capítulo II de dicho Reglamento. Las disposiciones del Capítulo III, -esto es, las relativas a la determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial-, sólo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial el 29 enero 2019 o después de esta fecha.

### C) **Ámbito de aplicación espacial del Reglamento 2016/1103**

35. Este Reglamento se aplica por todas las autoridades de todos los Estados miembros que participan en el Reglamento a través del mecanismo de la “cooperación reforzada”, tal y como se han indicado *supra*. Dichos Estados miembros son Bulgaria, República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Chipre (art. 328.1 TFUE).

### D) **Ámbito de aplicación personal del Reglamento 2016/1103**

36. El Reglamento 2016/1103 se aplica con independencia de cuál sea el país de la nacionalidad o de residencia habitual de los cónyuges. El Reglamento se aplica también sea cual sea la Ley a la que conduzcan sus normas de conflicto, esto es, ya se trate de la ley de un Estado miembro o de un tercer Estado (art. 20 RREM). Visto el carácter universal de las normas de los conflicto del Reglamento, éste hace inaplicables las normas de conflicto de los Estados miembros participantes en lo relativo al régimen económico matrimonial, que quedan desplazadas, -que no derogadas-, por las normas europeas.

## III. **Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016**

### 1. **Introducción. Los distintos regímenes económicos matrimoniales en el mundo**

37. La inmensa mayoría de los sistemas jurídicos estatales establecen que el matrimonio da lugar a una situación jurídica particular de la economía matrimonial: el “régimen económico matrimonial”. El régimen económico del matrimonio constituye el efecto más relevante del matrimonio, puede leerse en la clásica aportación de G.M. UBERTAZZI<sup>55</sup>. Existen divergencias muy marcadas entre los distintos Derechos estatales en relación con el régimen económico matrimonial. Estas diferencias derivan de las disparidades entre el Derecho Romano y el Derecho germánico en este sector, como explica R. SOCINI LEYENDECKER<sup>56</sup>. Por ello, en la actualidad, existen cinco grandes modos de regular la economía matrimonial, bien descritos por la literatura académica especializada<sup>57</sup>

<sup>55</sup> G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 12-13.

<sup>56</sup> R. SOCINI LEYENDECKER, “Sulla competenza pregiudiziale della Corte comunitaria in base al Protocollo 3 giugno 1971 relativo alla Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 circa la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale”, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1990, p. 115.

<sup>57</sup> El estudio más detallado y completo al respecto, con un cuidado análisis de las familias jurídicas de las que traen causa los sistemas nacionales, es el debido a G.A.L. DROZ, «Les régimes matrimoniaux en droit international privé», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1974, vol. 143, pp. 1-138, y una versión resumida se puede leer en G.A.L. DROZ, «Régimes matrimoniaux», *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.II, 1969, pp. 730-750. En España son notables los trabajos de V.L. SIMÓ SANTONJA, *Regímenes matrimoniales. Legislación comparada*, Aranzadi, Pamplona, 1991; ID., *Capacidad y regímenes matrimoniales de extranjeros (Derecho comparado y conflictual)*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 161-188; ID., “Los regímenes matrimoniales en Derecho internacional privado comparado”,

- 1º) *Sistema de comunidad universal de bienes*. Con arreglo a este sistema, todos los bienes que pertenecían a los cónyuges antes del matrimonio, al igual que todos aquéllos que adquieran durante el matrimonio, pasan a integrar una misma masa de bienes, que se disuelve terminado el matrimonio. Se sigue en Países Bajos, aunque recientes reformas legales lo han matizado y mitigado (RDGSJFP 11 mayo 2022 [compraventa y régimen de comunidad de los Países Bajos]; SAP Tarragona 13 abril 2011 [régimen económico de cónyuges holandeses], Brasil (AAP Barcelona 7 mayo 2012 [comunidad universal de bienes en Derecho brasileño]), África del Sur, países nórdicos cuando el matrimonio ha durado un cierto tiempo, Eslovaquia (RDGSJFP 10 febrero 2021 [herencia de causante eslovaco], etc.<sup>58</sup>. En España, el Fuero del Baylío sigue también, de manera peculiar, este modelo (SAP Badajoz 22 marzo 2021 [Fuero del Baylío], muy bien explicado por J. RODRÍGUEZ RODRIGO<sup>59</sup>.
- 2º) *Sistema de radical separación de bienes*. En ciertos países, y en general, el matrimonio no altera la economía de cada cónyuge. No hay masa de bienes comunes. Es el caso de Grecia, Austria, así de como numerosos Estados americanos, -Chile, Honduras, Nicaragua, Panamá, y algunos Estados integrados en los EE.UU., etc.-, y de ciertas Comunidades Autónomas españolas, como Baleares y Cataluña. Se sigue igualmente en los Derecho islámico, lo que está conectado con la admisión de la poligamia en dichos países. En efecto, resultaría muy complicado establecer un régimen de comunidad entre más de dos personas. Así puede observarse en la jurisprudencia española (SAP Madrid 30 septiembre 2021 [régimen económico de cónyuges marroquíes casados en Marruecos]; SAP Valencia 14 marzo 2019 [régimen económico matrimonial en Derecho marroquí musulmán]; RDGRN [1ª] 21 noviembre 2011 [régimen económico matrimonial marroquí])<sup>60</sup>. El Reglamento 2016/1103, y antes el art. 9.2 CC, señalan también la Ley aplicable a la llamada “pensión por compensación por trabajo para la casa” recogida, en el caso de Derecho español, en el art. 1438 CC, con el objetivo de equilibrar las consecuencias negativas e injustas de un estricto sistema basado en la total separación de bienes de los cónyuges (STS 17 febrero 2021 [divorcio entre cónyuges franceses])<sup>61</sup>.
- 3º) *Sistema de sociedad de gananciales*. Tras la celebración del matrimonio, se forma una masa de bienes comunes de la que están excluidos los bienes de los cónyuges adquiridos antes del matrimonio, así como los adquiridos tras el matrimonio por título lucrativo, como donaciones o herencias. Pertenecen a la masa común, a la sociedad de gananciales, los bienes que los cónyuges adquieran a título oneroso tras la celebración del matrimonio. Es el régimen más extendido en todo el mundo. Se sigue en el Derecho civil común español (arts. 1344-1410 CC), en numerosos países sudamericanos, -en los que la influencia legal española ha sido muy marcada-, en Francia, Italia y Bélgica. Es el sistema que se observa en Rusia (SAP Málaga 18 octubre 2021 [régimen económico matrimonial y Derecho ruso]) y en otros países antes integrados en la Unión Soviética, que siguieron el régimen de gananciales establecido por el Código Soviético de la Familia, como Ucrania, Letonia y Lituania<sup>62</sup>. Del mismo modo, este sistema constituye el régimen supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales en Polonia,

RCDI, 1980, núm.539, pp. 859-874; ID., *Compendio de regímenes matrimoniales*, Tirant, Valencia, 2005., Actualizado y de extraordinaria utilidad es el volumen de O. IZQUIERDO / A. OLIVA RODRÍGUEZ / A.M. OLIVA IZQUIERDO, *Los regímenes económico matrimoniales del mundo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2018.

<sup>58</sup> RDGSJFP 11 mayo 2022 [BOE núm. 130 de 1 junio 2022]; SAP Tarragona 13 abril 2011 [CENDOJ 43148370012011100188]; AAP Barcelona 7 mayo 2012 [CENDOJ 08019370182012200122]; RDGSJFP 10 febrero 2021 [BOE num. 48 de 25 febrero 2021].

<sup>59</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”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2019, n. 2, vol. 11, pp. 747-759. También J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “La Ley aplicable a los efectos del matrimonio en los casos internacionales. Enseñanzas del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 545-565. Vid. SAP Badajoz 22 marzo 2021 [ECLI:ES:APBA:2021:61].

<sup>60</sup> SAP Madrid 30 septiembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:9947]; SAP Valencia 14 marzo 2019 [ECLI:ES:APV:2019:431]; RDGRN [1ª] 21 noviembre 2011 [JUR 2012/304119].

<sup>61</sup> STS 17 febrero 2021 [ECLI:ES:TS:2021:532].

<sup>62</sup> SAP Málaga 18 octubre 2021 [ECLI:ES:APMA:2021:3627].

Eslovaquia, Eslovenia, República Checa, Croacia, Bulgaria, Bosnia-Herzegovina y Hungría. Merece la pena subrayar que, en Italia, -país siempre inclinado al comercio y a los negocios y de muy marcada tradición en favor del sistema de separación de bienes-, se introdujo el todavía hoy vigente sistema de la sociedad de gananciales (*comunione legale dei beni tra i coniugi*) en 1975 como respuesta legal a la aprobación del divorcio. En efecto, el legislador italiano pensó que, debido a la aprobación del divorcio en Italia por *referendum* popular, los matrimonios durarían menos y los cónyuges acudirían en masa al divorcio. Para evitar una cascada de rupturas matrimoniales, el legislador italiano reaccionó y cambió el régimen económico del matrimonio aplicable en defecto de pacto, que pasó a ser el sistema de “comunidad de bienes”. Así, los cónyuges seguirían juntos, si no por amor, al menos por interés (F. GALGANO)<sup>63</sup>. La jugada le salió mal al legislador italiano de 1975, porque, en la actualidad, más de la mitad de las parejas que existen en Italia no contraen matrimonio, con lo que ha quedado claro que el sistema de la comunidad de bienes no garantiza la indisolubilidad de un matrimonio que no llega a celebrarse. Con la paradoja, además, de que, si se llegase a aprobar un día en Italia un matrimonio entre personas del mismo sexo, este sistema de la comunidad de bienes “anti-divorcio” reforzaría la indisolubilidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ello demuestra que si el amor no mantiene unidas a dos personas, tampoco el dinero lo hace.

- 4º) *Sistema de participación en las ganancias generadas*. Se observa en países como Alemania (*Zugewinnngemeinschaft*), Finlandia, Dinamarca, Suiza y Québec. Significa que, durante el matrimonio, cada cónyuge mantiene su patrimonio separado e individual. Cuando se disuelve el matrimonio, se debe proceder a computar las ganancias que cada esposo ha obtenido. El cónyuge que haya obtenido más ganancias debe pagar al otro cónyuge la mitad de esa cantidad que ha obtenido de más. En el Derecho español, no es el régimen subsidiario o general en defecto de pacto, pero lo pueden elegir los cónyuges con arreglo a los arts. 1411- 1434 CC.
- 5º) *Sistema de la inexistencia de régimen económico matrimonial*. En líneas generales, los países de *Common Law* carecen de un régimen económico matrimonial en sus legislaciones. En Gran Bretaña, el concepto de “régimen económico del matrimonio” no existe. Por tanto, cuando el Derecho inglés es aplicable en España, no puede activarse ninguna presunción de ganancialidad ni nada parecido ni tampoco cabe ningún procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial (SAP Baleares 28 septiembre 2021 [matrimonio entre ciudadanos ingleses celebrado en Estados Unidos de América y primera residencia en España]; RDSSJFP 28 septiembre 2020 [régimen matrimonial sujeto al Derecho inglés]: “*por tratarse de la legislación inglesa no existe propiamente un régimen económico matrimonial .... en dicho sistema legal existe absoluta separación del patrimonio de cada uno de los cónyuges, que conduce a la libre administración y disposición de cada uno sobre sus bienes propios*”; SAP Alicante 4 diciembre 2019 [régimen matrimonial inglés]; ATS 3 julio 2019 [sociedad de gananciales y Derecho inglés]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [Derecho inglés]; SAP Islas Baleares 10 abril 2018 [Derecho inglés], RDGRN 19 octubre 2018 [Ley inglesa]; RDGRSJFP 31 enero 2022 [régimen económico matrimonial de nacional británico divorciado]; RDGRSJFP 2 febrero 2022 [compraventa de inmueble por cónyuges de nacionalidad india])<sup>64</sup>. En los Derechos en los que no existe régimen económico matrimonial, como el británico o el indio, en algunas ocasiones, los bienes afectos a la economía matrimonial pertenecen a cada uno de los cónyuges por separado, pero quedan sujetos a un *constructive trust*. Un *constructive trust* es aquél que opera como una institución de equidad frente a la aplicación estricta de la ley y que surge por decisión judicial con el objetivo de beneficiar a una parte que se ha visto perjudicada, las más de las veces, por un enriqueci-

<sup>63</sup> F. GALGANO, *Il rovescio del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 79-81.

<sup>64</sup> SAP Baleares 28 septiembre 2021 [ECLI:ES:APIB:2021:2213]; RDSSJFP 28 septiembre 2020 [BOE núm. 272 de 14 octubre 2020]; SAP Alicante 4 diciembre 2019 [ECLI:ES:APA:2019:3201]; ATS 3 julio 2019 [ECLI:ES:TS:2019:7465A]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [ECLI:ES:APV:2018:480]; SAP Baleares 10 abril 2018 [ECLI: ECLI:ES:APIB:2018:83A]; RDGRSJFP 31 enero 2022 (BOE núm. 41 de 17 febrero 2022); RDGRSJFP 2 febrero 2022 (BOE núm. 45 de 22 febrero 2022).

miento injusto de otra persona. Es un *trust* que se crea una vez analizada la conducta de un cónyuge que puede haberse aprovechado del estado de las cosas para enriquecerse a costa del otro cónyuge. A través de este *constructive trust*, ciertos bienes se colocan en situación de *trust*, de modo que la persona beneficiada por la situación del matrimonio se considere un *trustee* que debe administrar tales bienes con justicia y está obligado a transferir la propiedad y posesión de los mismos al otro cónyuges perjudicado. Este tipo específico de *trust* surge a partir de un concepto muy amplio de “enriquecimiento injusto”. Pues bien, en tales casos si no se prueba dicha circunstancia, esto es, si no se acreditan los elementos que permiten la creación del *constructive trust*, las autoridades españolas no podrán tenerla en cuenta (RDGRSJFP 31 enero 2022 [nacional británico divorciado])<sup>65</sup>. En estos sistemas, el matrimonio no altera en nada la propiedad de cada cónyuge. No obstante, en estos países se sigue un régimen en cuya virtud ciertos bienes adquiridos constante matrimonio o por ambos cónyuges o vinculados a la vida matrimonial se asignan a la familia o al matrimonio y ciertas deudas son imputables a ambos cónyuges. Al finalizar el matrimonio por divorcio, los tribunales disponen de un poder muy amplio para distribuir los bienes de ambos cónyuges que estaban asignados al funcionamiento del matrimonio, sean propiedad de quien sean, siempre que no se trate de matrimonios de “corta duración”. De ese modo se intenta evitar que un cónyuge quede desfavorecido tras el divorcio después de haberse dedicado a la familia. Los tribunales dictan diversas medidas (*ancillary relief*) ajustadas a los caracteres del caso concreto. Puede afirmarse, en general, que los cónyuges pueden acordar lo que estimen conveniente para distribuir los bienes tras el divorcio, de modo que los tribunales sólo acuerdan medidas al efecto si dichos cónyuges no alcanzan un acuerdo.

## 2. Las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 como precipitado histórico

**38.** La determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se lleva a cabo mediante ciertas normas de conflicto recogidas en el Capítulo II del Reglamento 2016/1103. Tales normas constituyen un auténtico sistema de precisión de la ley aplicable al régimen económico matrimonial que opera de modo auto-contenido. Todo régimen económico matrimonial encuentra su Ley aplicable en este sistema de normas de conflicto. Por otro lado, dicho conjunto de normas dispone de su propio arsenal de disposiciones complementarias o normas de funcionamiento que resuelven los típicos problemas que surgen en la aplicación de las normas de conflicto: reenvío, orden público, remisión a sistemas plurilegislativos y otros similares.

**39.** Los puntos de conexión recogidos en los arts. 22-26 RREM no han visto la luz de un día para otro. No han surgido, de repente, del etéreo pensamiento puro del legislador europeo. No son tampoco, una creación *ex nihilo* de la Unión Europea. Representan, más bien al contrario, un condensado de las soluciones de Derecho internacional privado que, desde hace cientos de años, ha propuesto brillantes, admirables y significados juristas europeos. La cuestión estriba, ahora, en descubrir qué queda, en las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103, de las aportaciones de esos insignes maestros de Derecho internacional privado. Se trata de desvelar qué soluciones han sobrevivido y cuáles han perdido importancia, peso y significación en este sector. También es necesario indagar si el Reglamento incorpora respuestas novedosas a la hora de precisar la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

**40.** Con carácter preliminar, cabe recordar que todas las aportaciones jurídicas para precisar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial que se realizan a partir de la Edad Media y hasta finales del siglo XIX, constituyen acercamientos de tipo estatutario. Fijan el ámbito de aplicación en el espacio de las leyes de los diferentes Estados. Se detienen más en la Ley que en el objeto de la Ley, como

<sup>65</sup> RDGRSJFP 31 enero 2022 (BOE núm. 41 de 17 febrero 2022).

justamente observa G.M. UBERTAZZI<sup>66</sup>. Se analizan los textos legales más que las situaciones jurídicas, lo que resta interés, hoy día, al resultado de dichos estudios estatutarios.

41. En primer lugar, la aplicación, al régimen económico matrimonial, de la Ley del lugar de celebración del matrimonio fue seguida en la Alta y Baja Edad media. Del mismo modo que la formación y los efectos de los contratos debían quedar sujetos a la ley del lugar de celebración de los mismos, se estimó que el matrimonio, -institución muy similar al contrato-, debía regirse por la Ley del país de celebración del matrimonio. El régimen económico matrimonial es un efecto del contrato de matrimonio y debía, según parecía lógico-, regularse por la Ley del lugar donde ha nacido dicho contrato, la ley del lugar de celebración del matrimonio. Se puede apreciar esta conexión en la Partida IV, título XI, Ley 24, de las Sietes Partidas del rey castellano Alfonso X el Sabio<sup>67</sup>. El régimen económico matrimonial, se dice, debe regirse por la “*costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*”. Es una solución que se importó de Italia, de los estatutarios italianos, y que también se expandió por Francia, como certifican los estudios de G. DURANT, P. DE BELLEPERCHE, CINUS y JEAN FABRE.

Sin embargo, ya al final de la Baja Edad media y sobre todo a comienzos de la Edad moderna esta conexión se abandona de modo paulatino pero decidido. En efecto, el lugar de celebración del matrimonio puede ser fortuito, casual, puramente anecdótico. De esa manera, dicho punto de conexión podría conducir a la aplicación de la ley de un Estado que nada tiene que ver con la realidad de la economía matrimonial de una pareja. Comienzan los movimientos para escapar de la ley del lugar de celebración del matrimonio. En España, GREGORIO LÓPEZ, -insigne comentador y glosador de las Partidas alfonsinas-, afirmaba que, en realidad, este texto legal presuponían que la Ley de celebración del matrimonio se identificaba con la ley del domicilio conyugal, que era una conexión realista y con una vinculación evidente y auténtica con la economía matrimonial. De ese modo, afirmó que la Ley del domicilio conyugal actual debía regular los “efectos personales del matrimonio y la ley del país del primer domicilio de los cónyuges, debía regir los “efectos patrimoniales”. También en España, de modo más sutil, si cabe, RODRIGO SUÁREZ apostó por introducir un matiz muy ingenioso a la solución de las Partidas: afirmó que la aplicación de la Ley del país de celebración del matrimonio sólo procedía los cónyuges habían contraído matrimonio en un lugar determinado *animo ibi manendi*, esto es, con la voluntad clara de permanecer e instalar en dicho lugar su domicilio conyugal.

En realidad, esta conexión “lugar de celebración” = lugar de domicilio del matrimonio” era una declaración de fervorosa fe en favor de la Ley del lugar donde estaban los bienes del matrimonio. La movilidad de las personas en la Edad Media era prácticamente nula. Explica G. WIEDERKEHR que las familias eran entendidas como unidades de supervivencia ligadas a los bienes. Las familias, de hecho, llevan el nombre de su tierra. El eje de la familia son sus bienes, especialmente los bienes inmuebles. El régimen económico matrimonial se concibe, de modo primitivo y algo tosco, como un sistema para la protección de los bienes de la familia. La Ley de situación de los bienes adquiere un relieve innegable a la hora de regular el régimen económico matrimonial. Es la *réalité*<sup>68</sup>.

El cambio social en la Edad Moderna es evidente. La familia se concentra en los cónyuges y éstos adquieren bienes en otros lugares que no son el lugar de su domicilio. Los bienes son ahora una inversión que produce beneficios y no sólo el fundamento, base y centro de la supervivencia familiar. El cambio social va a traer un cambio de punto de conexión en el Derecho internacional privado de los países europeos.

El declive de la solución “lugar de celebración del matrimonio” fue evidente y esta conexión nunca recuperó su importancia para concretar la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En

---

<sup>66</sup> G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, esp. pp. 4-6: “Tale impostazione del nostro problema toglie pertanto interesse all’esame degli argomenti che sono stati portati a conforto dell’una o dell’altra soluzione, così come toglie interesse ad una ricostruzione, operata con criteri critici moderni, del valore della teoria degli Statuti in generali: mentre l’esame di quei argomenti non presenta, data la diversità di posizioni teoriche alcuna utilità, una ricostruzione moderna del pensiero degli scrittori statutari rischierebbe di condurre a conclusioni profondamente diverse da quelle realmente presenti nel pensiero giuridico dell’epoca”.

<sup>67</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. pp. 157-158.

<sup>68</sup> G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Dalloz, París, 1967, pp. 20-21.

el Reglamento 2016/1103, esta conexión sólo puede ser tenida en cuenta, de modo residual y como un elemento más, en el contexto del art. 26.1.c) RREM, esto es, como un dato entre otros tantos para precisar la ley del país con el que ambos cónyuges tienen “*la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio*”. Aparte sus problemas valorativos, -el lugar de celebración del matrimonio puede conducir, con frecuencia, a aplicar leyes de Estados con nula vinculación con los cónyuges y la vida matrimonial-, la conexión suscita enormes problemas técnicos. Ya puestos de relieve por G.M. UBERTAZZI en el caso de matrimonios por poder, estas complicaciones son hoy infinitas debido a la existencia matrimonios *online*, por whatsapp y otras modalidades que han suscitado dudas, incógnitas y dilemas en la práctica judicial alemana, como han destacado H.-P. MANSEL y F. STURM<sup>69</sup>.

42. En segundo lugar, como se ha visto, la ley del lugar de celebración del matrimonio pierde importancia y emerge la ley del lugar del domicilio conyugal como nueva conexión para fijar la ley aplicable al régimen económico matrimonial. El gran impulsor de esta conexión fue CHARLES DUMOULIN, jurista francés de brillantísimos argumentos. Este gran estudioso y práctico del Derecho internacional privado estima que el régimen económico matrimonial constituye un contrato y que la ley aplicable al régimen económico matrimonial es la Ley elegida por los cónyuges, que en el caso concreto, era la ley implícitamente preferida por ellos: la ley del país del primer domicilio conyugal tras la celebración del matrimonio. En su más que célebre *Consilium LIII* (53), fechado en 1524, estima que resolvió a sus 23 años el caso de los esposos *De Ganey* en favor de la Ley del primer domicilio conyugal. 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 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 estima 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 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 “*famosissima quaestio*”, -estatutos reales contra estatutos personales-, se saldó con la clamorosa victoria de Charles DUMOULIN, victoria cuyos ecos duran ya siglos y llegan hasta el siglo XXI, en el que todavía la cour de cassation francesa aplica las soluciones de CHARLES DUMOULIN (sentencia cour cassation (Francia) de 14 noviembre 2006 [la Ley rectora de los efectos del matrimonio es la Ley del primer domicilio conyugal])<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, esp. pp. 138-144; H.-P. MANSEL, «Zur Liberalisierung des internationalen Ehe- und Lebenspartnerschaftsrechts des EGBGB: Bemerkungen zum Ort der Eheschließung und Registerort als Anknüpfungspunkte», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2022, n.6, pp. 561-567; F. STURM, «Handschuhehe und Selbstbestimmung (OLG Zweibrücken, S. 442)», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2013-5, pp. 412-418.

<sup>70</sup> Sentencia cour cassation [Francia] de 14 noviembre 2006, *Bulletin*, 2006 I, n. 472 p. 405: «*qu'en refusant d'appliquer la loi algérienne régissant le régime matrimonial du ménage polygamique légalement constitué en Algérie par Abdelkader Y... avec le consentement de toutes ses épouses, et alors que lui-même avait, en sa qualité d'auteur de cette situation, suffisamment établi sa volonté de soumettre son régime matrimonial avec Mme X... à la seule loi algérienne, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil .... Mais attendu que la loi applicable au régime matrimonial des époux mariés sans contrat est déterminée principalement en considération de la fixation de leur premier domicile conjugal; qu'en l'espèce, l'arrêt relève que les époux se sont installés en France quelques semaines après leur mariage civil célébré le 6 septembre 1963....*».

En suma, CHARLES DUMOULIN introduce, como se ha indicado, un cambio radical a la hora de precisar la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Su defensa de los intereses privados y particulares frente a los intereses de los Estados es capital. La aportación de CHARLES DUMOULIN llegará muy lejos. En el Reglamento 2016/1001 se observa la presencia de dos elementos de extraordinaria importancia que son un reflejo del pensamiento de este autor. En primer lugar, la autonomía de la voluntad de los cónyuges, libres para, dentro de ciertos límites, elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial. Es la primera conexión y se contiene en el art. 22 RREM en una forma más avanzada que la concebida por el autor francés, cuya semilla intelectual es, de todos modos, innegable en dicho precepto. En segundo lugar, el lugar del primer domicilio de los cónyuges como punto clave donde los cónyuges, de modo voluntario, ha decidido instalarse y situar el centro principal de sus intereses. Puede detectarse de modo diáfano en el art. 26.1.a) RREM. Ambos puntos de conexión son una herencia de la obra de CHARLES DUMOULIN que ha llegado hasta el Reglamento 2016/1103.

**43.** En tercer lugar, otra visión completamente diferente y radicalmente distinta de cómo determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial surgió en el siglo XIX en Europa. La cuestión enfoca en dicho momento en un escenario de expansión del estatuto personal en un período de creación de nuevos Estados en Europa, en particular, en el caso de Italia y Alemania. Una ola recorre Europa: la aplicación de la Ley nacional a las cuestiones incluidas en el llamado “estatuto personal” de todo individuo, como muy bien ilustra J.D. GONZÁLEZ CAMPOS<sup>71</sup>. En dicho movimiento, se estima que la familia debe quedar regida por una sola y única ley, que es la ley nacional del marido. Ésta debe regir también todas las cuestiones relativas a la familia, esto es, la filiación de los hijos, la capacidad de todas las personas de la misma familia así como los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, como se aprecia en la célebre STS 27 noviembre 1868<sup>72</sup>. Todos estos aspectos deben quedar sujetos a una sola y única ley: la ley del *paterfamilias*, la ley nacional del marido y del padre. Durante todo el siglo XIX muchos Estados europeos acogen la solución “ley nacional del marido”, España incluida (STS 1 julio 1897)<sup>73</sup>. Esta solución ocupó su lugar en el en el Código civil español de 1889 (STS 20 noviembre 2011 [matrimonio civil contraído por españoles en Méjico en 1940]<sup>74</sup>). La reforma del título preliminar del Código civil español de 1974 dio lugar a dos normas de conflicto diferentes. El art. 9.2 CC fijaba la Ley reguladora de relaciones personales entre los cónyuges y hacía aplicable la *última Ley nacional común* durante el matrimonio, y en su defecto, la Ley nacional del marido en el momento de la celebración. El art. 9.3 CC concretaba la Ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre los esposos y apostaba por hacer aplicable al fondo de las capitulaciones matrimoniales, la Ley nacional de cualquiera de ellos.

Sin embargo, este criterio entra en crisis de modo evidente cuando el principio de no discriminación por razón de sexo y la igualdad de los cónyuges ante la ley penetra en los ordenamientos jurídicos occidentales y en particular en las Constituciones nacionales de dichos Estados. Este punto de conexión pierde lentamente empuje e importancia. La nacionalidad, por otra parte, también entra en crisis al considerarse que, con frecuencia, constituye un vínculo sola y estrictamente formal estrictamente, con lo que pierde potencial localizador real y empieza un lento pero acusado declive ya desde el final de la Segunda Guerra Mundial en toda Europa. En el Reglamento 22106/1103, la nacionalidad común de los cónyuges ha perdido relieve. Se puede detectar como tercer punto de conexión, en la parte baja de la tabla de conexiones, en el art. 261.b) RREM.

**44.** En cuarto lugar, un producto típico del Derecho internacional privado de finales del siglo XX hace su entrada en el Reglamento. Se trata del principio de proximidad aplicado como punto de conexión directo y puede verse en el art. 26.1.c) RREM. Es una solución de cierre, un último recurso del

<sup>71</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol.II, 3ª ed. revisada y ampliada, Oviedo, 1990, pp. 219-246.

<sup>72</sup> STS 27 noviembre 1868, *Jurisprudencia civil*, vol. 18, p. 536.

<sup>73</sup> STS 1 julio 1897, *Jurisprudencia civil*, vol. 82, p. 18. Para Italia, vid. G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 130-139.

<sup>74</sup> STS 20 noviembre 2011 [CENDOJ 28079110012011100831].

sistema. Resulta interesante esta victoria del criterio de proximidad como norma de conflicto porque se ha impuesto en el Reglamento sobre la pura, descarnada, fría y automática aplicación de la *lex fori* como última conexión. Su presencia dice mucho en favor de los redactores del texto legal, que han privilegiado los intereses de los cónyuges sobre la comodidad judicial.

45. En quinto término, finalmente, también encuentra su sitio en este Reglamento, una cláusula de excepción, otro mecanismo técnico e intelectual propio de finales del siglo XX y que es expresión, nuevamente, del principio de proximidad. Se encuentra, concebido como un resorte de aplicación excepcional, en el art. 26.3 RREM. Su aplicación es restrictiva y opera como una atalaya de vigilancia que garantiza que la conexión “lugar de la primera residencia habitual común tras el matrimonio” no se aparte de las expectativas de los cónyuges, esto es, del principio de proximidad y conexión más estrecha.

46. Las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103, se dice, se inspiraron en la escalera de soluciones conflictuales recogida en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales<sup>75</sup>. No obstante, las soluciones tomadas de dicho convenio han sido refinadas, mejoradas y actualizadas de modo muy notable, apunta N. JOUBERT<sup>76</sup>.

### 3. Principios generales inspiradores de las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103

47. Los caracteres principales de los preceptos que el Reglamento 2016/1103 dedica a precisar la ley aplicable al régimen económico matrimonial son los que siguen.

#### A) Carácter *erga omnes*

48. La Ley que resulta aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro (art. 20 y Cons. 44 RREM). Como consecuencia de ello, a partir de la fecha de la plena aplicación del Reglamento 2016/1103, las normas de conflicto de leyes que precisan la ley aplicable al régimen económico matrimonial en los Estados miembros participantes resultan inaplicables, como destaca I. VIARENGO<sup>77</sup>. Están desplazadas, como antes se ha dicho, pero no derogadas, por las normas europeas. Para España esto significa que los arts. 9.2 y 3 CC ya no son aplicables para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en los casos internacionales.

#### B) Unidad y universalidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial

49. En principio, sólo una ley estatal rige el régimen económico matrimonial de los cónyuges (art. 21 RREM). Ésa es la regla general. La ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de los arts. 22 ó 26 REEM se aplicará a todos los bienes incluidos en dicho régimen, con independencia de donde los bienes estén situados, ya se trate de otro Estado miembro o de un tercer Estado (Cons. 43 y 49 RREM).

En esta línea, indica el Cons. 43 RREM que, “[p]or motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial, la ley aplicable debe regular el régimen económico matrimonial en su conjunto, es decir, la totalidad del patrimonio de ese régimen, con inde-

<sup>75</sup> Texto oficial en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=87>.

<sup>76</sup> N. JOUBERT, «Le dernière pierre [provisoire?] à l'édifice de droit international privé européen en matière familiale», *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 17.

<sup>77</sup> I. VIARENGO, “Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2018, vol. 54, pp. 33-58, esp. p. 47.

*pendencia de la naturaleza de los bienes y de si los bienes están situados en otro Estado miembro o en un tercer Estado”.*

Se trata de un principio fuerte del Reglamento que sólo puede sufrir las excepciones expresamente contempladas por el propio texto del Reglamento. Como muy bien señala J. RODRÍGUEZ RODRIGO, se trata de un principio de interpretación extensiva y nunca restrictiva<sup>78</sup>.

La unidad y universalidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial constituye un principio inspirador de las normas de conflicto que comporta diversas ventajas. En efecto, dicho principio aumenta la seguridad jurídica de los cónyuges, simplifica la gestión de los bienes del matrimonio, impide la existencia de dos o más conjuntos de bienes diferentes regidos por Leyes distintas, -lo que podría comportar desequilibrios e incoherencias de reglamentación-, y finalmente, beneficia también a los terceros que se relacionan con los cónyuges, que sólo deben informarse sobre un ordenamiento jurídico, esto es, sobre el Derecho único que rige el régimen económico matrimonial.

Es un principio importante y fuerte del sistema conflictual del Reglamento, como se ha indicado. Tanto es así, que los cónyuges pueden elegir la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial pero sólo pueden elegir una ley. Y tampoco el art. 22 RREM les autoriza a elegir la ley del país donde se encuentran los bienes inmuebles incluidos en el régimen económico matrimonial como ley reguladora, exclusivamente, de dichos inmuebles, porque ello podría comportar la aplicación de varias leyes a un mismo régimen económico matrimonial<sup>79</sup>.

Es también digno de relieve que la unidad del régimen jurídico del régimen económico matrimonial se impone sobre la aplicación de la *lex rei sitae*. En efecto, el legislador europeo persigue, de modo relevante, dotar al régimen económico matrimonial de una disciplina jurídica unitaria aunque los bienes se hallen en diferentes Estados. La soberanía del Estado sobre su territorio no debe impedir que los bienes situados sobre dicho territorio y que se encuentren integrados en un régimen económico matrimonial estén sujetos a la Ley de otro Estado que no sea el de su lugar de situación, como con acierto han destacado E. BAZZO y O. FERACI<sup>80</sup>. La Ley reguladora del patrimonio de los cónyuges prevalece sobre la ley del país donde dicho patrimonio se encuentra situado.

### C) Puntos de conexión subsidiarios y principio de proximidad

**50.** Los arts. 22-26 RREM recogen una serie de puntos de conexión subsidiarios o en cascada que fijan la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Es la típica “escalera de Kegel” (*Kegel's ladder*). Si el primer punto de conexión no concurre, la ley aplicable al régimen económico matrimonial se determina con arreglo al siguiente punto de conexión y así sucesivamente hasta el último punto de conexión. Es una escala de puntos de conexión guiada por el principio de proximidad (Cons. 49 RREM). En este sentido, la ley seleccionada por el primer punto de conexión es la ley del país más conectado con

<sup>78</sup> J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 99-101.

<sup>79</sup> En este sentido, *vid.* la muy bien construida Circulaire du 24 avril 2019 de présentation des dispositions des règlements (UE) n° 2016/1103 et n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, texto en: <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/44741>, p. 21: “*Pour les régimes matrimoniaux, l'autonomie de volonté des parties a été conservée mais elle est plus encadrée car il n'existe désormais que deux choix possibles, alors que la convention de la Haye du 14 mars 1978 en prévoyait quatre. Notamment, le choix en faveur de la loi de situation des immeubles, contraire au principe d'unicité de la loi applicable et entraînant un morcellement des lois applicables, a été abandonné*”. También, con explicaciones más que convincentes, E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 11.

<sup>80</sup> ELEONORA BAZZO, “Art. 20”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 190-192. También, sagazmente, 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 c.d. Legge Cirinnà’ *Osservatorio e fonti.it*, 2 (2017), pp. 20; S. MARINO, “I diritti del coniuge o del “partner” superstite nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione Europea”, *Rivista di Diritto internazionale*, 2012, pp. 1114-1121.

el supuesto. Si no concurren las circunstancias previstas para activar ese primer punto de conexión, se acudiría al segundo, que también representa una vía para llegar a la ley de otro país conectado, -aunque ahora en menor grado-, con el supuesto, y así sucesivamente.

#### **D) Normas de conflicto con puntos de conexión eficientes**

**51.** Las normas de conflicto recogidas en el Reglamento conducen a la Ley estatal cuya aplicación a un concreto régimen económico matrimonial comporta los costes más reducidos para las partes. El Cons. 40 RREM lo expresa así: *“para que los ciudadanos puedan disfrutar, con plena seguridad jurídica, de las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial (...) la norma principal debe garantizar que el régimen económico matrimonial se rija por una ley previsible con la que tenga una estrecha conexión”*. La aplicación previsible para los cónyuges de la Ley de un Estado concreto a su régimen económico matrimonial significa que éstos pueden y deben haber podido prever dicha aplicación de una manera sencilla, casi intuitiva. Lo declara también el Cons. 43 RREM: *“[p]ara que los ciudadanos puedan disfrutar, con plena seguridad jurídica, de las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial (...)”*. La aplicación de una Ley estatal concreta que se corresponde con un Estado próximo a la situación patrimonial de los cónyuges comporta costes reducidos para las partes. En efecto, se supone que los cónyuges están perfectamente situados para conocer, a un coste limitado, el contenido de la Ley de los Estados próximos a la situación económica del matrimonio.

#### **E) Normas de conflicto uniformes que evitan el Forum Shopping**

**52.** El Reglamento recoge una serie de *“normas de conflicto de leyes armonizadas para determinar la ley aplicable a la totalidad del patrimonio de los cónyuges sobre la base de una escala de puntos de conexión”* (Cons. 49 RREM). Los Estados miembros participantes en el Reglamento disponen, así, de las mismas normas de conflicto para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Por ello, desde el punto de vista de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, es indiferente que el litigio se suscite ante los tribunales de un Estado miembro participante o de otro: la Ley aplicable al régimen económico matrimonial será en todo caso la misma, siempre que se trate de Estados miembros que participan en el Reglamento. Con ello se evitan comportamientos estratégicos de los cónyuges. En efecto, un cónyuge podría no resistir la tentación de situar el litigio ante los tribunales de un Estado al ser consciente de que, con ello, es aplicable una determinada ley estatal reguladora de su régimen económico matrimonial que le beneficia en perjuicio del otro cónyuge. Entre los Estados miembros participantes en este Reglamento, el peligro del *forum shopping* queda conjurado y, precisamente por ello, el espacio europeo de Justicia funciona de modo más apropiado.

#### **F) Normas de conflicto rígidas y seguridad jurídica**

**53.** En general, el Reglamento presenta normas de conflicto con puntos de conexión rígidos. Con ello se asegura que los cónyuges puedan saber *“de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial”* (Cons. 43 RREM). La previsibilidad, para los cónyuges y para terceros de cuál es la ley que rige el régimen económico matrimonial, es un principio fundamental en el Reglamento 2016/1103. Dos excepciones, sin embargo, deben ser citadas.

En primer lugar, en casos de gran internacionalidad o casos deslocalizados, esto es, supuestos con elementos extranjeros múltiples y dispersos, -casos que no deberían ser frecuentes-, el Reglamento recurre a un punto de conexión flexible. En virtud del mismo, se aplica la Ley del Estado *“con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, te-*

*niendo en cuenta todas las circunstancias*” (art. 26.1.c) RREM). Al ser un punto de conexión flexible, la seguridad jurídica preventiva de los cónyuges en relación con la ley aplicable a su régimen económico matrimonial es menor. Debe esperarse a que sea la autoridad competente la que concrete cuál es la ley estatal que regula el régimen económico matrimonial. Los cónyuges pueden también calcular cuál es el Derecho aplicable a su régimen económico matrimonial en estos casos deslocalizados. Sin embargo, es cierto que, vista la dispersión espacial de elementos de estas situaciones, los cónyuges tendrán dificultad para prever, con anticipación, cuál es la Ley que rige el régimen económico matrimonial.

En segundo lugar, cuando la conexión “primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio” ordena la aplicación de la Ley de un Estado que presenta una vinculación real poco significativa con la economía matrimonial, entonces, si existe un ligamen más estrecho con otro país, se aplicará la Ley de ese otro país. Se trata de una cláusula de escape prevista para casos excepcionales, que deberían ser, también, casos poco frecuentes (art. 26.3 RREM). En este segundo grupo de supuestos resulta más complejo prever con exactitud cuál es la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, pues la fijación de dicha ley reguladora depende de numerosos factores que el punto de conexión flexible toma en consideración.

#### 4. Ley elegida por los cónyuges

##### A) Autonomía conflictual de los cónyuges. Aspectos generales

54. Indica el art. 22 RREM que los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.

Por tanto, en primer lugar, el régimen económico matrimonial se rige por la Ley elegida por los cónyuges o futuros cónyuges. Éstos podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial en las condiciones fijadas y con los límites establecidos en el art. 22 *in primis* RREM.

Como explica S. MARINO, este punto de conexión era ya ampliamente conocido y aplicado en el sector del régimen económico matrimonial como punto de conexión principal sólo en algunos Estados miembros, como Francia, pero para otros Estados supone una novedad radical<sup>81</sup>. El Reglamento 2016/1103 se alinea con el Reglamento Roma III al permitir una elección de la ley aplicable sujeta a parámetros muy similares, comenta B. HEIDERHOFF<sup>82</sup>.

##### B) Autonomía conflictual de los cónyuges. Razón de ser de la conexión

55. La admisión de la elección, por los cónyuges, de Ley aplicable al régimen económico matrimonial se explica por las distintas ventajas de este criterio de conexión<sup>83</sup>.

56. a) *La elección de ley proporciona seguridad jurídica internacional a los cónyuges*. El art. 22 RREM permite que el Derecho regulador del régimen económico matrimonial quede fijado antes de que un posible litigio se suscite. De ese modo, los cónyuges pueden saber con total previsibilidad la Ley estatal que regirá su régimen económico matrimonial. Los cónyuges pueden viajar por el mundo

<sup>81</sup> S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, p. 277.

<sup>82</sup> B. HEIDERHOFF, “Die EU-Güterrechtsverordnungen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018-1, pp. 1-11.

<sup>83</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 155-156.

entero, cambiar de país de trabajo, de país de residencia habitual o cambiar de nacionalidad y adquirir y vender bienes en cualquier parte del mundo. Ninguno de esos cambios alterará la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, como bien apunta E. ALINA OPREA<sup>84</sup>. En tal sentido, la elección de la Ley aplicable potencia una “*movilidad creciente de las parejas durante su matrimonio*” (Cons. 32 RREM). En efecto, aunque los cónyuges cambien de Estado de residencia habitual, observa S. VAN ERP, ello no afectará a la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, que será siempre la Ley elegida por los cónyuges en virtud de su acuerdo (art. 22 RREM)<sup>85</sup>. En un mundo cambiante caracterizado por una altísima movilidad y circulación internacional de las personas, este punto de conexión, subraya I. VIARENGO, resulta adecuado<sup>86</sup>. En la era de la globalización, la elección por los cónyuges de la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial constituye un elemento de estabilidad, de certeza y de seguridad jurídica, explica también R. TRIPS-HEBERT<sup>87</sup>. Con ello, el legislador de la Unión Europea ha perseguido satisfacer los intereses privados de los cónyuges (*intérêts privés des époux*) y no los intereses generales de los Estados miembros (*considérations d'intérêt général*), en las sugerentes palabras de P. HAMMJE<sup>88</sup>.

**57. b)** *La libre elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial facilita la labor judicial en la aplicación del Derecho internacional privado europeo.* La autonomía de la voluntad conflictual constituye una conexión judicialmente sencilla: su implementación por los jueces no reviste particular complejidad. Una vez elegida por los cónyuges, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, el juez se limitará a comprobar que la elección de Ley existe y es válida, esto es, que se ajusta a los requisitos contenidos en los arts. 22-24 RREM, y aplicará, sin más, dicha Ley elegida por los cónyuges.

El tribunal no debe, por tanto, realizar el “trabajo conflictual” (“*travail de localisation*”) o “test de proximidad” destinado a determinar el Estado país más conectado con el supuesto específico. La búsqueda, por parte del juez, de la Ley del Estado más estrechamente vinculado con el supuesto termina antes de comenzar. El “trabajo de localización” se lleva a cabo de modo previo por los cónyuges.

**58. c)** *La autonomía de la voluntad conflictual es un criterio eficiente, pues permite elegir la Ley cuya aplicación comporta los costes más reducidos para regular el régimen económico matrimonial.* El punto de conexión “autonomía de la voluntad de los cónyuges” hace posible que el régimen económico matrimonial quede regulado por la Ley estatal que comporta los costes más reducidos para los cónyuges.

Esta idea se recoge, de modo parcial, en distintos Considerandos del Reglamento 2016/1103. Así el Cons. 15 indica que “[p]ara garantizar la seguridad jurídica de las parejas casadas en lo que respecta a su patrimonio y ofrecerles cierta previsibilidad, es conveniente reunir en un único instrumento el conjunto de normas aplicables a los regímenes económicos matrimoniales”. El Cons. 43 RREM añade que “[p]ara que los ciudadanos puedan disfrutar, con plena seguridad jurídica, de las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitir que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Deben establecerse por ello unas nor-

<sup>84</sup> ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596.

<sup>85</sup> S. VAN ERP, “Matrimonial Property Regimes and Patrimonial Aspects of Other Forms of Union: What Problems and Proposed Solutions?”, en *European Parliament Interparliamentary Committee Meeting – National Parliaments, Committee on Legal Affairs, Policy Department C - Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2010, pp. 13-15.

<sup>86</sup> I. VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 210.

<sup>87</sup> R. TRIPS-HEBERT, *Internationales Privatrecht und Globalisierung: der Einfluss der Globalisierung auf die Aknüpfung des Personalstatus im Internationalen Privatrecht*, WVB Verl, Berlin, 2003, pp. 13-15.

<sup>88</sup> P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338. Esta idea, de capital importancia, se remarca también posteriormente en P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16), *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156; P. HAMMJE, «Ordre public et lois de police: limites à l'autonomie de la volonté?», en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 111-138. *Vid.*, igualmente, Sent. Cour cassation Francia 28 enero 2015 y nota de P. HAMMJE / S. BOLLÉE-B. HAFTTEL / D. BODIN / P. DE VAIRELLES-SOMMIÈRES, *Revue critique de droit international privé*, 2015, pp. 400-412.

*mas armonizadas en materia de conflicto de leyes a fin de evitar resultados contradictorios. La norma principal debe garantizar que el régimen económico matrimonial se rija por una ley previsible con la que tenga una estrecha conexión. Por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial, la ley aplicable debe regular el régimen económico matrimonial en su conjunto, es decir, la totalidad del patrimonio de ese régimen, con independencia de la naturaleza de los bienes y de si los bienes están situados en otro Estado miembro o en un tercer Estado”.*

En definitiva, se trata de que los cónyuges puedan elegir la Ley estatal que prefieran para regular su régimen económico matrimonial, la Ley que les comporte más ventajas por conllevar menos costes conflictuales. Ello les permitirá, por ejemplo, elegir la Ley de un país que los cónyuges ya conocen y/o con arreglo a la cual están acostumbrados a ajustar sus conductas (= “*the law the spouses are most familiar with*”), como ha subrayado V. GAERTNER<sup>89</sup>.

Así, por ejemplo, dos cónyuges franceses cuya primera residencia habitual se encuentra, por razones de trabajo, en Kuwait pueden preferir que su régimen económico matrimonial se rija por el Derecho francés y no por el Derecho de Kuwait. No porque estimen que el Derecho francés es el mejor Derecho del mundo en relación con el régimen económico matrimonial, sino porque para ellos, conocer y informarse sobre el Derecho francés comporta un coste menor que conocer e informarse sobre el Derecho kuwaití, sueco o finlandés, aunque cualquiera de estos Derechos pudiera ser más conveniente para sus intereses desde un punto de vista material.

Las explicaciones no económicas del auge de la autonomía de la voluntad en el sector del régimen económico matrimonial y en otras áreas del Derecho de familia no permiten explicar el fenómeno de modo convincente, como destacó hace ya años F. VISCHER<sup>90</sup>. Al permitir la aplicación de la Ley que comporta los costes menores para los particulares porque éstos pueden seleccionar el Derecho que mejor conocen o que están en posición de conocer mejor.

En particular, este punto de conexión permite a los inmigrantes que residen habitualmente en un Estado miembro, hacer aplicable a su régimen económico matrimonial la Ley del país en el que se hallan efectiva y socialmente integrados según el tipo de inmigración del que se trate. Una “inmigración breve” les aconsejará elegir su Ley nacional común o la Ley del país de origen de los mismos, pues con ello se dictará una sentencia con mayores posibilidades de ser reconocida y cumplida fácilmente en su país de origen. Una “inmigración duradera” aconseja a los cónyuges una elección en favor de la Ley del Estado miembro en el que ambos tienen su residencia habitual, si conocen o pueden conocer dicha Ley a un coste menor que el que les acarrearía conocer y aplicar la Ley de su país de origen, destacan F. RIGAUX / M. FALLON<sup>91</sup>.

**59. d) La autonomía de la voluntad se inserta en un cuadro de liberalización progresiva de las relaciones de familia en todas las legislaciones del mundo.** Como exponen A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, durante muchos años, antes y después de la Revolución Francesa de 1789 y hasta muy entrado el siglo XX, el Derecho occidental consideró que las normas de Derecho de familia eran indisponibles<sup>92</sup>. La familia se regula por el Derecho objetivo sin que las personas puedan establecer una regulación propia de las relaciones familiares. La libertad del individuo en el contexto del Derecho de familia se limitaba a decidir si se quería permanecer soltero o no, con quién se quería contraer matrimonio, cuántos hijos se querían tener, a quién nombrar heredero de una parte del patrimonio, el nombre a dar a los hijos, y poco más. El Derecho patrimonial de la familia, los regímenes económicos del matrimonio, eran la excepción, aunque siempre relativa, pues en dicho campo sí se admitía una cierta auto-

<sup>89</sup> V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136.

<sup>90</sup> F. VISCHER, “Zum Problem der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie bei internationalen Verträgen“, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1956, pp. 117-122; ID., “Kollisionsrechtliche Parteiautonomie und dirigistische Wirtschaftsgesetzgebung“, en *Festgabe Max Gerwig*, Basel, 1960, pp. 167-191.

<sup>91</sup> F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, p. 574.

<sup>92</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, segunda edición, Tirant Lo Blanch, València, 2022, pp. 1376-1387.

regulación por los particulares debido al carácter patrimonial de estos aspectos. Esta indisponibilidad del Derecho de Familia se explicaba por varias razones: (a) El Estado consideraba que la familia era la célula básica de la sociedad y que, vista su importancia, debía tener una regulación imperativa porque, en verdad, la familia es imprescindible para la sociedad. El Estado debe regular la sociedad de un modo imperativo para lograr la supervivencia del mismo Estado y de la misma sociedad. Visto que la familia tradicional era considerada la célula básica de la sociedad, su regulación debía ser imperativa. De ese modo se protegía toda la sociedad; (b) En el pasado, el matrimonio comportaba “paz social”. El matrimonio permitía identificar a los hijos, herederos del patrimonio familiar, lo que comportaba estabilidad en la propiedad en unos tiempos en los que la fragmentación de patrimonios conducía a la pobreza. Por ello, la regulación imperativa de la familia conducía a la paz social; (c) La sociedad se estructuraba, hasta bien entrado el siglo XX, sobre presupuestos de “jerarquía”. El legislador consideraba que la libertad era peligrosa, pues conducía al conflicto, mientras que la jerarquía garantizaba el orden y, por lo tanto, la ausencia de enfrentamientos. La familia era una estructura jerárquica en la que el varón, padre, marido, *paterfamilias*, era la cúspide prescriptora y ordenadora de todos los miembros de la familia. Con una familia nucleada en torno a la figura preponderante del marido-padre se aseguraba la paz en la familia y la paz en la sociedad; (d) El Estado ejerce su soberanía sobre su población y la ejerce mediante una regulación necesaria del estado jurídico de la misma y de las relaciones de familia. El Derecho imperativo de familia es el modo en el que el Estado ejerce su soberanía sobre su población. El ejercicio de esta soberanía personal es imprescindible para la supervivencia del Estado, pues sin población no hay Estado. Esta situación se reflejaba en DIPr. de una manera clara: las personas no podían elegir la ley estatal aplicable a sus relaciones de familia. Se empleaban conexiones rígidas y objetivas: Ley nacional, Ley del domicilio.

Este panorama ha cambiado drásticamente en el Derecho internacional privado desde finales del siglo XX. Por un lado, el Derecho de Familia se ha liberalizado, el matrimonio ha perdido importancia económica y social, -pues ya no es la única expresión de la familia, de modo que tampoco es ya imprescindible para la paz social-, y por otro lado, el Derecho de Familia se ha hecho, al mismo tiempo, puerocéntrico. El resultado es que el Estado regula de modo inflexible, necesario e imperativo las relaciones legales y el status jurídico de los menores pero deja cada vez más espacio a la auto-regulación de las relaciones de familia y también del matrimonio.

La liberalización del Derecho de Familia obedece a diversas causas: (a) La familia ha perdido importancia en la sociedad: es el auge del individualismo y la sociedad líquida. Nadie sabe lo que es una familia, así que tampoco tiene mucho sentido defender lo que no se sabe lo que es como si fuera un dogma de fe; (b) El Estado admite que la autonomía jurídica privada es una opción de carácter general tanto en Derecho civil como en Derecho internacional privado. Los particulares son los sujetos mejor posicionados para establecer las reglas que les resultan aplicables, también en las relaciones jurídicas de familia. El legislador asume que la auto-regulación no lleva al caos, sino a que cada sujeto satisfaga mejor sus expectativas. Desaparece el miedo al desorden y al libertinaje. El legislador ha comprendido que una regulación imperativa de la familia conduce a la ineficiencia, mientras que la auto-regulación de las relaciones de familia lleva a soluciones beneficiosas para todos los individuos, es eficiente; (c) La igualdad jurídica entre varón y mujer ha hecho innecesarias las reglas imperativas que regulaban la posición jurídica de la mujer y que le impedían realizar diversos actos jurídicos. En suma, puede decirse que en la actualidad se percibe una «*atténuation de l'imperativité des règles applicables aux diverses matières qui composent le statut personnel*», destaca G. KHAIRALLAH<sup>93</sup>. La consecuencia de ello en el Derecho internacional privado es, precisa B. BOURDELOIS, el imparable ascenso de la autonomía de la voluntad conflictual como punto de conexión en relación con materias de Derecho de Familia<sup>94</sup>. Las personas pueden elegir la Ley estatal aplicable a diferentes aspectos jurídicos de sus relaciones familia-

<sup>93</sup> 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; G. KHAIRALLAH, “Les ‘partenariats organisés’ en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2000, pp. 317-330.

<sup>94</sup> B. BOURDELOIS, «Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]», *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 934-943.

res y de su situación personal. Así, las normas más recientes de Derecho internacional privado aceptan, con mayor o menor amplitud, que las personas elijan la Ley aplicable a su nombre y apellidos, la Ley aplicable al divorcio, a la forma de su matrimonio, a los efectos del matrimonio, y entre éstos, al régimen económico matrimonial.

El fundamento normativo-filosófico de esta conexión se encuentra en un principio poderoso: la libertad de decisión de los cónyuges en el interior de su núcleo familiar por lo que afecta a la gestión de sus intereses. Los cónyuges disponen del derecho a organizar su convivencia y su economía como tengan por conveniente incluso para poner fin a ella. El individuo pasa al primer plano: es la “*préeminence de l’individuel sur le collectif*”, escribe B. BOURDELOIS<sup>95</sup>. Como muy bien apunta IGNACIO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, se observa una “*desregulación y privatización del matrimonio*”, “*un esquema menos reglado (menos juridificado)*” en la regulación de las familias, y se percibe que “*el matrimonio experimenta un proceso de privatización*”<sup>96</sup>. El art. 8 CEDH 1950 (= “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar ...”) proporciona una base jurídica muy sólida a este punto de conexión. En idéntico sentido se manifiesta el art. 7 Carta de la Carta de los derechos fundamentales de la UE. La libre elección de la Ley aplicable potencia, igualmente, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE 1978). En efecto, esta conexión permite que las personas elijan la Ley del país con el que se sienten psicológica y jurídicamente más vinculadas, es decir, la Ley con arreglo a la cual desean vivir y encauzar sus relaciones económicas derivadas del matrimonio. Desde la Edad Media se ha considerado que el régimen económico matrimonial es un asunto privado de los cónyuges, un “contrato matrimonial” que los cónyuges pueden sujetar, si así lo desean, a la Ley que prefieran. El orden público internacional (art. 31 RREM) tiene poco ámbito aplicativo para actuar en contra de la aplicación de la Ley designada por los cónyuges, puesto que, en general, la ley aplicable al régimen económico matrimonial no produce efectos que puedan afectar a la estructura jurídica fundamental de la sociedad del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto.

**60. e) La autonomía de la voluntad permite superar el tradicional enfrentamiento entre los principios de la “nacionalidad” y “domicilio” o “residencia habitual” como criterios para determinar la Ley aplicable a la economía matrimonial.** En los casos internacionales que afectan al régimen económico matrimonial, no es sencillo determinar qué Estado presenta una vinculación objetiva más estrecha con la situación, apunta H. GAUDEMET-TALLON<sup>97</sup>. Nacionalidad y domicilio o residencia habitual son alternativas que se disputan la primacía conflictual. Pues bien, el criterio de la elección de Ley ofrece a los cónyuges sean ellos mismos los que tomen la decisión y determinen de manera estable la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial, precisa P. LAGARDE<sup>98</sup>.

**61. f) La autonomía de la voluntad es una conexión que propicia la gestión descentralizada de los intereses de los cónyuges.** Con la autonomía de la voluntad conflictual para elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, son los cónyuges, los particulares, los que, de “modo descentraliza-

<sup>95</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]», *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 934-943.

<sup>96</sup> IGNACIO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “La órbita de la autonomía privada en relación con el matrimonio”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (dir.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (dir.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (coord.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (coord.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 189-237, esp. p. 190. Para el Derecho internacional privado europeo, *vid.* el inmejorable y muy sugerente estudio transversal de S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 68-72.

<sup>97</sup> H. GAUDEMET-TALLON, «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles en droit comparé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1969-1971, París, pp. 197-228. La misma idea aparece más desarrollada en H. GAUDEMET-TALLON, «La désunion du couple en Droit international privé», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1991, vol.226, pp. 9206 y en ID., «Le Règlement n.1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000», *Journal de droit international Clunet*, 2001, pp. 381-430.

<sup>98</sup> P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 676-686, esp. p. 681.

do”, -esto es, sin que exista una decisión al respecto por parte del Estado-, deciden cómo gestionar su vida económica matrimonial. Nace así un “orden constitucional policéntrico”, descrito con brillantez por R. BARNNET, en el que los particulares bien informados prefieren las regulaciones que resultan mejores para sus intereses y descartan las regulaciones más deficientes y oportunistas<sup>99</sup>. La idea, antigua pero muy certera, e impulsada con vehemencia por J. STUART MILL, de que “*las personas son los mejores jueces de sus propios intereses*” significa que, para unas concretas personas, las reglas que éstas elaboren, esto es, el Derecho voluntario-, serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado, -el Derecho dirigista-. Como explica con brillantez A.-L. CALVO CARAVACA, cada persona sabe lo que le conviene mejor de lo que puede saberlo el Estado. Los poderes públicos, los parlamentos que crean las normas jurídicas carecen de la información necesaria para elaborar normas adecuadas para todas las personas, pues cada persona es diferente<sup>100</sup>. El Estado debe dejar campo libre para que las personas regulen sus relaciones jurídicas con las reglas que ellos mismos crean, pues ello conducirá, necesariamente, al resultado más eficiente. De ese modo, se la sociedad alcanza un estado positivo en el que el poder se encuentra más repartido y menos concentrado, y en el que al democracia social es posible, opina S. GRUNDMANN<sup>101</sup>. En este Reglamento, ello se refleja en la idea de que los cónyuges deben poder elegir con libertad la Ley estatal aplicable a su economía matrimonial siempre que con ello no se perjudique a terceros, al interés público, general o estatal ni a particulares situados en posiciones negociadoras débiles. No obstante, corresponde al Derecho elaborado por el Estado desarrollar varias funciones clave: (a) Fijar las reglas imperativas que permitan a las partes alcanzar acuerdos entre ellas y que garanticen que tales acuerdos se cumplan (*enforcement*); (b) Establecer regulaciones imperativas para proteger a las personas que no pueden defender sus intereses por sí mismos en condiciones de igualdad con otros sujetos: menores, consumidores, trabajadores y otros colectivos con débil *bargaining power*, así como terceros directamente afectados por decisiones de otras personas. Con ello se persigue, en la medida de lo posible, que tales sujetos puedan negociar y elegir libremente en un plano de igualdad; (c) Crear normas objetivos aplicables en defecto de pacto entre las partes. En definitiva, ello se traduce en una expansión de la autonomía de la voluntad en todos los sectores del Derecho Privado. Este Reglamento 2016/1103 confirma que la autonomía de la voluntad conflictual alcanza el rango de solución de valor general para el Derecho internacional privado europeo. En definitiva, la libre elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial constituye la mejor solución jurídica, la más eficiente, porque premia a las mejores regulaciones jurídicas y castiga a las más deficientes y permite que las partes alcancen sus legítimos objetivos del modo más económico. En el mundo de la libre elección de Ley, las Leyes mejores desplazan a las peores y permiten a las personas aumentar su bienestar porque, de ese modo, los recursos acaban en las manos de las personas que más los valoran.

Los cónyuges, de nuevo, son los mejores jueces de sus propios intereses. Son los sujetos que se hallan mejor posicionados para concretar la Ley cuya aplicación les generará costes menores en la solución del litigio relativo a su régimen económico matrimonial y en la gestión pacífica del mismo. Los cónyuges conocen todos los factores y elementos de su situación personal y pueden tener presentes tales elementos para realizar una elección eficiente de la Ley estatal reguladora de su régimen económico matrimonial. Los cónyuges pueden tener en cuenta factores subjetivos, -preferencias personales, experiencias vitales anteriores-, que escaparían a un tribunal a la hora de buscar y encontrar la Ley del Estado más estrechamente vinculado con el litigio.

<sup>99</sup> R.E. BARNETT / N.B. OMAN, *Contracts: Cases and Doctrine*, 6ª ed., William & Mary, 2016; R.E. BARNETT, “Some Problems With Contract as Promise”, *Cornell Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 1022-1033.

<sup>100</sup> A.-L. CALVO CARAVACA, “Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 111, julio-diciembre 2020, pp. 163-180; ID., “Fondamenti teorici dell’autonomia della volontà nei contratti internazionali”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (eds.), *Arbitrato, Contratti e Diritto del commercio internazionale. Arbitration, Contracts and International Trade Law. Studi in onore di Giorgio Bernini/Essays in honour of Giorgio Bernini*, Milan, Giuffrè-Francisc Lefebvre, 2021, pp. 43-58.

<sup>101</sup> S. GRUNDMANN, “Pluralistische Privatrechtstheorie”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 86, 2022, n.2, pp. 364-420, un trabajo cuya lectura resulta profundamente aconsejable para comprender la dimensión política y social del Derecho internacional privado del siglo XXI.

**62. g)** *La autonomía de la voluntad es una conexión con fundamento constitucional que es expresión del libre desarrollo de la personalidad.* La conexión autonomía de la voluntad conflictual no obliga a los cónyuges a que vean aplicada a su régimen económico matrimonial la Ley del estado de acogida. Les ofrece la opción entre la Ley de su estado de origen y la ley de su Estado de destino.

**63. h)** *La autonomía de la voluntad facilita la solución de las controversias relativas al régimen económico matrimonial mediante acuerdo entre los cónyuges.* Este punto de conexión resulta muy útil en los casos de divorcios de mutuo acuerdo. En estos casos, los cónyuges han alcanzado ya un entendimiento material determinado, están de acuerdo sobre los términos fundamentales de la ruptura legal de su matrimonio y de su vida económica matrimonial. Si se les permite elegir la Ley estatal que haga posible la validez de dicho acuerdo material, la controversia relativa al régimen económico matrimonial se solventará de manera más rápida y sencilla.

**64. i)** *La autonomía de la voluntad faculta una gestión eficaz y eficiente de patrimonios deslocalizados.* Los cónyuges pueden elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes. Es una regla ideal para conjuntos de bienes matrimoniales extensos y deslocalizados (Cons. 45 RREM). Así, un matrimonio formado por marido española y esposa inglesa y que dispone de bienes en Estados Unidos, España, Italia, Inglaterra y Grecia puede someter todo su patrimonio integrado en su régimen económico matrimonial a una misma Ley estatal.

**65. j)** *La autonomía de la voluntad permite simplificar la selección de la Ley aplicable a las relaciones de familia de distinta naturaleza.* Con la elección de Ley al régimen económico matrimonial, apunta N. JOUBERT, los cónyuges pueden sujetar distintos aspectos de sus relaciones jurídicas a la misma Ley. Así, pueden elegir como Ley aplicable al régimen económico matrimonial la misma ley que rige el divorcio /o la responsabilidad parental sobre los hijos comunes<sup>102</sup>.

**66. k)** *La autonomía de la voluntad proporciona soluciones flexibles de Derecho internacional privado.* La vida es cambiante y, con frecuencia, es también imprevisible. Los cónyuges está sujetos a transformaciones vitales y a alteraciones de su vida personal, así como pueden experimentar transformaciones en su economía matrimonial. La libre elección de Ley por los cónyuges constituye un punto de conexión flexible, apunta

M. VINAIXA MIQUEL<sup>103</sup>. Por ello, sintoniza con la liquidez de los tiempos actuales, pues permite un rápido y efectivo cambio de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial como son también veloces las variaciones de la vida personal y de la economía matrimonial en un mundo globalizado, explica E. ALINA OPREA<sup>104</sup>. La libre elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial constituye un criterio más flexible, líquido y elástico que la simple aplicación de la Ley tal y como es determinada por los puntos de conexión objetivos, tradicionales y rígidos, de las normas de conflicto de leyes.

**67. l)** *La autonomía de la voluntad es la mejor expresión del principio de proximidad en Derecho internacional privado.* Existe un debate enconado, muy bien estudiado y analizado por B. AÑOVEROS TERRADAS, sobre la cuestión de saber si la autonomía de la voluntad conflictual es un instrumento técnico del principio de proximidad o es una excepción a dicho principio<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> I. VIARENGO, “Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2018, vol. 54, pp. 33-58, esp. p. 55; N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 18.

<sup>103</sup> M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal’, *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. pp. 288-289.

<sup>104</sup> ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 5.

<sup>105</sup> BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

En el caso de que la autonomía de la voluntad conflictual fuese un mero mecanismo técnico del principio de proximidad, un instrumento del mismo, las partes estarían llamadas a elegir la ley del Estado más estrechamente vinculado, de modo objetivo, con su relación o situación jurídica<sup>106</sup>. Los cónyuges serían, en tal caso, meros geógrafos que hacen geografía para designar la ley del Estado más vinculado con su economía matrimonial. En tal sentido, si esto es así, el contenido material de la Ley elegida por las partes es irrelevante, como han explicado T. BALLARINO / G.C. ROMANO por una parte, y F. RIGAUX / M. FALLON por otra<sup>107</sup>, sin que sea relevante el contenido material de dicha Ley (T. BALLARINO / G.C. ROMANO)<sup>108</sup>.

En realidad, no es así. La proximidad no es geografía. En efecto, “proximidad” significa “previsibilidad de aplicación”, para los cónyuges, de la ley reguladora de su régimen económico matrimonial. Así entendidos los conceptos, la autonomía de la voluntad conflictual y el principio de proximidad responden al mismo *leitmotiv*: la eficiencia. Ambas nociones persiguen hacer aplicable la Ley del país cuya aplicación al caso origina los menores costes globales para los sujetos implicados en la situación privada internacional. Así explicado, no hay contradicción alguna. Tanto la autonomía de la voluntad conflictual como el “principio de proximidad” persiguen el mismo objetivo: conseguir la aplicación de la Ley que comporta menores costes conflictuales para los particulares. La determinación de la Ley estatal aplicable a las situaciones privadas internacionales responde a la misma lógica económica: la eficiencia, la reducción de costes conflictuales, ya se produzca ésta por designación efectuada por las partes o ya se concrete en defecto de dicha elección de Ley por las partes mediante puntos de conexión objetivos. Los presupuestos valorativos, en ambos casos, son los mismos: es la “coherencia económica de la norma de conflicto”.

En definitiva, no debe escamotearse, esconderse y ocultarse la explicación económica, que es la razón que late tras la idea de “proximidad”. La “proximidad” es una imagen plástica, una visión geográfica, una metáfora ilustrativa que sirve para comprender la realidad. Sin duda, con ello se quiere expresar que las situaciones privadas internacionales deben sujetarse a la Ley estatal que genera menores costes conflictuales para los particulares protagonistas de las mismas.

### C) Extensión objetiva de la elección de la Ley aplicabl

**68.** Tres aspectos deben ser analizados con detalle y convenientemente separados para calibrar el alcance objetivo de la posibilidad de los cónyuges para elegir la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial.

En primer lugar, la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial es una elección del Derecho estatal en su globalidad. Dicha elección, ilustra O. FERACI, no obliga a las partes a someterse imperativamente al régimen legal previsto para el régimen económico matrimonial en la ley estatal elegida en defecto de capitulaciones matrimoniales<sup>109</sup>. Pueden los cónyuges optar, así, por un régimen pactado permitido por la ley que han elegido o por cualquier régimen económico matrimonial recogido en dicho ordenamiento jurídico<sup>110</sup>.

(COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 241-272.

<sup>106</sup> *Vid.* el trabajo citado en la nota anterior, esp. pp. 259-261.

<sup>107</sup> T. BALLARINO / G.C. ROMANO, «Le principe de proximité chez Paul Lagarde (quelques précisions et développements récents)», en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 37-54, esp. p. 38; F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 92-93: «L'histoire du droit international privé montre l'échec de toute tentative d'enoncer un critère général de rattachement (...) Certaines codifications récentes contiennent une disposition de portée générale qui exprime l'objectif central poursuivi par le législateur, lorsque cet objectif tend à réaliser le principe de proximité (...) sous une forme positive, cette clause peut se présenter comme l'explicitation d'un principe général, ayant l'apparence d'une disposition purement narrative ou déclaratoire».

<sup>108</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>109</sup> 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>).

<sup>110</sup> En este sentido, muy explícita, *vid.* Circulaire du 24 avril 2019 de présentation des dispositions des règlements (UE) n° 2016/1103 et n°2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la

En segundo lugar, por otro lado, la Ley elegida por los cónyuges como ley aplicable a su régimen económico matrimonial regulará no sólo la disciplina legal de los bienes matrimoniales, sino su calificación jurídica, destaca P. LAGARDE<sup>111</sup>. Los bienes y derechos integrados en el régimen económico matrimonial deben ser calificados como muebles o inmuebles o incorporales, como bienes *extra commercium* o *intra commercium*, con arreglo a dicha Ley elegida y no con arreglo a la Ley del país de situación de los mismos.

En tercer lugar, si los cónyuges eligen, simplemente, una Ley estatal determinada para regular su régimen económico matrimonial, se debe entender que es aplicable al mismo el régimen previsto como general por dicha Ley. Por ejemplo, si las partes eligen como aplicable el Derecho civil común español, sin mayor precisión, debe interpretarse que han optado por el régimen de la sociedad de gananciales, que es el régimen previsto en defecto de capitulaciones en dicho ordenamiento jurídico, indica E. ALINA OPREA<sup>112</sup>.

#### D) Requisitos de fondo de la elección de Ley

69. El acuerdo de elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial es un contrato en sí mismo (*pactum de lege utenda*). El objeto de dicho contrato es, precisamente, la elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial. El art. 24 RREM arranca de dicha concepción contractual del acuerdo de elección de Ley (*pactum de lege utenda*). A partir de ahí, y con una fórmula extraída del art. 3.5 Reglamento Roma I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], el art. 24 RREM establece el régimen jurídico de dicho acuerdo de elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Por tanto, para ser válido y producir efectos legales, -esto es, para que el régimen económico matrimonial de unos concretos cónyuges quede sujeto efectivamente a la Ley elegida por los cónyuges-, es preciso que el contrato de elección de la ley reguladora del régimen económico matrimonial sea válido. El art. 24 RREM contiene ciertas reglas de aplicación directa sobre la sustancia o fondo de los pactos de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial y, además, también recoge las oportunas reglas que fijan los criterios de validez sustancial del *pactum de lege utenda* relativo al régimen económico matrimonial. Varios aspectos deben distinguirse.

#### a) Leyes susceptibles de elección por los cónyuges

##### i) Aspectos generales

70. Los cónyuges pueden elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, pero siempre que se trate de una de las siguientes leyes (art. 22 RREM).

- a) La ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o
- b) La ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.

Nótese que, en ambas posibilidades, los cónyuges están sujetos a una limitación temporal. Pueden elegir la ley nacional o la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos pero siempre que se

---

compétence, de la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats emeistrés, texto en: <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/44741>, p. 21: "Le choix de la loi applicable n'oblige pas les parties à se soumettre impérativement au régime légal de la loi choisie. Ils pourraient ainsi choisir un régime conventionnel permis par cette loi".

<sup>111</sup> P. LAGARDE, "La qualification des biens en meubles et immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial", en *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, Defrénois, 2007, pp. 209-220.

<sup>112</sup> E. ALINA OPREA, "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 12.

trate de la Ley que se corresponde con la nacionalidad que un cónyuge ostenta y de la residencia habitual que un cónyuge tiene en un país “*en el momento de la celebración del acuerdo*” de elección de Ley, como anota E. BAZZO<sup>113</sup>.

71. En los casos internos, esto es, sin elementos extranjeros objetivos, podrá suscitarse, plantea D. VRBLJANAC, la posibilidad de que los cónyuges eligieran como ley aplicable a su régimen económico matrimonial la Ley de otro Estado<sup>114</sup>. Así, por ejemplo, en el caso de dos cónyuges españoles con residencia habitual en España que tienen todos sus bienes situados en España, podrían elegir la Ley francesa para regular su régimen económico matrimonial. Pues bien, dicha elección no es válida, porque el art. 22 RREM limita la rosa de leyes susceptibles de elección por los cónyuges para regular su régimen económico matrimonial y si todos los elementos objetivos de la situación jurídica se localizan en un mismo país, los cónyuges no pueden elegir la Ley de otro país distinto para regir su régimen económico matrimonial. La situación jurídica es internacional, pues contiene un elemento extranjero, -la elección en favor de una ley extranjera efectuada por los cónyuges-, y se sujeta, por tanto, al Reglamento 2016/1103. Sin embargo, el art. 22 RREM otorga relevancia cero a dicha elección de ley, que no producirá efecto jurídico alguno. Es éste, por tanto, un falso problema.

La regulación de esta cuestión es completamente diferente a la que ha previsto el legislador europeo para los contratos internacionales. En dicho campo, los contratantes pueden elegir la ley de un Estado extranjero para regular un contrato cuyos elementos son todos ellos nacionales. Dicha elección de Ley es válida y sus efectos jurídicos, recortados pero existentes, se regulan en el art. 3 RR-I<sup>115</sup>.

72. Los cónyuges pueden elegir como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial las leyes que constan en el art. 22 RREM. Sólo una de estas dos leyes pueden ser elegidas como Ley reguladora de todo el régimen económico matrimonial en su conjunto. Varias consideraciones resultan pertinentes en este punto.

En primer lugar, los cónyuges no pueden elegir una ley que no aparezca en el listado de leyes del art. 22 RREM. No pueden elegir la Ley del lugar donde se sitúan los bienes matrimoniales, la Ley de su residencia fiscal, la Ley del país de celebración del matrimonio, la ley del país donde se ha iniciado el proceso de divorcio, u otra Ley.

En segundo lugar, los cónyuges no pueden elegir como ley rectora de su régimen económico matrimonial, en concreto, la Ley del país en cuyo territorio se celebre el matrimonio (*lex loci celebrationis*). Ello es así porque el legislador de la Unión Europea entiende, de modo implícito, que, en ciertas ocasiones, los cónyuges eligen contraer matrimonio en un país por motivos puramente caprichosos o por mero placer o diversión, un país sin conexión sustancial con la situación matrimonial. Tampoco, y por la misma razón, explica S. MARINO, el Reglamento Roma III permite a los cónyuges elegir la *lex loci celebrationis* como Ley aplicable al divorcio<sup>116</sup>.

En tercer lugar, específicamente, los cónyuges tampoco pueden elegir la Ley aplicable a la formación del matrimonio. Esta exclusión es lógica. En la inmensa mayoría de los Derechos del mundo, no existe una *lex matrimonii*, sino varias: una Ley rige la capacidad nupcial, otra el consentimiento matrimonial y otra la forma del matrimonio. Por el contrario, el Reglamento 2016/1104 sí permite a las partes elegir como ley aplicable al régimen económico de la pareja, la Ley con arreglo a la cual se ha constituido dicha pareja. Esta diferencia es lógica: la ley aplicable a la constitución de la pareja es única, es una sola Ley, mientras que la ley aplicable a la constitución del matrimonio no lo es.

<sup>113</sup> ELEONORA BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p. 196.

<sup>114</sup> D. VRBLJANAC, “Application of the matrimonial property regimes regulation: Croatian perspective”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 117-128.

<sup>115</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, segunda edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, 2022, volumen II, pp. 2970-3015.

<sup>116</sup> S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284.

En cuarto lugar, tampoco pueden los cónyuges elegir, en concreto, la ley del país donde van a establecer su residencia habitual común tras el matrimonio ni la Ley del país de la futura residencia habitual de uno de los cónyuges. Ello resulta curioso y extraño, porque, como ilustra P. LAGARDE, la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior al matrimonio es la ley que regula el régimen económico matrimonial a falta de elección de ley por los cónyuges<sup>117</sup>. Con otras palabras, puede afirmarse que si los cónyuges desean que su régimen económico matrimonial quede sujeto a la ley del país de su primera residencia habitual común tras el matrimonio, entonces deben guardar silencio absoluto, pues no pueden elegir dicha Ley. Si los cónyuges eligen una Ley estatal para regular su régimen económico matrimonial que no está recogida entre las mencionadas en el art. 22 RREM, su régimen económico matrimonial quedará sujeto a la ley determinada por el art. 26.1 RREM<sup>118</sup>.

73. Como apunta N. JOUBERT, los cónyuges pueden elegir cualquiera de las leyes a las que se refiere el art. 22.1 RREM. Entre tales leyes no existe ninguna relación de jerarquía<sup>119</sup>. Los cónyuges pueden libremente elegir la que deseen. Son leyes que necesariamente se corresponden con Estados vinculados de manera estrecha con los cónyuges. El principio de proximidad queda, así, garantizado. Es irrelevante que se trate de la ley de un Estado miembro o de un tercer Estado, recuerda A.M. PÉREZ VALLEJO<sup>120</sup>.

74. En cuanto al momento en el que deben considerarse las leyes susceptibles de ser elegidas por los cónyuges como reguladoras del régimen económico matrimonial, varias consideraciones deben realizarse.

En primer lugar, debe dejarse claro que las Leyes susceptibles de elección por los cónyuges para regular su régimen económico matrimonial se presentan congeladas en el tiempo con dos objetivos. En primer término, por una razón técnica, esto es, para evitar problemas de conflicto móvil. En segundo término, por un motivo sustancial, ya que como explica O. FERACI, se trata de valorar la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en un momento que se corresponde con “la realidad de hecho de los cónyuges”<sup>121</sup>. En tal sentido, el art. 22 RREM permite que los cónyuges puedan elegir la Ley de un Estado que, en el momento de la elección del Derecho aplicable, presente un vínculo objetivo con los cónyuges. El momento relevante es “la celebración del acuerdo” de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial. *Ése es el instante clave. Por tanto, los cónyuges pueden elegir como ley aplicable a su régimen económico matrimonial la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de cualquiera de ellos en el momento de dicha elección. La residencia habitual o la nacionalidad de los cónyuges que pudieran haber tenido antes del momento de la celebración del pacto de elección de ley es irrelevante. Del mismo modo, también es irrelevante la residencia habitual o la nacionalidad de los cónyuges que pudieran llegar a tener en un momento posterior a la celebración del *pactum de lege utenda*. De este modo, la Ley elegida no cambia, aunque los cónyuges cambien de nacionalidad o de país de residencia habitual.*

En segundo lugar, la cristalización de la residencia habitual y de la nacionalidad de los cónyuges en el momento de la elección de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial presenta la desventaja de que, en caso de desacuerdo posterior entre los cónyuges, y especialmente, si uno de ellos no accede al cambio de la Ley elegida, se llega a una situación en la que uno de los cónyuges puede mantener al otro bajo la aplicación forzada de la Ley antes elegida, comenta P. HAMMJE<sup>122</sup>. Este supuesto

<sup>117</sup> P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, LII, 3, 2016, pp. 676-686, esp. p. 681.

<sup>118</sup> N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 18.

<sup>119</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>120</sup> A.M. PÉREZ VALLEJO, “Considerazioni preliminari sull’ambito del Regolamento UE 2016/1103”, en AA.VV., *Regimi patrimoniali delle coppie transazionali nell’Unione europea*, dirigido por MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / MANUELA GIOBBI / JERCA KRAMBERGER ŠKERL / LUCIA RUGGERI / SANDRA WINKLER, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 17-29, esp. pp. 21-23.

<sup>121</sup> 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>).

<sup>122</sup> P. HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

puede ser frecuente en el supuesto de esposos cuyos divorcios son similares a una guerra personal sin cuartel. Es decir, lo que sucede habitualmente.

En tercer lugar, por otro lado, los cónyuges no pueden elegir como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial, la Ley de un país en el que todavía no tienen su residencia habitual o del que todavía no ostentan su nacionalidad, esto es, la Ley de la “posible residencia habitual futura” ni la Ley de la “posible nacionalidad futura”. Ello crearía incertezas legales y vulneraría, así, el principio, clave en el Reglamento 2016/1103, de la “elección informada” de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial.

En cuarto lugar, los cónyuges no pueden elegir la Ley del foro para regular su régimen económico matrimonial a menos que se trate de la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de ellos en el momento de iniciarse el proceso o el litigio.

**75.** La intención del legislador de la UE ha sido limitar la posibilidad de elección de Ley a las que presentan una conexión objetiva clara y razonable con la economía matrimonial y con los cónyuges. Dicho esto, dos explicaciones pueden darse a esta limitación de leyes elegibles para regular el régimen económico matrimonial en el art. 22 RREM.

En primer término, se trata de evitar elecciones caprichosas, veleidosas, abusivas o frívolas de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Al limitar las posibles Leyes estatales que pueden elegir los cónyuges, el legislador europeo evita, *a contrario sensu*, la elección de “Leyes exóticas” para regular el régimen económico matrimonial. La intención del legislador es saludable, ya que trata de evitar que los cónyuges puedan elegir, por capricho o por la razón que sea, una Ley cuya aplicación al caso les pudiera generar costes elevados y que, por ello, dificultaría y encarecería la resolución del litigio de régimen económico matrimonial al hacerlo más costoso tanto para las partes como para los profesionales de la Justicia. Es cierto que, con cierta frecuencia, los cónyuges eligen contraer matrimonio en un país concreto por razones sentimentales, por motivos de divertimento o porque se ha puesto de moda. Esos países están totalmente desconectados de la vida matrimonial. La aplicación de la Ley de tales Estados al régimen económico matrimonial carecería de todo sentido, como bien muestra P. JIMÉNEZ BLANCO<sup>123</sup>.

En segundo término, como muy certeramente apunta por B. AÑOVEROS TERRADAS, con esta limitación se dificulta que un cónyuge, más favorecido económicamente, pueda imponer al otro una Ley que para éste tiene un contenido desconocido o de difícil acceso<sup>124</sup>. Las leyes potencialmente elegibles son leyes al alcance de ambos cónyuges, que éstos pueden conocer de manera sencilla.

## ii) La Ley nacional de cualquiera de los cónyuges

**76.** Los cónyuges pueden elegir, como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial, la Ley nacional de cualquiera de ellos. No es preciso que ambos ostenten la misma nacionalidad, apunta E. ALINA OPREA<sup>125</sup>. La elección en favor de la ley nacional de cualquiera de los esposos se mantiene en el tiempo. Ello significa que dicha Ley regirá el régimen económico matrimonial incluso si más tarde, -por ejemplo, cuando llega el momento de la disolución del régimen económico matrimonial-, ninguno de los cónyuges ostenta ya la nacionalidad del Estado cuya Ley fue elegida por ambos en su momento. Varios aspectos deben destacarse sobre esta cuestión.

**77.** Es preciso aplicar el Derecho del Estado de la presunta nacionalidad del cónyuge para que quede acreditada la nacionalidad del mismo. Si efectivamente un cónyuge ostenta legalmente una con-

<sup>123</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 78.

<sup>124</sup> BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 241-272, esp. p. 261.

<sup>125</sup> ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 6.

creta nacionalidad, los esposos podrán elegir dicha Ley para regular su régimen económico matrimonial. En efecto, el Derecho español no puede determinar la nacionalidad “francesa” de la esposa. Si ésta dice ser francesa, deberá explorarse el Derecho francés para acreditar si, efectivamente, la esposa ostenta tal nacionalidad en el momento de elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

78. En el supuesto de cónyuges apátridas, éstos carecen de nacionalidad y no pueden elegir la Ley de un país como su Ley nacional para regular su régimen económico matrimonial. En el caso de cónyuges con estatuto de refugiados, se ha indicado que la nacionalidad ostentada es meramente formal y que por tanto, estos sujetos deberían poder elegir la Ley de su domicilio o residencia habitual (art. 12.1 Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 julio 1951)<sup>126</sup>. Sin embargo, esta afirmación es discutible. En efecto, el Reglamento 2016/1103 no se refiere a la “Ley personal” sino a la Ley de la “nacionalidad” de los cónyuges. No permite a los cónyuges elegir la Ley personal de cualquiera de ellos, sino la Ley “nacional” de cualquiera de ellos, lo que es sustancialmente diferente. Cabe concluir, pues, que los refugiados pueden elegir su Ley nacional pero no la Ley que regula su estatuto personal *ex* art. 12.1 Convención de 28 julio 1951.

79. En el caso de que un cónyuge ostente dos o más nacionalidades, esto es, cuando los Derechos nacionales correspondientes indiquen que una persona ostenta varias nacionalidades, entonces los cónyuges pueden elegir cualquiera de esas nacionalidades *ex* art. 22 RREM, ya sea una nacionalidad de un Estado miembro o no miembro. Así lo indica, -con dicción poco precisa, algo confusa y notablemente engañosa, es cierto-, el Cons. 50 RREM, tal y como ha explicado la doctrina<sup>127</sup>. Este Considerando 50 RREM señala que, cuando en el Reglamento 2016/1103 se menciona la nacionalidad como punto de conexión, la cuestión de cómo considerar a una persona con múltiples nacionalidades es una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento y que debe dejarse al arbitrio del Derecho nacional, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, con pleno respeto de los principios generales de la Unión. Sin embargo, añade el Cons. 50 RREM, “*esta consideración no debe tener ninguna incidencia en la validez de la elección de la ley aplicable de conformidad con el presente Reglamento*”. Es ésta la frase clave. Viene a indicar, sumariamente expresado, que si un cónyuge ostenta varias nacionalidades, los esposos pueden elegir, como ley aplicable a su régimen económico matrimonial, la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad ostenta cualquier de los cónyuges.

### iii) Ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges

80. Los cónyuges pueden también elegir la Ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos. No es preciso que tengan su residencia habitual en el mismo país. Si uno reside habitualmente en España y el otro en Francia, por ejemplo, pueden elegir bien la ley española o bien la francesa. A efectos del art. 22 RREM, cada cónyuge sólo puede tener su residencia habitual en un país concreto. Con otras palabras, puede afirmarse que no existen, para el Derecho internacional privado europeo, casos de personas con residencia habitual en varios países al mismo tiempo. Así se pronuncia, para el Reglamento Bruselas II-ter, la STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 46-48 y para el Reglamento sucesorio europeo, la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *E.E.* Por tanto, esta línea de política jurídica también debe proyectarse al art. 22 RREM. Cada cónyuge sólo puede tener su residencia habitual en un país concreto.

<sup>126</sup> *Vid.* Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 julio 1951, en BOE núm. 252 de 21 octubre 1978.

<sup>127</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 77; J.M. FONTANELLAS MORELL, “La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, fascículo I, enero-marzo, 2012, p. 283; J.P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 356; L. RADEMACHER, “Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European Regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n. 1, pp. 7-18, esp. p. 14. ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 7.

**81.** Elegir la ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges resulta una posibilidad interesante porque, como demuestra E. ALINA OPREA, aquí el Reglamento 2016/1103 se muestra más generoso que el Reglamento Roma III sobre la ley reguladora del divorcio y de la separación legal<sup>128</sup>. En el Reglamento Roma III, en efecto, los cónyuges sólo pueden elegir la ley de la residencia habitual si ambos cónyuges residen habitualmente en el mismo país en el momento de iniciarse el proceso de divorcio o separación legal. En el Reglamento 2016/1103, los cónyuges pueden elegir la Ley de la residencia habitual de cada uno de los cónyuges si éstos residen habitualmente en Estados distintos en el momento de la elección de Ley<sup>129</sup>.

## b) Elección de Ley por los “cónyuges”

**82.** La Ley aplicable al régimen económico matrimonial debe ser elegida por los cónyuges y sólo por los cónyuges. Ello comporta diversas consecuencias.

En primer lugar, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial no puede ser elegida por sujetos distintos a los cónyuges, tales como los padres de éstos, familiares de los mismos, sus abogados, etc.

En segundo término, los cónyuges pueden elegir la Ley estatal reguladora de su régimen económico matrimonial cualquiera que sea su nacionalidad y/o país de residencia habitual.

En tercer lugar, el texto del Reglamento 2016/1103 no se pronuncia sobre la posibilidad de admitir que los cónyuges otorguen un poder legal a un tercero, como un abogado u otro representante legal, de modo que éste pueda elegir, en su nombre, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. El silencio del Reglamento 2016/1103 al respecto podría ser un elemento a favor de la admisión de esta posibilidad, pues no se prohíbe expresamente. Ahora bien, frente a ello, cabe recordar que la elección de la Ley aplicable es un acto personalísimo e indelegable de los cónyuges. Por tanto, la Ley reguladora del régimen económico matrimonial no puede ser “elegida” por un representante legal del cónyuge: es la voluntad del cónyuge la que cuenta, no la de su representante legal. Un apostura intermedia parece aconsejable. En tal sentido, debería admitirse que un representante legal del cónyuge elija la Ley aplicable si el poder especifica la Ley estatal que el cónyuge ha seleccionado éste, personalmente, como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial. En tal caso, el representante se limita a trasladar a un cónyuge la voluntad personal del otro cónyuge. Es más un *nuntius* que un representante legal. En tal caso, la Ley reguladora de la representación debe ser fijada por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. En consecuencia, si se impugna la validez de la elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial realizada por un “presunto representante de un cónyuge”, deberá aplicarse la Ley designada por el art. 10.11 CC. Dicha Ley determinará si la representación era posible, si existió y cuáles son, en su caso, sus efectos legales.

**83.** El Reglamento otorga la posibilidad de elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial a los cónyuges o futuros cónyuges y exclusivamente a dichos sujetos. Esta afirmación exige aclarar ciertos extremos.

En ciertos preceptos el Reglamento se refiere a la posibilidad de los “cónyuges” para elegir la Ley aplicable. Así se expresa, de manera emblemática, el comienzo del art. 22.1 RREM (= “[l]os cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial...”), así como el art. 23.1 RREM (= “[e]l acuerdo a que se refiere el artículo 22 se expresará por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges...”) y el art. 24.2 RREM y el Cons. 47 RREM.

En otros casos, el Reglamento se refiere a la posibilidad de las “partes” para elegir el Derecho aplicable. Es el caso del Considerando 46 RREM: “... no debe cambiarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes”, y del Cons. 47

<sup>128</sup> E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596.

<sup>129</sup> Artículo 5 del Reglamento Roma III: “Elección de la ley aplicable por las partes. 1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio (...)”.

RREM (“[c]omo mínimo, el acuerdo sobre la elección de la ley aplicable debe expresarse por escrito, fechado y firmado por ambas partes”).

No obstante, pese a la divergencia terminológica apuntada, debe afirmarse que el Reglamento 2016/1103 utiliza de manera indistinta la expresión “cónyuges” y el término “partes”. En la inmensa mayoría de los litigios relativos al régimen económico matrimonial, los cónyuges son también “partes” en un procedimiento judicial, esto es, partes procesales, y con frecuencia serán “demandante” y “demandado”. Ello no debe suscitar ninguna duda: son los cónyuges los únicos habilitados por el Reglamento para elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, sean o no “partes” en un procedimiento judicial con arreglo a la *Lex Fori*. Y, en todo caso, otras “partes” que pudieran ser tales en dichos procedimientos judiciales, -como podría suceder con el Ministerio Fiscal en determinados ordenamientos jurídicos-, no disponen del derecho subjetivo de elegir la Ley reguladora del régimen económico matrimonial *ex* Reglamento 2016/1103. Tal derecho corresponde, sola y exclusivamente, a los cónyuges. Por otro lado, en ocasiones el texto legal se refiere a las “partes” porque los cónyuges todavía no han contraído matrimonio, -y lógicamente, no son todavía “cónyuges”-, pero van a contraer matrimonio próximamente.

### c) Elección de una Ley única

**84.** Los cónyuges pueden elegir sólo una Ley estatal para regular su régimen económico matrimonial y no varias Leyes. La regulación jurídica del régimen económico matrimonial se toma sólo de esa única Ley estatal elegida, en su caso, por los cónyuges (Cons. 45 y 47 RREM). Varios aspectos deben considerarse.

**85. a) Negación del *dépeçage*.** El art. 22 RREM no prevé la posibilidad de elegir diversas Leyes estatales para regular diversos aspectos del régimen económico matrimonial (*splitting, dépeçage*). La Ley reguladora del régimen económico matrimonial debe ser una sola Ley estatal. El art. 22 RREM no permite tomar parte de la regulación legal del régimen económico matrimonial de una Ley estatal y otra parte diferente de otra Ley estatal distinta. Así, por ejemplo, como recuerda P. LAGARDE, los cónyuges no pueden elegir como ley aplicable a los bienes inmuebles integrados en un régimen económico matrimonial, la Ley del país de su situación y elegir otra ley distinta como Derecho aplicable al resto de los bienes<sup>130</sup>. La imposibilidad de elegir varias leyes reguladoras de un mismo régimen económico matrimonial se basa en dos argumentos presentes extraídos del mismo Reglamento 2016/1103.

En primer lugar, el texto del art. 22 RREM es claro, pues se expresa en número singular. Así, el precepto indica que los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la “ley aplicable a su régimen económico matrimonial”, en singular y no en plural.

En segundo lugar, por otro lado, el legislador europeo podría haber seguido la senda del art. 3.1 RR-I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], que admite de modo explícito la posibilidad de los contratantes de elegir varias Leyes estatales aplicables a diferentes partes del contrato, pero, conscientemente, no lo hizo así.

La exigencia de elección de una única Ley por los cónyuges es adecuada. Elegir varias Leyes estatales para regular diversos aspectos o diversos bienes incluidos en el mismo régimen económico matrimonial acabaría por generar con extrema frecuencia en una amalgama de disposiciones legales incongruente y contradictoria. Por ello, el Reglamento 2016/1103 arranca, según expone O. FERACI, de la teoría de la Ley única: la disciplina legal del régimen económico matrimonial debe tomarse extraerse exclusivamente de una sola Ley estatal<sup>131</sup>. La razón de fondo de esta prohibición es se encuentra en la

<sup>130</sup> P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 676-686, esp. p. 681.

<sup>131</sup> 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>). También N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 18-19.

falta de un presupuesto técnico. A diferencia de lo que sucede en relación con los contratos internacionales (art. 3.1 Reglamento Roma I), no parece que el régimen económico matrimonial pueda ser dividido en “partes separables y autónomas” susceptibles de ser reguladas por Leyes estatales distintas.

La apuesta en favor de una Ley única presenta ventajas técnicas y sustantivas evidentes: (a) Simplifica el régimen jurídico aplicable para los cónyuges; (b) Facilita la identificación del Derecho aplicable y proporciona una mayor claridad jurídica tanto a los cónyuges como al tribunal que debe dictar, en su caso, la sentencia relativa al régimen económico matrimonial; (c) Disminuye los costes conflictuales para los cónyuges al tener que probar una sola Ley aplicable y al tener que ajustar sus comportamientos sólo a una Ley estatal; (d) Protege a los terceros, que pueden así prever con facilidad cuál es la ley reguladora del régimen económico matrimonial en su totalidad; (e) Evita los agudos problemas de calificación de los bienes, como pone de relieve P. LAGARDE, ya que éstos deben ser calificados como muebles o inmuebles o incorporales con arreglo a una sola ley<sup>132</sup>.

**86. b) Negación de la elección cumulativa de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial.** Por otro lado, el art. 22 RREM tampoco permite elegir dos o más Leyes estatales de aplicación cumulativa al mismo régimen económico matrimonial, de modo que la regulación legal del régimen económico matrimonial se pueda tomar tanto de la Ley del Estado A, como de la Ley del Estado B. De nuevo, el art. 22 RREM se expresa siempre en número singular y no ofrece espacio para esta posibilidad. Una elección cumulativa de ley aplicable crearía incerteza y caos legal. En el supuesto de que los cónyuges hubieran elegido dos o más Leyes estatales aplicables a su régimen económico matrimonial, debe entenderse que el acuerdo de elección de Ley no cumple con las exigencias contenidas en el art. 22 RREM. En consecuencia, la elección cumulativa de Ley aplicable a un mismo régimen económico matrimonial es nula y carece de efectos jurídicos. El régimen económico matrimonial se regirá, en tal supuesto, por la Ley designada por el art. 26 RREM (Ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de elección de Ley por los cónyuges).

#### **d) Elección de la Ley sustantiva de un Estado**

**87.** La elección, por los cónyuges, de una Ley reguladora de su régimen económico matrimonial se realiza, siempre, en favor de la Ley material elegida, sin tener en cuenta las normas de “conflicto de leyes” de dicho ordenamiento jurídico (art. 32 RREM).

**88.** Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado para regular su régimen económico matrimonial. Pero debe ser, necesariamente, la Ley de un “Estado”. Al respecto, debe afirmarse lo que sigue.

**89. a) Elección de una “Ley estatal”. Justificación de la exigencia.** La exigencia de que la Ley elegida deba ser la “Ley de un Estado” no es ningún capricho ni ningún tributo o sometimiento a la Soberanía estatal. Existen muy poderosas razones para exigir que la Ley elegida sea una “Ley estatal”, bien puntualizadas por D. GRUENBAUM<sup>133</sup>. En primer lugar, un régimen económico matrimonial pactado al margen de toda Ley estatal carece de fuerza vinculante ante los tribunales y no pasaría de ser, como mucho, un mero acuerdo moral entre los cónyuges. Las partes no podrían exigir el cumplimiento de unos pactos que regulan la economía de su matrimonio pero que no se sujetan a ninguna Ley estatal. En ocasiones, es cierto, los cónyuges pueden concluir acuerdos a los que no desean dotar de fuerza jurídica obligatoria. Tales acuerdos no constituyen capitulaciones matrimoniales ni contratos. Un contrato es un acuerdo entre sujetos privados al que la Ley de un Estado otorga fuerza vinculante y un régimen económico matrimonial es la disciplina jurídica de la economía matrimonial establecida en la Ley y a la que

<sup>132</sup> P. LAGARDE, “La qualification des biens en meubles et immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial”, en *Mélanges en l’honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, Defrénois, 2007, pp. 209-220.

<sup>133</sup> D. GRUENBAUM, “From Statehood to Effectiveness: The Law of Unrecognised States in Private International Law”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 86, 2022, n.3, pp. 577-616.

el Derecho otorga fuerza obligatoria entre los cónyuges. Sin la “Ley de un Estado” no existe “contrato” ni existe “régimen económico matrimonial”, explica J. BASEDOW<sup>134</sup>. Sólo una Ley estatal constituye un sistema jurídico completo, de calidad, que puede integrar las lagunas de los pactos celebrados entre los cónyuges para regular su economía, proporcionar los criterios de interpretación de los mismos, fijar los límites a los que han de sujetarse las partes en la redacción de las cláusulas de sus pactos matrimoniales y otorgar fuerza legal obligatoria a los acuerdos entre los cónyuges.

**90. b) Normativas no estatales y regulación del régimen económico matrimonial.** El Reglamento niega que los cónyuges puedan realizar una elección de ley reguladora del régimen económico matrimonial en favor de normativas o reglas no estatales, como pueden ser normativas o reglas de tipo exclusivamente religioso, la *Shari'a*, los Principios Europeos de Derecho de Familia, el Derecho Canónico de la Iglesia Católica, el Derecho que rige una asociación civil o un club privado, etc., recuerda S. TONOLO<sup>135</sup>. El Reglamento 2016/1103 sólo remite a Leyes “estatales” para regular el régimen económico matrimonial. No remite, en ningún caso, a una “normativa religiosa” (*Lex Religiosa*) o para-estatal, explica B. AÑOVEROS TERRADAS<sup>136</sup>. Es dudoso, por otra parte, que normativas religiosas dispongan de una disciplina legal concreta, específica, útil y práctica sobre el régimen económico matrimonial.

Dicho lo anterior, también es preciso aclarar que el Reglamento no considera nulos de pleno Derecho los pactos alcanzados por los cónyuges en cuya virtud eligen como Ley aplicable a su régimen económico matrimonial estas normativas no estatales. El art. 22 RREM, simplemente, no permite que tales normativas operen como ley reguladora del régimen económico matrimonial (*lex causae*). En consecuencia, apunta P. JIMÉNEZ BLANCO, la validez de estos pactos en favor de reglas jurídicas no estatales debe ser decidida con arreglo a la ley que rige el régimen económico matrimonial, tal y como es determinada por el Reglamento 2016/1103<sup>137</sup>.

**91. c) Leyes de unidades no estatales.** Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado. No pueden elegir la Ley de una unidad territorial o la Ley de una comunidad social con un Derecho propio<sup>138</sup>. Por ejemplo, el art. 22 RREM permite a dos cónyuges españoles de vecindad civil común él y catalana ella, ambos con residencia habitual en Alemania, que elijan el Derecho español para regir su régimen económico matrimonial, pero no el Derecho catalán. Si eligen el Derecho español, serán las normas de Derecho interregional español las que precisarán que concreto Derecho civil español es aplicable a ese régimen económico matrimonial, pues así lo ordena el art. 33.1 RREM. Este precepto es aplicable en todo caso, esto es, ya se determine la Ley aplicable al régimen económico matrimonial mediante la elección de los cónyuges (art. 22 RREM) o bien se precise a través de los puntos de conexión objetivos (art. 26 RREM).

En el caso de que la ley elegida para regular el régimen económico matrimonial sea la Ley española, se aplicará, a tal efecto, el art. 9.2 CC y su escalera de conexiones para hallar el Derecho finalmente aplicable al régimen económico matrimonial de entre los que coexisten en España<sup>139</sup>. Ahora bien, una vez declarado aplicable el Derecho interregional de la *lex causae*, puede suceder que tales normas

<sup>134</sup> En relación con los contratos internacionales, *vid.* J. BASEDOW, “12 AGBG”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 1993, pp. 2040-2074.

<sup>135</sup> S. TONOLO, “Regole religiose, conflitti di leggi e diritti fondamentali”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 349-370.

<sup>136</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 241-272, esp. p. 258.

<sup>137</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 75.

<sup>138</sup> E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 9.

<sup>139</sup> C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 524; A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610 y pp. 613-614.

permitan a los cónyuges elegir la Ley de una concreta unidad territorial. Así, en el caso anterior, los esposos españoles cuyo régimen económico matrimonial se rige por el Derecho español *ex art. 22 RREM*, pueden activar el art. 9.2 CC. Esta disposición, -aplicada ahora como norma de Derecho interregional-, conduce a la ley de la vecindad civil común de los esposos. A falta de dicho criterio, los cónyuges pueden elegir la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial y, en tal sentido, pueden elegir la Ley catalana o el Derecho civil común, puesto que es el Derecho que se corresponde con la vecindad civil de cualquiera de ellos<sup>140</sup>.

**92. d) Leyes de Estados existentes.** Los cónyuges sólo pueden elegir la Ley de un Estado existente en el momento de la elección.

En el caso de que las partes hayan elegido la Ley de un Estado que existe en el momento de la elección, pero que ya no existe en el momento de la controversia, deberá aplicarse la Ley del Estado que, con arreglo a las normas del Derecho internacional Público, ha sucedido al Estado desaparecido.

No cabe elegir como Ley reguladora del régimen económico matrimonial la Ley de un presunto Estado que nunca ha existido y/o que no existe como tal “Estado” con arreglo al Derecho internacional Público. Es el caso de ciertas de las llamadas “micronaciones” (Seborga, Sealand, Westarctica, Valaquia, Wirtland, etc.), o de Palestina o la Soberana Orden Militar de Malta.

La elección de la Ley de un Estado inexistente en el momento de la elección no surte efectos jurídicos. Dicha elección de Ley se tendrá por no puesta. Ejemplo: cláusula en capitulaciones matrimoniales que indica que “*estas capitulaciones matrimoniales quedan sujetas al Derecho de la URSS*”.

**93. e) Ley estatal vigente.** La Ley elegida debe ser la Ley vigente de un Estado concreto. No cabe elegir como Ley reguladora del régimen económico matrimonial una legislación de un Estado que ya no esté vigente en el momento de dicha elección (Derecho ruso zarista, Derecho español republicano o franquista, Derecho francés pre-revolucionario, Derecho inglés medieval, régimen dotal español existente en la versión originaria del Código civil de 1889, etc.). Si ello se produce, dicha designación no debe ser considerada como una “elección de Ley” en el sentido del art. 22.1 RREM y se tendrá por no puesta.

## e) Cuestiones problemáticas

### i) Incorporación por referencia de normas sustantivas de un Derecho estatal

**94.** El art. 22 RREM no prohíbe que los cónyuges redacten pactos, contratos o acuerdos en los que especifiquen, de modo concreto y material, la regulación de su régimen económico matrimonial, en particular, en sus capitulaciones matrimoniales. Ahora bien, el precepto indica claramente que el régimen económico matrimonial se rige por la Ley de un Estado y no por los acuerdos privados a los que hayan llegado los cónyuges y que la elección de Ley debe ser realizada “por escrito”. De estas premisas es posible deducir lo que sigue.

En primer lugar, el art. 22 RRREM no prohíbe los pactos que procedan a incorporar por referencia el contenido de una Ley estatal al texto de un acuerdo entre los cónyuges. Tampoco prohíbe dicho precepto que los cónyuges establezcan su propia regulación del régimen económico matrimonial, elaborada por los mismos al margen de cualquier Ley estatal. Por tanto, los cónyuges pueden diseñar parte de su régimen económico matrimonial mediante la copia, por ejemplo, de las disposiciones legales del sistema de participación en las ganancias recogido en el Derecho alemán y otra parte mediante la copia de los preceptos legales del sistema de ganancias previsto en el Derecho español. Ahora bien, será la Ley estatal elegida por las partes o, en su defecto, la Ley estatal que rige el régimen económico matrimonial con arreglo al art. 26 RREM la que indique si tales pactos materiales acordados por las partes son o no son válidos y si producen efectos legales y hasta qué punto.

<sup>140</sup> E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 9.

En segundo término, el art. 22 RREM exige que la elección de Ley sea por escrito, pero no que sea “expresa”, como se verá seguidamente<sup>141</sup>. Por tanto, puede darse el caso de que una incorporación por referencia de la regulación del régimen económico matrimonial recogida en una concreta Ley estatal pueda ser interpretada como una auténtica elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Así, por ejemplo, si se observa que los cónyuges han copiado en su pacto prenupcial o postnupcial la regulación del régimen económico matrimonial propia del Derecho portugués puede afirmarse que han querido elegir la Ley portuguesa como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial. La Ley portuguesa regirá el régimen económico matrimonial *ex art. 22.1 RREM*, pues se debe considerar que ha existido una elección tácita, pero clara y por escrito, de la ley reguladora del régimen económico matrimonial.

En tercer lugar, no resulta sencillo distinguir entre “elección de ley” e “incorporación por referencia” de ciertas normas para regular el régimen económico matrimonial. En ocasiones, existen cláusulas de unas capitulaciones matrimoniales cuyo alcance suscita enormes dudas, ya que pueden ser interpretadas bien como una “elección de Ley” o bien como meras cláusulas de “incorporación por referencia”. Ejemplo: “*es aplicable a este régimen económico matrimonial el art. 1346 número primero, del Código civil español que indica que son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes, animales y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad de gananciales*”. Pues bien, visto que el art. 22 RREM exige que la elección de Ley sea clara, es decir que sea por escrito y que sea una auténtica elección de ley, debe entenderse que, en los casos dudosos, la cláusula controvertida constituye una mera “incorporación por referencia” y no una “elección de Ley”.

## ii) Elección de un concreto régimen económico matrimonial existente en una Ley estatal

95. El art. 22 RREM no prohíbe que los cónyuges redacten pactos, contratos o acuerdos en los que especifiquen, de modo concreto y material, cuál es el concreto régimen económico matrimonial que desean implementar. Así dos cónyuges españoles con residencia habitual en Nueva York pueden indicar por escrito que “el régimen económico matrimonial será *“el régimen de participación en las ganancias previsto en el Derecho civil común español”*”. En tal caso, debe razonarse en dos fases. En la primera fase, debe estimarse que ha habido una elección del Derecho español para regular el régimen económico matrimonial. En una segunda fase, debe argumentarse ya dentro del Derecho material español. Si en Derecho español los cónyuges pueden elegir el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias, entonces la cláusula elaborada por los cónyuges debe reputarse válida.

## iii) Elección de una Ley estatal que no contempla el régimen económico matrimonial

96. Los arts. 23-24 RREM no exigen para la validez de la elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, que dicha Ley estatal elegida por los cónyuges contenga una disciplina jurídica reguladora del régimen económico matrimonial en el caso concreto. En consecuencia, los cónyuges pueden elegir una Ley estatal que no regula el régimen económico matrimonial en cuyo seno no existe el régimen económico matrimonial. Así, los cónyuges pueden elegir el Derecho inglés, que desconoce el concepto de régimen económico matrimonial, como ley reguladora de su régimen económico matrimonial. En tal caso, el Derecho inglés establecerá el régimen jurídico de los bienes los cónyuges y de la economía del matrimonio, constante matrimonio y también, en su caso, tras la disolución del mismo. Si no existe el concepto de régimen económico matrimonial en Derecho inglés, eso no invalida la elección de tal ordenamiento jurídico como Derecho regulador de la economía matrimonial.

<sup>141</sup> SEVERINE CABRILLAC, First applications of European regulations no 2016/1103 and no 2016/1104 of 24 June 2016 in French law”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 155-160, esp. p. 157-158.

#### **iv) Elección de una Ley estatal que prohíbe a los cónyuges elegir la Ley reguladora del régimen económico matrimonial**

97. La posibilidad de elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se atribuye a los cónyuges por el mismo Reglamento 2016/1103. Es una facultad subjetiva de los cónyuges *ex* Reglamento 2016/1103, *ex* Derecho de la UE. Por ello, resulta irrelevante que la Ley elegida por los cónyuges les impida elegir la Ley reguladora de su régimen económico matrimonial. Por ejemplo, si marido francés y esposa francesa cuya primera residencia habitual común tras el matrimonio estuvo en Madrid eligen la Ley española para regir su régimen económico matrimonial, éste quedará sujeto a la ley española elegida. No es relevante que el art. 9.2 CC no les permita elegir la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial.

#### **v) Cláusulas de *exclusio juris***

98. Surge una duda razonable en el caso de que los cónyuges otorguen un documento en cuya virtud excluyen la aplicación al régimen económico matrimonial de una Ley estatal concreta sin elegir ninguna. Así, por ejemplo, dos cónyuges españoles con residencia en Asunción podrían establecer por escrito que “*el Derecho paraguayo no será aplicable al régimen económico matrimonial*”. El art. 22 RREM no se refiere a esta cuestión de un modo específico. Ahora bien, un análisis detallado de esta disposición revela que estas cláusulas no deben ser consideradas válidas y deben tenerse por no puestas. Tampoco se admiten en relación con los contratos internacionales en el ámbito del art. 3 del Reglamento Roma I, como ha precisado la sentencia de la Corte di Cassazione (Italia) de 27 marzo 1996<sup>142</sup>.

Los argumentos para rechazar la validez de las cláusulas de *exclusio juris* en relación con el régimen económico matrimonial son variados. En primer lugar, la elección de Ley sólo se contempla en el art. 22 RREM si recae en favor la Ley de un Estado y no si se excluye la Ley de un Estado (*argumentum a contrario: inclusio unius exclusio alterius*). En segundo término, además, las cláusulas de *exclusio juris* vulneran el art. 26 RREM. Este precepto ordena al juez aplicar una u otra Ley estatal en el caso de que las partes no hayan procedido a elegir una Ley aplicable “*con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22*”. Es evidente que, en estos casos, la elección de Ley no ha tenido lugar “*con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22*”. Por tanto, en casos de *exclusio juris*, el art. 26 RREM debe ser aplicado. En tercer lugar, cuando el art. 26 RREM es aplicable, la Ley del contrato se determina de modo rígido con arreglo a los puntos de conexión que contiene dicho precepto, que no admite injerencias de los cónyuges en la cuestión y que no permite a los contratantes dar instrucciones a la autoridad competente para conocer de un asunto relativo al régimen económico matrimonial sobre cómo debe determinar la Ley aplicable al mismo. La autoridad está obligada a seguir las pautas marcadas de modo estricto por el art. 26 RREM y este precepto no admite que los contratantes indiquen al juez qué Ley estatal no puede constituir la Ley del contrato.

Diferente es el caso, muy bien abordado por S. MARINO, en el que los cónyuges, por ejemplo, excluyen de modo expreso la aplicación de la Ley de su residencia habitual común pero porque entienden que no poseen tal residencia habitual común. En tal supuesto, la cláusula puede ser tenida en consideración por la autoridad competente como un elemento más para examinar la concurrencia de tal residencia habitual común, aunque no como una válida elección negativa de la Ley aplicable<sup>143</sup>.

#### **f) Consentimiento de los cónyuges**

##### **i) Regla general. Existencia y validez del consentimiento**

99. Para que la elección de Ley sea válida y eficaz y el régimen económico matrimonial quede regulado por la Ley elegida por los cónyuges, debe acreditarse de modo fehaciente que éstos han dado

<sup>142</sup> Sentencia Corte di Cassazione [Italia] de 27 marzo 1996, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1997, p. 47.

<sup>143</sup> S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 115-116.

su consentimiento en elegir dicha Ley. El Reglamento trata de asegurar este objetivo a través, exclusivamente, de normas de conflicto de leyes. Es decir, el Reglamento no dispone de requisitos mínimos materiales de existencia y validez del consentimiento de los cónyuges en relación con la elección de Ley, a diferencia de lo que ocurre con los requisitos de forma. En efecto, el art. 23 RREM sí contiene ciertos requisitos concretos europeos de forma del pacto de elección de ley, como hace notar M.G. Rossi<sup>144</sup>.

**100. a) Primera regla general. *Lex hypothetici contractus*.** El art. 24.1 RREM establece que la existencia del acuerdo de voluntades entre los cónyuges a la hora de elegir la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, así como la cuestión de saber si el consentimiento de los cónyuges es válido o presenta algún vicio del mismo que lo invalide, son cuestiones que se rigen por la Ley presuntamente elegida por los cónyuges con arreglo al art. 22 RREM (art. 24 RRM). Es la “Ley hipotéticamente elegida por las partes” (“*putative law*”). Es preciso distinguir.

En primer lugar, la Ley presuntamente elegida por los cónyuges regulará la existencia del consentimiento. En tal contexto, dicha Ley regulará, por ejemplo, como recuerda M.G. Rossi, la cuestión de saber si la X marcada en la casilla de un formulario supone “consentimiento de un cónyuge” en cuanto a la elección de la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial<sup>145</sup>. Esos formularios son cada vez más frecuentes en las oficinas notariales y judiciales de ciertos países. También indicará si se puede dar el consentimiento por silencio o asentimiento a una propuesta del otro cónyuge y precisará cómo debe y/o puede expresarse el consentimiento.

En segundo lugar, en cuanto a la pureza del consentimiento, la ley presuntamente elegida regulará si el consentimiento expresado por las partes en cuanto a la elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se trata de un consentimiento válido, esto es, no afectado por los llamados “vicios del consentimiento”. Todo lo anterior queda en manos de la Ley estatal presuntamente elegida por los cónyuges. De dicho modo expresado, esta Ley determinará si concurren dichos vicios del consentimiento en la elección de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial, tales como error, dolo, violencia, intimidación, etc. Dicha Ley también regulará los efectos jurídicos, en su caso, de la presencia de tales vicios: nulidad del acuerdo, anulabilidad del mismo, etc. De nuevo, la Ley presuntamente elegida por los cónyuges regulará, por ejemplo, si la X marcada en la casilla de un formulario por error material, -lo que puede suceder con frecuencia-, invalida el acuerdo de elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial.

La remisión que el art. 24.1 RREM realiza en favor de la Ley que los cónyuges, presuntamente, han elegido (“*putative law*”) para regular estas cuestiones puede parecer extraña. Sin embargo, no es así, pues dicha Ley constituye el Derecho cuya aplicación a la existencia y validez del consentimiento relativo a la elección de Ley resulta más previsible para los cónyuges. Es la ley cuya aplicación a este aspecto les comportará los costes más reducidos.

Por otra parte, aunque la Ley estatal presuntamente elegida por los cónyuges regula la existencia del consentimiento y la presencia de un vicio del mismo y su régimen jurídico, la consecuencia de la presencia de tal vicio es fijada directamente por el Reglamento 2016/1103. La elección de dicha ley queda, en tal caso, invalidada y no surte efectos jurídicos. En tal hipótesis, -inexistencia de consentimiento, vicio del mismo-, la ley reguladora del régimen económico matrimonial se fija con arreglo al art. 26 RREM.

**101. b) Segunda regla general. Elección informada de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial.** El Reglamento 2016/1103 exige que los cónyuges sepan qué concreta Ley estatal eligen para regular su régimen económico matrimonial, que sean también conscientes de cuál es el contenido sustancial de dicha Ley y además, que sean conocedores de la situación general de la economía matrimonial sobre la que se va a proyectar la ley elegida para regular el régimen económico matrimonial. Ésa es, verdaderamente, una elección genuinamente informada, profunda y completa de la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

<sup>144</sup> MARIA GABRIELLA ROSSI, “Art. 24”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 210-217, esp. p. 212.

<sup>145</sup> *Id.* la obra citada en la nota anterior, esp. p. 213.

En efecto, si el juez o autoridad competente acredita que la elección de la Ley estatal aplicable al régimen económico matrimonial no fue una “elección informada” por parte de ambos cónyuges, opina R. FARRUGIA, dicha elección no surtirá ningún efecto legal<sup>146</sup>. Esto es así, no hay duda. Ahora bien, un interrogante de muy hondo calado se presenta de modo espontáneo. Es preciso concretar, en efecto, cómo controla la autoridad competente que el cónyuge conocía la ley que eligió y que también era consciente de los rasgos fundamentales de dicha Ley en lo que se refiere a la regulación del régimen económico matrimonial. Es decir, es necesario especificar cómo la autoridad competente acredita que la elección de ley por los cónyuges ha sido una “elección informada”. Varias opciones se han propuesto.

Una primera tesis es la tesis conflictual. Afirma que la presencia de una elección informada de la ley aplicable se controla, exclusivamente, mediante la Ley presuntamente elegida (art. 24 RREM) y también a través de los requisitos de forma recogidos en el art. 23 RREM. El Cons. 47 RREM parece inclinarse a favor de esta tesis: “[l]as normas relativas a la validez formal y material del acuerdo sobre la elección de la ley aplicable deben definirse de manera que la elección informada de los cónyuges resulte más fácil y se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica, así como un mejor acceso a la justicia...” (Cons. 47 RRREM). En este sentido, opina B. AÑOVEROS TERRADAS, las exigencias formales recogidas en el art. 23 RREM ya garantizan el control del nivel de información sobre la ley elegida y sobre las leyes no elegidas<sup>147</sup>.

Una segunda tesis es la tesis material. Sostiene que, sin perjuicio de los arts. 23 y 24 RREM, si la autoridad competente detecta que la elección de ley no ha sido una “elección informada” a un nivel satisfactorio, deberá directamente descartarla, como ilustra M.G. ROSSI<sup>148</sup>. No será una elección válida a efectos del Reglamento, pues debe recordarse que el Reglamento 2016/1103 es un “Reglamento de la UE” y, por tanto, es “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de conformidad con los Tratados”. Es preciso que quede claro, que sea diáfano y transparente que los cónyuges conocen, al menos, las líneas fundamentales del contenido de la Ley que eligen como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial. Incluso se puede sugerir, con I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, que los cónyuges tienen derecho a saber cuál es la situación financiera del otro cónyuge porque de ese dato puede depender su decisión de elegir una Ley estatal u otra para regir su régimen económico matrimonial<sup>149</sup>. Así, por ejemplo, un ciudadano ruso tiene derecho a saber si su novia española está arruinada y si tiene deudas que nunca podrá pagar ni ella ni él. Del conocimiento de ese dato puede depender su decisión de elegir una ley que establezca un régimen económico matrimonial de gananciales o de separación de bienes, por ejemplo.

No es sencillo optar por la primera o la segunda tesis. En aras de la simplicidad, parece que es posible aceptar que el legislador europeo se ha inclinado de modo explícito por la primera tesis, esto, en favor de la tesis conflictual. Dicha tesis ya permite un profundo control de la elección informada de la ley aplicable, tanto mediante el control de los requisitos de fondo de la existencia y pureza del consentimiento (art. 24 RREM) como de forma (art. 23 RREM). Frente a ello, la segunda tesis no tiene apoyo ex-

<sup>146</sup> R. FARRUGIA, “The future EU Regulation concerning matrimonial property regimes”, en B. CAMPUZANO DÍAZ/M. CZEPELAK/A. RODRÍGUEZ BENOT/M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Latest developments in EU private international law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2011, p. 75; 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. 248; 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. 839.

<sup>147</sup> B. AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 241-272.

<sup>148</sup> M.G. ROSSI, “Art. 23”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARRETO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 205.

<sup>149</sup> IGNACIO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “La órbita de la autonomía privada en relación con el matrimonio”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 189-237, esp. p. 200: “es preciso que el consentimiento se preste sobre la base de un conocimiento claro de todas las consecuencias que el devenir contractual puede originar a las partes”.

preso en el Reglamento. El legislador de la Unión pudo haber optado por la misma con claridad y no lo hizo. Pudo haber expresado que la autoridad competente deberá informar a los cónyuges del sentido de la elección de ley que pretenden llevar a cabo, pero no lo ha hecho así. El art. 26.2 del Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Reglamento Bruselas I-bis es diáfano al respecto<sup>150</sup>. El precepto citado indica que “*En las materias contempladas en las secciones 3, 4 ó 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no*”. Por tanto, puede afirmarse que cuando el legislador de la Unión Europea desea otorgar una facultad propia de control de la elección informada de ley o de tribunal, lo dice de modo expreso y explícito. En el art. 22 RREM tal indicación no existe. La cuestión queda, pues en manos de los arts. 23 y 24 RREM.

## ii) Regla especial. La Ley de la residencia habitual con función de protección

**102.** Indica el art. 24.2 RREM que, no obstante, un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada por el art. 24.1 RREM, esto es, por la ley elegida.

Este art. 24.2 RREM procura que quede claro que cada cónyuge ha dado su consentimiento a la elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial “de modo informado”. Se trata, precisa I. VIARENGO, de un mecanismo para garantizar la elección informada del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial. Los cónyuges deben saber qué Ley eligen y qué dispone dicha Ley<sup>151</sup>.

**103.** Esta previsión legal se aplica tanto a la “existencia” del consentimiento como a sus posibles “vicios”, en particular, en los casos de silencio de uno de los cónyuges, a pesar de las dudas al respecto de cierta doctrina<sup>152</sup>. Ello significa que cada parte está protegida, frente al Ley hipotéticamente elegida, por la Ley del país de su residencia habitual. De ese modo, si dicha Ley indica que no ha habido consentimiento de los cónyuges en la elección de una concreta Ley reguladora del régimen económico matrimonial, será indiferente lo que establezca la Ley presuntamente elegida por los cónyuges como aplicable al régimen económico matrimonial *ex art. 22 RREM*. Ello es relevante, como se ha avanzado, en casos de silencio del cónyuge. Si la Ley del país de la residencia habitual de uno de los cónyuges considera que el silencio de éste no equivale a su aceptación, así será, con independencia de lo que al respecto establezca la Ley presuntamente elegida *ex art. 22 RREM*, que bien puede ser otra Ley con arreglo a la cual, el silencio equivale a la aceptación del cónyuge en la elección de Ley. El cónyuge que desee podrá invocar este art. 24.2 RREM, que no parece que pueda ser aplicado de oficio por el juez.

**104.** Dicho lo anterior, hay que convenir, no obstante, con E. ALINA OPREA, que el ámbito práctico real del art. 24.2 RREM es estrecho, angosto y reducido<sup>153</sup>. La explicación es sencilla. Esta disposición legal funciona correctamente en el marco de los contratos internacionales, de donde ha sido tomada. En dicho contexto, son frecuentes los casos de ofertas de contratos que se responden con un

<sup>150</sup> DOUE L 351 de 20 diciembre 2012.

<sup>151</sup> I. VIARENGO, “Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2018, vol. 54, pp. 33-58, esp. p. 52.

<sup>152</sup> N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26.

<sup>153</sup> E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 12.

silencio por la otra parte al mismo tiempo que comienza a ejecutarse el contrato. Sin embargo, en el entorno del régimen económico matrimonial, y vista la exigencia de que la elección de ley aplicable sea efectuada por escrito y firmada, el papel del silencio de una parte es prácticamente inexistente. Si un cónyuge propone al otro elegir una Ley aplicable al régimen económico matrimonial y éste responde con su silencio, la elección de la ley aplicable no habrá sido acordada “por escrito” ni “firmada” y por tanto, será nula de pleno Derecho. Queda el caso, eso sí, de una elección de ley que un cónyuge propone a otro y que está redactada en un idioma que el segundo cónyuge no comprende. Si, pese a ello, este segundo cónyuge firma la propuesta y acepta la Ley aplicable propuesta, podrá posteriormente invocar el art. 24.2 RREM para defender que “no ha dado su consentimiento” con arreglo a la “ley del país donde tenga su residencia habitual”.

**105.** Surge una cuestión problemática en la mente del jurista cuando se repara en que este art. 24.2 RREM opta por la aplicación de la “ley del país donde el cónyuge tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional”. En realidad, la existencia y validez del consentimiento debería valorarse con arreglo a la Ley de la residencia habitual del cónyuge en el momento de emitir tal presunto consentimiento y no cuando surge el litigio, como bien apunta P. JIMÉNEZ BLANCO<sup>154</sup>. La tesis contraria en favor del momento en el que se sustancia el asunto puede fomentar un *forum shopping*, pues el cónyuge puede trasladar su residencia habitual a un país y plantear después un litigio porque sabe que la Ley de su nueva residencia habitual le beneficia.

### g) Capacidad de los cónyuges

**106.** El art. 1.2.a RREM excluye del Reglamento “la capacidad jurídica de los cónyuges”. Se trata de una exclusión genérica. Ello significa que las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 no se aplican a ninguna cuestión de capacidad relacionada con el régimen económico matrimonial. Por ello, la capacidad de los cónyuges para elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial es una cuestión que se rige por la Ley estatal designada por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. En España, esta cuestión se somete a la Ley nacional de cada cónyuge (art. 9.1 CC)<sup>155</sup>. En este sentido cabe afirmar lo que sigue.

En primer lugar, la Ley nacional de cada cónyuge deberá establecer si el matrimonio otorga una plena o una cierta capacidad de obrar, o si produce, de Derecho, la emancipación, como sucede en el caso español (art. 316 CC), o por el contrario, no la produce.

En segundo término, la Ley nacional de la persona debe establecer si una persona es menor de edad y si un menor de edad puede elegir la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Una Ley extranjera que no atribuya plena capacidad de obrar al cónyuge menor de edad no debe considerarse contraria al orden público internacional español.

En tercer lugar, para que el pacto de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial resulte válido, ambos cónyuges deben disponer de capacidad para realizar válidamente dicha elección a tenor de sus respectivas leyes nacionales.

En cuarto lugar, el art. 10.8 CC no es aplicable a los pactos de elección de Ley al régimen económico matrimonial, pues dicho precepto exige, para su propia aplicación, que se trate de “contratos onerosos celebrados en España” y los pactos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial no pueden considerarse contratos “onerosos”.

<sup>154</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 84.

<sup>155</sup> T. PASCUAL LUJÁN, “El régimen económico matrimonial en la Unión Europea: análisis de la Propuesta de Reglamento comunitario en la materia”, en V. PARDO IRANZO (dir.) *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Tirant, Valencia, 2016, p. 338. I. VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 205.

## E) Requisitos de forma de la elección de Ley

**107.** Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado para regular su régimen económico matrimonial. Para que dicha elección resulte válida, no sólo debe ajustarse a los requisitos materiales recogidos en el art. 24 RREM, sino que además debe realizarse en una forma determinada (art. 23 RREM). Con carácter preliminar, varios datos deben tenerse muy presentes.

En primer lugar, no es posible aplicar las exigencias legales de forma de dicho pacto de elección de ley previstas en el Derecho presuntamente elegido por los cónyuges para regular su régimen económico matrimonial<sup>156</sup>. En este punto, el art. 23 RREM se separa, con inmejorable criterio, del art. 10 RR-I. Este precepto exige que los pactos de elección de Ley reguladora de los contratos internacionales respeten las exigencias formales contenidas en la Ley que rige la forma del contrato (art. 11 RR-I). Ello comporta una sobrecarga de exigencias formales que recaen de modo innecesario sobre el pacto de elección de Ley que, incluso, pueden entrar en contradicción con las exigencias formales ya recogidas en el mismo Reglamento Roma I. Además, no resulta frecuente que las Leyes nacionales exijan requisitos de forma sobre los pactos de elección de Ley. Por todo ello, el legislador de la Unión Europea ha hecho muy bien en no requerir que los acuerdos de elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial deban ajustarse a los requisitos de forma exigidos por la Ley elegida por los cónyuges.

En segundo lugar, los requisitos de forma recogidos en el art. 23 RREM son requisitos de forma *ad solemnitatem*. Por tanto, si no concurren en el caso específico, dicho acuerdo de elección de ley será nulo de pleno Derecho y no surtirá efectos jurídicos.

En tercer lugar, debe dejarse claro que si los cónyuges eligen una concreta ley aplicable a su régimen económico matrimonial y eligen también un concreto régimen económico matrimonial en el contexto de dicha ley, los requisitos de forma establecidos en el art. 23 RREM sólo se aplican para valorar la validez formal del pacto de elección de Ley, como ha observado E. ALINA OPREA. La Ley estatal reguladora del régimen económico matrimonial, -ley elegida por los cónyuges-, puede establecer otros requisitos de forma exigibles para la validez de la elección de un concreto régimen económico matrimonial. Por ejemplo, si los cónyuges eligen como aplicable a su régimen económico matrimonial el Derecho alemán, dicha elección debe seguir las exigencias formales recogidas en el art. 23 RREM. Si, además de ello, los cónyuges eligen el régimen alemán de capitulaciones matrimoniales, para que dichas capitulaciones sean válidas, será preciso observar las exigencias formales previstas en el Derecho alemán<sup>157</sup>.

En cuarto lugar, debe subrayarse que los requisitos formales exigidos por el art. 23 RREM para la validez del acuerdo de elección de ley son de dos tipos: requisitos directos europeos, -directamente establecidos en el Reglamento 2016/1103-, y requisitos nacionales por remisión -que se extraen de ciertas normativas estatales a las que remite el art. 23 RREM, precepto que contiene una norma de conflicto al efecto-.

### a) Requisitos formales mínimos “europeos”

#### i) Acuerdo por escrito, fechado y firmado

**108.** El art. 23 RREM contiene una serie de requisitos formales del acuerdo de elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial (*exigences de forme minimales*)<sup>158</sup>.

Se trata, destaca T. VIGNAL, de requisitos mínimos de validez formal *ad solemnitatem*<sup>159</sup>. Ello significa que para su validez formal, el pacto de elección de ley debe reunir, como mínimo y de manera necesaria, los requisitos relacionados de modo directo en el art. 23 RREM.

<sup>156</sup> 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, pp. 839-840.

<sup>157</sup> E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596 esp. p. 13.

<sup>158</sup> *Vid.* también Cons. 47 RREM.

<sup>159</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Sirey, 2021, pp. 183-185.

Aparte, como se verá, al pacto de elección de Ley, se le pueden exigir, en su caso, más requisitos de forma establecidos en ciertas Leyes nacionales.

Por tanto, al ser requisitos mínimos europeos de validez formal, su presencia es necesaria para la validez del *pactum de lege utenda*, pero puede que no sea suficiente para dicha validez, apunta P. LAGARDE<sup>160</sup>.

Tales requisitos europeos son tres: el acuerdo de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial debe expresarse por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges.

**109. a)** *El acuerdo de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial debe realizarse por escrito.* Varios aspectos deben ser subrayados en relación con esta cuestión.

El soporte material en el que el acuerdo aparezca “escrito” es indiferente: puede constar en fax, en papel o en cualquier otro soporte físico o electrónico, precisa M.G. ROSSI<sup>161</sup>.

El acuerdo puede haber sido escrito a mano o bien escrito por medios mecánicos o electrónicos. De hecho, el art. 23 RREM ya indica que se considerará como escrito “*toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo*”, lo que cubre los intercambios de mensajes electrónicos escritos como e-mails, whatsapps y similares de los que pueda ser posible recabar una prueba fehaciente visible por los cónyuges y por terceros. En estos casos, en efecto, el acuerdo puede constar, por ejemplo, en un intercambio de e-mails o mensajes de whatsapp, es cierto. Pero también es verdad que en tales casos, dichos acuerdos deben estar “firmados”, exigencia que es necesaria para su validez<sup>162</sup>.

La exigencia de que la elección de ley conste por escrito impide que se admita una elección en forma oral, aunque ésta pueda probarse, por ejemplo, mediante una grabación o aunque quede acreditada por testigos u otros medios probatorios. Tampoco cabe elegir la Ley aplicable de forma meramente oral aunque posteriormente exista una “confirmación escrita” posterior del acuerdo expedida por uno de los cónyuges que ponga de manifiesto la previa elección oral de la Ley aplicable por los cónyuges.

Sí que debe admitirse una elección por escrito pero contenida en documentos diferentes, como sucede en relación con el Reglamento Roma III (sentencia del Tribunale di Alesandria (Italia) 11 diciembre 2017 [matrimonio entre ciudadanos rumanos]; sentencia del Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014 [matrimonio entre ciudadanos tunecinos residentes en Italia])<sup>163</sup>. No es precisa, por tanto, la unidad documental del pacto de elección de ley reguladora del régimen económico matrimonial.

Más dudas suscita una elección expresa que consta en una grabación de audio de ambos cónyuges. Podría estimarse que, en este caso, existe un registro duradero del acuerdo, de modo que, por medio de una audaz analogía con lo dispuesto en el art. 23.1.II RREM, esta elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial cumpliría con la exigencia de constar “*por escrito*”. Ahora bien, la exigencia de forma escrita por parte del art. 23 RREM es tajante. Aunque exista registro de la grabación del acuerdo de elección de ley, ésta sigue siendo “oral”. Por tanto debe estimarse no válida, pues aunque exista registro o grabación, no ha sido realizada en “forma escrita”. Por otro lado, en relación con la elección de ley realizada en mensajes de audio o grabaciones de voz, es muy difícil que conste la fecha del acuerdo pero es prácticamente imposible que conste la firma de los cónyuges. La única opción de validez sería que la elección de ley constase en audio con la fecha del acuerdo y que, en documento aparte, los cónyuges firmaran un documento en el que hicieran constar su conformidad con la elección de Ley efectuada en audio. De todos modos, tampoco cumpliría con la exigencia de “forma escrita”, razón por la que esta opción debe estimarse rechazada por el art. 23 RREM.

<sup>160</sup> P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, LII, 3, 2016, pp. 676-686, esp. p. 683.

<sup>161</sup> M.G. ROSSI, “Art. 23”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 206.

<sup>162</sup> *Vid.* nota anterior, esp. p. 209.

<sup>163</sup> Sentencia del Tribunale di Alesandria [Italia] de 11 diciembre 2017, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 618-619; sentencia del Tribunale di Belluno [Italia] de 13 febrero 2014 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 832-833.

**110. b) *Dicho acuerdo debe estar fechado.*** La forma en la que se exprese la fecha es libre: números romanos, arábigos, en letras de alfabeto latino u otro alfabeto. Sin embargo, la fecha debe constar en el documento o documentos donde figura el consentimiento de los cónyuges por escrito, esto es, donde consta su firma, y no en un documento separado. La declaración de voluntad de cada cónyuge puede llevar una fecha diferente y constar en documentos separados, una en un documento y la otra en un documento distinto<sup>164</sup>. En el caso de existir dos documentos, uno por cada cónyuge, no es preciso que en ambos conste la misma fecha. La exigencia de fecha en el acuerdo permite valorar la capacidad de los cónyuges al elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Por ejemplo, así queda claro que el cónyuge era mayor de edad cuando consintió, pues la capacidad debe valorarse en el momento de prestar el consentimiento a la aplicación de una concreta Ley al régimen económico matrimonial.

Por otro lado, no es necesario que el documento o documentos donde se refleje el acuerdo de elección de ley cuente con una referencia al lugar donde se ha firmado<sup>165</sup>. Ello es así porque, desde el punto de vista del Reglamento, el lugar donde se produce o estampa la firma o donde se estima concluido el acuerdo no tiene ninguna relevancia legal. La regla *locus regit actum* no opera en relación con este acuerdo de elección de ley ni para evaluar su validez formal ni sustancial. Finalmente, el lugar físico concreto del documento donde figure la fecha es irrelevante. Puede constar en el encabezado, a mitades del texto o al final. No debe ser reglas fijas al respecto.

**111. c) *Dicho acuerdo debe aparecer firmado por ambos cónyuges.*** Cabe emplear la firma manuscrita, así como la firma electrónica si la misma permite comprobar de modo fehaciente la identidad del cónyuge firmante.

No es preciso que conste el nombre y apellidos enteros de los cónyuges ni sus números oficiales de identidad ni debe aportarse copia oficial o privada de los mismos en el documento que contiene el acuerdo de elección de ley. Sin embargo, la sola firma de un cónyuge, sin referencia alguna a la identidad del mismo, exigirá una evaluación caligráfica realizada por un experto que acredite que la firma corresponde a ese concreto cónyuge.

Tampoco es preciso que, en el documento que contiene el acuerdo de elección de ley, conste la nacionalidad de los cónyuges y/o su estado civil. No es necesario, para la validez del acuerdo de elección de ley, que se haga constar tampoco en el mismo el país lugar de residencia habitual de los cónyuges, pero es aconsejable porque la ley de dicho país puede ser aplicable a ciertos requisitos de forma del acuerdo.

**112.** El Reglamento 2016/1103 no exige ningún otro requisito formal aparte de los tres anteriormente nombrados.

Así, no es preciso que la elección de Ley tenga lugar en un documento o instrumento público o ante notario, juez o autoridad similar, del mismo modo que sucede en relación con la elección de la Ley aplicable al divorcio en el contexto del Reglamento Roma III, observa P. HAMMJE<sup>166</sup>.

Tampoco puede exigirse que la elección de Ley se realice por cónyuges que estén presentes en el mismo país o lugar ni que se lleve a cabo en un idioma determinado, ni que, en el pacto de elección de Ley, los cónyuges hayan estado asesorados legalmente por abogados u otros profesionales del Derecho.

**113.** Las exigencias de forma requeridas al pacto de elección de ley persiguen diversos objetivos.

En primer lugar, se trata de facilitar la prueba, ante una autoridad de un Estado miembro, de la existencia del acuerdo sobre la Ley aplicable al régimen económico matrimonial.

En segundo lugar, y como directa consecuencia de lo anterior, se facilita el acceso a la Justicia por parte de ambos cónyuges. Como señala M. G. ROSSI, un cónyuge dispone de mayores posibilidades

<sup>164</sup> MARIA GABRIELLA ROSSI, "Art. 23", en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 206.

<sup>165</sup> *Vid.* la obra citada en la nota anterior, esp. p. 206.

<sup>166</sup> P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

de defender su posición jurídica ante los tribunales y autoridades si cuenta con un acuerdo de elección de ley que consta por escrito, que está firmado y fechado, acuerdo cuya autenticidad y cuya validez es difícil discutir<sup>167</sup>.

En tercer lugar, estas exigencias formales permiten revestir de ciertas cautelas la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, ya que las consecuencias jurídicas de dicha elección son muy relevantes. La exigencia de que la elección de ley conste por escrito, esté fechada y firmada asegura que los cónyuges son conscientes de dicha elección de Ley y que comprenden lo que firman y que están perfectamente informados de las consecuencias de su decisión al respecto. Estas exigencias de forma refuerzan la presencia de una elección informada de la ley aplicable.

En cuarto lugar, con estas exigencias de forma se trata de evitar que la elección de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial sea consecuencia de una imposición de un cónyuge sobre el otro, apunta M. VINAIXA MIQUEL<sup>168</sup>. De igual modo, se impide que la ley elegida sea el resultado de una imposición de un tercero, como los padres, otros miembros de la familia, parientes o personas con ascendencia moral sobre un cónyuge, sobre un cónyuge o sobre ambos cónyuges.

## ii) La cuestión de la elección tácita de la Ley aplicable

**114.** La Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede realizarse de forma expresa. Por ejemplo, un acuerdo escrito de los cónyuges en el que se indique que “*el régimen económico matrimonial queda sujeto al Derecho español*” constituye una elección expresa y por escrito, y en consecuencia, válida, de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. La forma expresa debe formularse, en todo caso, por escrito. Una elección expresa pero realizada de forma oral es nula si no queda constancia de la misma a través de una “*comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo*”. Así, una elección expresa de la ley aplicable al régimen económico matrimonial que consta en e-mails, en un intercambio de cartas manuscritas, en mensajes escritos de whatsapp o similares, debe considerarse formalmente válida en lo que se refiere a la exigencia de que la elección de Ley conste “por escrito”, como antes se ha indicado.

**115.** El art. 22 RREM exige que la elección de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial tenga lugar “*por escrito*” y que recaiga sobre una de las Leyes estatales a las que se refiere dicho precepto. Es preciso llevar a cabo un análisis detallado de dicha disposición para descubrir si es posible, en su contexto, admitir la elección expresa, tácita o implícita y la elección hipotética o presunta de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial.

En primer lugar, debe subrayarse que “forma escrita” no equivale a “forma expresa”. Una elección implícita de la Ley aplicable puede, perfectamente, constar por escrito y eso es suficiente para que quede cumplida la exigencia recogida en el art. 23 RREM de la “forma escrita”.

En segundo término, en consecuencia con lo anterior, puede afirmarse que es posible elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de forma implícita, siempre que se lleve a cabo por escrito, el acuerdo esté fechado y aparezca debidamente firmado por los cónyuges. Ejemplo: “*el régimen económico matrimonial se regirá por la Ley del país en el que actualmente residen los cónyuges*”. Si ambos tiene su residencia habitual en Roma, la Ley italiana es la ley válidamente elegida por los cónyuges para regular su régimen económico matrimonial. Por tanto, si la elección de Ley de manifiesta por escrito y recae sobre una de las Leyes susceptibles de elección por los cónyuges, será válida, aunque se trate de una elección implícita o tácita.

<sup>167</sup> MARIA GABRIELLA ROSSI, “Art. 23”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 205.

<sup>168</sup> M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económico matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. p. 294.

En tercer lugar, debe hacer constar que algunos autores, -como es el caso de S. CABRILLAC-, han sostenido que, sobre la base del Cons. 46 RREM, sólo debería aceptarse una elección de ley en forma expresa, pues dicho considerando alude a una “*manifestación expresa de la voluntad de las partes*”<sup>169</sup>. El argumento es inteligente y se apoya en la necesaria claridad de la elección de Ley<sup>170</sup>. Sin embargo, la letra del art. 22 RREM favorece la validez de una elección implícita de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Además, el legislador europeo podría haber exigido una voluntad expresa en el art. 22 RREM y no lo hizo. Por otro lado, añade P. JIMÉNEZ BLANCO, el art. 24.2 RREM arranca de la idea de que es posible un asentimiento tácito a una elección de Ley propuesta por un cónyuges a otro<sup>171</sup>. Este argumento milita a favor de considerar posible una elección tácita o implícita de la ley reguladora del régimen económico matrimonial.

En cuarto lugar, otros expertos legales han sostenido, -ciertamente que sin mucha convicción ni sistema-, que la dicción del art. 26.3 RREM comporta la imposibilidad de elección implícita de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. El citado precepto recogería una elección implícita de la ley aplicable en favor de la ley de la última residencia habitual de los cónyuges. De ese modo, se dice, el Reglamento 2016/1103 admitiría esta elección implícita de la Ley aplicable sólo en el marco de dicha disposición y no en el contexto del art. 22 RREM. Frente a ello cabe sostener que el art. 26.3 RREM no presenta un alcance general. Regula un caso excepcional y no puede de ella inferirse que el Reglamento sea contrario a la elección implícita de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuada por escrito. Además, el art. 26.3 RREM no admite ni acoge, en verdad, una elección implícita de la Ley aplicable, sino que simplemente deja constancia de la relevancia jurídica del hecho de que los cónyuges han ajustado, *de facto*, su economía matrimonial a una determinada Ley estatal. Por tanto, este razonamiento no resulta suficiente para negar la posibilidad de elección tácita o implícita de la ley reguladora del régimen económico matrimonial.

**116.** Son posibles distintos modos de elección implícita de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, comenta con acierto S. MARINO<sup>172</sup>.

En primer lugar, cabe una elección implícita mediante una designación mediata. Así, por ejemplo, cabe indicar, por escrito, en un contrato matrimonial, que “*los cónyuges eligen como Ley aplicable a su régimen económico matrimonial la Ley de su nacionalidad común en la fecha presente*”. Si ambos, en tal momento, ostentaban la nacionalidad turca, la elección de la Ley turca es implícita, pero es clara y se ha efectuado por escrito. Por tanto, debe considerarse válida.

En segundo lugar, cabe una elección implícita mediante copia de la legislación elegida. Ésta se produce cuando los cónyuges “copian” en su contrato o acuerdo matrimonial, la regulación del régimen económico matrimonial recogida en una concreta legislación estatal. Es frecuente, en este caso, que se incluyan referencias concretas a disposiciones legales específicas de dicha ley. La elección de Ley es implícita, pero es también clara y debe considerarse válida. Como se ha indicado antes, los casos dudosos, -en los que se duda si existe una elección de ley implícita o una mera incorporación por referencia de contenidos materiales tomados de una Ley estatal concreta-, no pueden ser calificados como elección de ley, sino como una redacción de pactos privados materiales entre los cónyuges, cuya validez está sujeta a la ley que rige el régimen económico matrimonial *ex art. 26 RREM*.

<sup>169</sup> Cons. 46 RREM: “*Para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin notificación a los cónyuges, no debe cambiarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes...*”.

<sup>170</sup> S. CABRILLAC, “First applications of European regulations no 2016/1103 and no 2016/1104 of 24 June 2016 in French law”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 155-160, esp. p. 158.

<sup>171</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 80-82.

<sup>172</sup> S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284, esp. p. 279; 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, esp. p. 220.

En tercer lugar, los cónyuges pueden optar, de manera directa, por un concreto régimen económico matrimonial existente en una Ley estatal específica. Por ejemplo, pueden declarar: “*el régimen económico matrimonial será el régimen de participación en las ganancias propio del Derecho alemán*”. Surge la duda de saber si una declaración como la anterior constituye una elección de Ley en el contexto del art. 22 RREM. Para responder a la cuestión debe tenerse presente, indica E. ALINA OPREA, que el Cons. 18 RREM permite con claridad que los cónyuges elijan como aplicable un concreto régimen económico matrimonial existente en una Ley estatal y les permite también que redacten su propio régimen económico matrimonial *taylor-made*, esto es, “*las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable*”<sup>173</sup>. En consecuencia, la respuesta debe ser afirmativa: los cónyuges pueden optar por un concreto régimen económico matrimonial previsto y regulado por un determinado Derecho estatal y ello debe ser calificado como una válida elección de ese Derecho estatal como Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Ese ordenamiento jurídico decidirá, también, si la opción concreta por ese preciso régimen económico matrimonial es válida o no.

En cuarto lugar, los cónyuges pueden hacer alcanzado acuerdos en los que se hace referencia a instituciones, conceptos o mecanismos legales propios de un sistema jurídico inequívoco: el *trust* anglosajón, el *fondo patrimoniale* italiano, etc. En tal caso existe una designación implícita, pero clara, del Derecho que las partes han querido hacer aplicable a su régimen económico matrimonial. Consta por escrito y por tanto, debe considerarse una válida elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, como hace notar E. BAZZO<sup>174</sup>.

Estas múltiples valencias de la autonomía de la voluntad conflictual, en expresión de E. ALINA OPREA, son posibles. Todas ellas constituyen válidas elecciones de ley aplicable al régimen económico matrimonial hechas “*por escrito*”. No obstante, el juez competente debe acreditar si que estos cuatro tipos de elección implícita de la ley aplicable al régimen económico matrimonial transparentan la clara e inequívoca voluntad de las partes de sujetar el mismo a una concreta Ley estatal<sup>175</sup>. En caso de respuesta positiva, dicha Ley estatal debe aplicarse *ex art. 22 RREM*.

**117.** Los cónyuges deben ser conscientes de cuál es la Ley estatal que eligen para regular su régimen económico matrimonial así como del contenido sustancial de dicha Ley. Es el principio de la “elección informada” de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial por parte de ambos cónyuges, al que antes se ya se ha hecho referencia. Por tanto, como acentúa correctamente J. RODRÍGUEZ RODRIGO, debe exigirse que la designación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuada por los cónyuges se pueda concretar, en dicho momento, en favor de la Ley de un concreto Estado. En tal sentido, no se puede tener una información sobre una Ley que no se sabe cuál es. Así, por ejemplo, si los cónyuges indican que se aplicará al régimen económico matrimonial la Ley del país de la residencia habitual del cónyuge demandante, la elección es implícita pero no se puede saber cuál es el Estado cuya ley ha sido elegida, porque no se sabe, todavía, cuál será el cónyuge demandante. Es una elección implícita pero indeterminada o flotante de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En consecuencia, los cónyuges no han podido informarse de una Ley que era imposible concretar cuál era. No es, pues, una elección informada de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y no será válida.

**118.** La autoridad competente no puede inferir de las circunstancias del litigio o de la situación jurídica que las partes han elegido de modo implícito una determinada Ley estatal para regir su régimen

---

<sup>173</sup> ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596.

<sup>174</sup> E. BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p 197: “*However, the necessity to ensure legal certainty requires that the choice must be done, if not expressly, in an implicit, but univocal way. For example, parties can refer to a particular legal concept of a national legislation, as it can be the ‘fondo patrimoniale’ for the Italian system, and this can imply that they have wanted to choose the Italian law as the applicable one*”.

<sup>175</sup> E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 12.

económico matrimonial, expone S. MARINO<sup>176</sup>. La elección implícita de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial sólo es posible si la designación de la Ley aplicable se realiza por escrito, está fechada y firmada por los cónyuges y recae en favor de una Ley estatal de las contempladas en el art. 22 RREM. Este punto es importante. En efecto, como ha advertido U.P. GRUBER, en el ámbito de los contratos internacionales, sí que es posible deducir la elección tácita de la Ley aplicable al contrato del “*las circunstancias del caso*”, esto es, de los comportamientos fácticos de los contratantes, como el modo en el que realizan el pago, en el que entregan las mercancías, en el que pagan intereses por mora y otros elementos similares (art. 3.1.II RR-I)<sup>177</sup>. Por el contrario, el art. 22 RREM no permite deducir, del comportamiento de los cónyuges y de los datos y circunstancias de la situación jurídica de los mismos, que éstos han elegido una ley estatal concreta para regular su régimen económico matrimonial. Esta posibilidad debe ser radicalmente negada.

**119.** No produce efectos jurídicos, por otra parte, la llamada “elección presunta” de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Es decir, el juez no puede declarar aplicable una Ley estatal concreta con el argumento de que dicha Ley es la que unos concretos cónyuges hubieran elegido como Ley reguladora de su régimen económico matrimonial si se hubieran planteado la cuestión de la Ley que debería regir su régimen económico matrimonial. Tampoco resulta relevante la llamada “elección presunta del hombre medio”, esto es, la Ley aplicable que, según el juez, hubiera elegido un “hombre medio” (“*reasonable man*” / “buen padre de familia”) si se hubiera planteado la cuestión.

#### **b) Requisitos formales adicionales “nacionales”**

**120.** En primer lugar, si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación (art. 23.2 RREM).

**121.** En segundo lugar, si los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de la celebración del acuerdo y las leyes de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes para las capitulaciones matrimoniales, el acuerdo será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes (art. 23.3 RREM).

**122.** En tercer lugar, si, en la fecha de celebración del acuerdo, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro y la ley de ese Estado establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación (art. 23.4 RREM).

**123.** Estos requisitos de forma nacionales son “adicionales”. Se exige que el pacto de elección de Ley cumpla, necesariamente, para su validez, con los requisitos europeos contenidos en el art. 23 RREM. Los requisitos nacionales de forma del pacto de elección de ley, pues, indica M.G. ROSSI, se añaden, en su caso, a los requisitos de forma europeos<sup>178</sup>.

**124.** Puede resultar extraña esta remisión en favor de las formalidades exigidas por la “Ley del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual”.

La exigencia de observancia de estos requisitos adicionales de forma establecidos en la Ley de un Estado miembro participante se explica porque, con frecuencia, los Estados miembros participantes disponen de exigencias formales *ad solemnitatem* que deben cumplir las capitulaciones matrimoniales

<sup>176</sup> S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 113-114.

<sup>177</sup> U.P. GRUBER, “Die konkludente Rechtswahl im Familienrecht (KG, S. 71)“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014-1, pp. 53-57, crítico con la jurisprudencia germana en este sector.

<sup>178</sup> M.G. ROSSI, “Art. 23”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 203-209, esp. p. 207.

o los pactos matrimoniales en las que pueden incluirse estos acuerdos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial. En realidad, todos los Estados de la Unión exigen formas solemnes para las capitulaciones matrimoniales, esto es, su otorgamiento ante fedatarios públicos. Tan sólo Suecia y Chipre permiten su redacción en documentos privados que, no obstante, deben ser posteriormente inscritos en registros oficiales, recuerda M.G. Rossi<sup>179</sup>.

De ese modo, si el Estado miembro participante del que se trate dispone de exigencias formales para estas capitulaciones matrimoniales y similares, tales requisitos de forma son también aplicables a los acuerdos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Estas exigencias nacionales de forma, suplementarias, deben observarse tanto en el caso de que el acuerdo de elección de Ley se incluya materialmente en las capitulaciones matrimoniales o similares como en el supuesto de que el acuerdo de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial se haya concluido de manera independiente y separada.

**125.** La preferencia por la Ley del Estado miembro participante correspondiente a la residencia habitual de los cónyuges se explica por dos razones: (a) En la mayoría de los casos, los convenios, acuerdos, contratos o pactos matrimoniales se regirán, tanto en su forma como en su fondo, por la Ley del Estado de la residencia habitual de los cónyuges. Por ello, al exigir que la forma del acuerdo de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial se adapte a las exigencias formales de la Ley de la residencia de los cónyuges, estos acuerdos de elección de Ley no resultan ser menos rigurosos, desde el punto de vista formal, que los contratos, pactos, convenios o capitulaciones matrimoniales; (b) Por otro lado, como se aprecia, la forma solemne de estos acuerdos exigida por la Ley de un Estado miembro participante en el Reglamento 2016/1103 sólo debe observarse en el caso de que los cónyuges, o uno de ellos, tenga su residencia habitual, efectivamente, en un “Estado miembro participante”. Ello es así, también, por una razón fuertemente vinculada a la soberanía estatal, esto es, al deseo de estos Estados miembros participantes de no “perder el control” de los requisitos de forma de los pactos, contratos o acuerdos matrimoniales que se celebran por personas que residen en su territorio. De ese modo, además, todo tipo de acuerdo matrimonial, incluido el acuerdo de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial, deberá observar las mismas exigencias formales. Así, los acuerdos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial no serán de mejor condición jurídica que el resto de acuerdos, pactos o contratos matrimoniales desde el punto de vista de las exigencias de forma.

El Derecho español carece de una regulación específica sobre los requisitos formales exigidos a los pactos de elección de Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Ahora bien, estos pactos de elección de ley reguladora del régimen económico matrimonial, en el caso de que los cónyuges tengan su residencia habitual en España, deben cumplir con las exigencias formales adicionales previstas y exigidas por el art. 1380 CC para las capitulaciones matrimoniales.

**126.** El art. 23 RREM sólo contempla la posibilidad de aplicar las exigencias formales previstas en la Ley de la residencia habitual de los cónyuges. Esta previsión suscita dos reflexiones críticas.

En primer lugar, ningún papel se concede a la Ley del país al que pertenece el notario autorizante, en su caso, de unas capitulaciones matrimoniales en las que se incluye un acuerdo de elección de Ley. Esto es, la Ley del Estado donde se celebra el pacto de elección de Ley no presenta ningún relieve en la regulación de la forma del *pactum de lege utenda*. La regla *locus regit actum* no opera en este art. 23 RREM<sup>180</sup>. Ello puede comportar que las escrituras notariales válidamente otorgadas exclusivamente

<sup>179</sup> *Vid.* la obra citada en la nota anterior, esp. p. 207.

<sup>180</sup> ELINA ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 13. V. 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”, *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 801, sp. p. 805-806. I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal de droit international Chunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 497.

con arreglo a los requisitos formales de la ley del país donde han sido otorgadas, resultan nulas desde el punto de vista formal, lo que ha sido criticado por autorizada doctrina<sup>181</sup>.

En segundo lugar, este art. 23 RREM resulta ser un tanto euro-chauvinista, pues se olvida del carácter universal del Reglamento y solo defiende la regulación de la forma *ad solemnitatem* de las capitulaciones matrimoniales prevista en la Ley de los Estados miembros. En esta línea, Ello explica también que el Reglamento 2016/1103 sea, en este aspecto, totalmente indiferente a los requisitos de forma adicionales que puedan establecer los Estados no participantes en el mismo, Estados cuya soberanía legal no se protege en un Reglamento en el que no participan. En particular, comenta P. LAGARDE, los notarios italianos solicitaron que esta regla se incluyese en el Reglamento 2016/1103 para evitar que los cónyuges con residencia habitual en Italia firmasen pactos privados de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial en países cuyas leyes permiten tales pactos<sup>182</sup>.

**127.** Esta mezcla de requisitos europeos y requisitos nacionales no resulta muy afortunada. Complica la precisión de los concretos requisitos formales exigibles, que pueden cambiar según el caso y según el país de residencia habitual de los cónyuges, tal y como describe P. FRANZINA<sup>183</sup>. Refleja, en definitiva, que resultó imposible que los Estados miembros participantes en el Reglamento 2016/1103 llegaran a un acuerdo relativo a los requisitos formales uniformes y únicos, -y europeos-, del acuerdo de elección de Ley.

## F) La elección de ley en el tiempo

**128.** Los cónyuges pueden elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial en todo momento: antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio. El art. 22 RREM no indica nada al respecto pero el Cons. 45 REM sí que afirma que la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial “*se podrá realizar en todo momento, antes del matrimonio, en el momento de la celebración del matrimonio o durante el matrimonio*”.

La posibilidad de elegir la ley en todo momento, incluso antes de la celebración del matrimonio, refleja que el legislador europeo considera que la autonomía de la voluntad conflictual es el mejor criterio para precisar la ley que debe regir un régimen económico matrimonial. Se puede decir que, con dicha flexibilidad en el tiempo, tal y como expresa S. COSCARELLI, el legislador europeo estimula, promueve y fomenta que los cónyuges hagan uso de la facultad prevista en el art. 22 RREM de elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial<sup>184</sup>.

Esta regla permite que los cónyuges adapten su elección de ley a las cambiantes circunstancias de su vida y economía matrimonial en un mundo globalizado en el que los bienes y los capitales traspasan las fronteras con suma facilidad. Así, un matrimonio formado por esposa francesa y marido español con residencia habitual en España que cambia dicha residencia habitual a Italia pueden, desde el momento en el que tienen ambos su nueva residencia habitual en Italia, elegir la ley de dicho país para regir su régimen económico matrimonial. Si el marido adquiere la nacionalidad inglesa, pueden cambiar, desde ese momento, la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial y elegir, a tal efecto, la Ley inglesa.

<sup>181</sup> P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 676-686, esp. p. 682.

<sup>182</sup> *Vid.* la obra citada en la nota anterior, p. 685.

<sup>183</sup> P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

<sup>184</sup> SALVATORE COSCARELLI, “Article 26. Applicable law in the absence of choice by the parties”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 210-217, esp. p. 227-246, esp. p. 233.

### a) Momento de la elección de Ley

**129.** Del anterior principio favorable a una libertad en el tiempo para elegir la ley reguladora del régimen económico matrimonial se derivan consecuencias importantes.

En primer lugar, los cónyuges pueden acordar la ley aplicable al régimen económico matrimonial antes de la celebración del matrimonio bien dentro de un acuerdo prematrimonial o bien de modo separado.

En segundo lugar, los cónyuges no pueden elegir la Ley reguladora del régimen económico matrimonial cuando el matrimonio se haya disuelto, aunque todavía no se haya liquidado el régimen económico matrimonial, como bien precisa E. BAZZO<sup>185</sup>. En ese momento ya no son los “cónyuges”.

En tercer lugar, los cónyuges pueden elegir la ley reguladora de su régimen económico matrimonial dentro de los límites impuestos por el Derecho procesal del Estado cuyas autoridades conocen del caso lo admite, durante el proceso de separación legal, nulidad o divorcio, en su caso.

En cuarto lugar, los cónyuges pueden elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial en el momento de celebración de su matrimonio y/o de inscripción registral del mismo.

### b) Cambio de la elección de Ley

**130.** Los cónyuges pueden modificar una elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial ya realizada anteriormente o alterar la ley aplicable al régimen económico matrimonial mediante una elección tardía de la ley aplicable. En tal sentido, varias posibilidades son factibles.

En primer término, los cónyuges pueden elegir una ley para regular su régimen económico matrimonial y, más tarde, cambiarla en favor de otra ley. En el caso de cambiar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, como muy bien destaca H. MOTA, surgen problemas con las leyes de aquellos Estados que establecen un régimen económico matrimonial inmutable durante todo el matrimonio. Es el caso del Derecho argentino y el caso del art. 1714 CC de Portugal, en ciertos casos, subraya M. VINAIXA MIQUEL<sup>186</sup>. En estos supuestos, la ley nueva elegida por los cónyuges es la que indicará si es posible cambiar de régimen económico matrimonial. Así se deriva del art. 22 RREM<sup>187</sup>. Si la ley anterior no permite el cambio, dicha rigidez no impedirá que los cónyuges elijan otra nueva ley si este segundo ordenamiento sí admite cambiar de régimen económico matrimonial. También cabe elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial antes de celebrarse el matrimonio y cambiarla antes de la fecha del enlace. En tal caso, por motivos obvios, la primera elección de ley no surte efectos jurídicos.

En segundo lugar, los cónyuges pueden configurar un sistema de cambio automático de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Pueden, en dicho sentido, elegir varias leyes reguladoras del régimen económico matrimonial para diferentes períodos de tiempo del matrimonio. Así, por ejemplo, pueden elegir como Ley aplicable al régimen económico matrimonial la Ley del Estado A para todos los actos jurídicos que tengan lugar durante los diez primeros años de matrimonio y la Ley del Estado B para los actos con relevancia económica que tienen lugar tras dicho momento.

En tercer lugar, pueden los cónyuges, simplemente, derogar de modo radical una elección de Ley hecha con anterioridad y guardar silencio sobre la ley aplicable a su régimen económico matrimo-

---

<sup>185</sup> ELEONORA BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p. 196: “It can also be possible that the choice is made in order of a procedure of divorce or dissolution of the partnership, but however it has to be concluded when the relationship is still lasting”.

<sup>186</sup> M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. p. 295.

<sup>187</sup> HELENA MOTA, “La armonización de la ley aplicable a los regímenes matrimoniales en la Unión Europea. The long and winding road”, en Mónica Guzmán Zapater (dir.) / Carlos Esplugues Mota (dir.) / Mónica Herranz Ballesteros (coord.), *Marina Vargas Gómez-Urrutia (coord.)*, *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 273-284, esp. pp. 283-284; M.L. Revillard, «Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international», *TCFDIP*, 1997-1998, 1999, pp. 265-282.

nial. Se trata de una cláusula de semi - *exclusio juris*, señala E. BAZZO<sup>188</sup>. Los cónyuges, simplemente, derogan la elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial. En tal caso, el régimen económico matrimonial se regirá por la Ley del Estado al que conducen los puntos de conexión objetivos previstos en el art. 26 RREM para designar la ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de elección de Ley por los cónyuges.

En cuarto lugar, pueden los cónyuges también establecer una derogación de la aplicación de la ley antes elegida como ley aplicable al régimen económico matrimonial si sobreviene un hecho o evento o una condición o modo, explica P. FRANZINA<sup>189</sup>. Ejemplo: “*La Ley aplicable al régimen económico matrimonial divorcio será la Ley marroquí siempre que los esposos profesen la religión islámica y en el caso de que los mismos deje de profesar dicha religión, se aplicará la Ley del país de la residencia habitual común*”.

En quinto lugar, los cónyuges pueden haber contraído matrimonio sin elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Éste quedará sujeto a la ley designada por los puntos de conexión objetivos recogidos en el art. 26.1 RREM. Pues bien, celebrado el matrimonio, los cónyuges pueden elegir, en cualquier momento, la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial con arreglo al art. 22 RREM, con lo que se verifica un cambio en el tiempo de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. De igual modo, los cónyuges elegir, tiempo después de su matrimonio, una Ley aplicable a su régimen económico matrimonial y pueden también elegir un nuevo y concreto régimen económico matrimonial en el marco de la nueva ley aplicable.

**131.** En cuanto a la elección de leyes en modo subsidiario y a las cláusulas flotantes de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial, varios aspectos deben ser distinguidos.

En primer lugar, cabe una elección de Leyes en modo subsidiario. El art. 22 RREM no prohíbe que los cónyuges elijan una Ley estatal aplicable al régimen económico matrimonial como “Ley primera” y que elijan, para el caso de que la primera no pudiera aplicarse por motivos de orden público internacional, falta o imposibilidad de prueba de la Ley aplicable, u otras razones, otra Ley estatal de las recogidas en la relación contenida en el art. 22 RREM. Ejemplo: “*el régimen económico matrimonial queda sujeto a la Ley marroquí (Ley nacional común de los esposos) y en caso de imposible aplicación de dicha Ley, se regirá por la Ley española (país de residencia habitual de los cónyuges en el momento del pacto)*”. Esta posibilidad se prevé también en relación con la elección de la ley reguladora del divorcio, expone L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA<sup>190</sup>.

En segundo término, no cabe admitir las llamadas cláusulas flotantes de elección de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Se puede plantear, en efecto, la posibilidad de que los cónyuges elijan una Ley aplicable al régimen económico matrimonial que resulte operativa si la demanda se interpone ante tribunales de un Estado, y otra Ley aplicable diferente que será aplicable en el caso de demanda ante autoridades de otro Estado. Pues bien, estas cláusulas no son válidas en el contexto del art. 22 RREM. En efecto, la ley aplicable al régimen económico matrimonial no se aplica solamente en el momento de su disolución, sino durante toda la vida del matrimonio. Por ello, estas cláusulas vulneran el principio de estabilidad y certeza de la ley aplicable que vertebra el entero art. 22 RREM y deben ser consideradas no válidas.

---

<sup>188</sup> E. BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p. 201: “*Although it is not stated expressly, parties can stipulate an agreement where they choose an applicable law or they decide not to apply any more a particular law, which was applicable according to a previous agreement. In this case, the applicable law to property regime will be defined by criteria set by Art 26 of both Regulations, which are applicable in the absence of choice by the parties*”.

<sup>189</sup> P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

<sup>190</sup> L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010”, *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7.

### c) Efectos legales del cambio de la Ley aplicable

**132.** Dos reglas son importantes en relación con los efectos del cambio en el tiempo de ley aplicable al régimen económico matrimonial.

Primera. La regla general es la irretroactividad. Salvo acuerdo en contrario de los cónyuges, todo cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio sólo surtirá efectos en el futuro (art. 22.2 RREM). Por tanto, la regla general es la irretroactividad de la aplicación de la nueva Ley aplicable elegida por los cónyuges. Esta regla general es positiva, porque así los bienes no cambian de situación jurídica. El bien que era privativo seguirá siendo privativo, por ejemplo. Ello redundará también en beneficio de los terceros que pudieran tener derechos de crédito contra el patrimonio de los cónyuges. Esta solución ha sido criticada porque puede conducir a una fragmentación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Se rompe la unidad en el tiempo de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Éste se rige por una Ley A hasta que los cónyuges eligen otra Ley para regular su régimen económico matrimonial, momento a partir del cual se aplica una ley distinta B.

Segunda. La regla especial, -sólo operativa si así lo pactan los cónyuges-, es la aplicación retroactiva de la nueva Ley elegida por ambos para regir su régimen económico matrimonial, muy bien explicada por H. PÉROZ / E. FONGARO<sup>191</sup>. Se trata de una regulación diferente de la prevista en el art. 3.1 RR-I para los contratos internacionales, en relación con los cuales la nueva Ley elegida siempre se aplica retroactivamente al contrato, como expone P. LAGARDE<sup>192</sup>. La retroactividad siempre suscita problemas. Por ello, el art. 22.2 RREM dispone que ningún cambio retroactivo de la ley aplicable efectuado por los cónyuges con arreglo al art. 22.2 RREM afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley (art. 22.2 RREM). Para estos terceros, el régimen económico matrimonial sigue sujeto a la “Ley anterior” pero sólo si la nueva Ley reguladora del régimen económico matrimonial perjudica derechos que tales terceros hubieran adquirido de conformidad con la Ley que regía el régimen económico matrimonial anteriormente.

### d) Validez en el tiempo del pacto de elección de Ley anterior a la celebración del matrimonio

**133.** En el caso de elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial en un acuerdo pre-matrimonial o en capitulaciones matrimoniales o mediante un simple acuerdo de elección de ley antes de la celebración del matrimonio, surge la cuestión de saber por cuánto tiempo esa elección es válida. Algunas disposiciones nacionales, como es sabido, limitan la validez en el tiempo de las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la celebración del enlace. Así, por ejemplo el art. 1334 CC indica que “*todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año*”. Es decir que, en Derecho español, los pactos contenidos en capitulaciones perderían su validez si transcurre más de un año entre el otorgamiento de dichas capitulaciones y la celebración del matrimonio.

**134.** Para resolver la cuestión con solvencia, es preciso distinguir entre la validez del pacto de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial y la validez de las capitulaciones matrimoniales. El Reglamento arranca de la distinción neta entre ambas disposiciones. Por tanto, la validez de

<sup>191</sup> H. PÉROZ / E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, p. 199; L. RADEMACHER, “Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European Regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n. 1, p. 15; 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. 2295.

<sup>192</sup> P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Revue critique de droit international privé*, 1991, pp. 287-340; Id., «Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 331-349; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 727-780.

las capitulaciones matrimoniales se rige por la ley aplicable al régimen económico matrimonial *ex arts.* 22 y 26 RREM. La existencia y validez del pacto de elección de Ley se rige por la Ley presuntamente elegida por los cónyuges (art. 24 RREM). En tal escenario legal, cabe afirmar lo que sigue.

Primero. Una primera posibilidad, que parece la más acertada, consiste en recordar que los arts. 22-24 RREM no establecen ninguna limitación temporal a la validez del pacto de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial. Eso significa que la elección de ley puede realizarse antes de la celebración del matrimonio y será válida cualquiera que sea la fecha de la celebración del matrimonio<sup>193</sup>.

Segundo. Otra visión de la cuestión pasa por traer a colación el art. 24 RREM. Dicho precepto puede hacer aplicable ley presuntamente elegida a la existencia y la validez del consentimiento relativo a un acuerdo sobre la elección de la ley. En tal sentido, habría que consultar dicha ley sustantiva. En Derecho español, el pacto de elección de ley no caduca en el tiempo. Así, por ejemplo, si dos novios españoles con residencia habitual en París han elegido la Ley española para regular su futuro régimen económico matrimonial, es el Derecho español el que señala si el pacto de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial pierde validez si el matrimonio no se celebra en el plazo de un año a contar desde el momento del otorgamiento. En Derecho español, como se ha indicado, no se regula de modo alguno el pacto de elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial. Es más, la única disposición legal parecida que existe al respecto es el art. 9.2 CC, segunda conexión, que afirma que los efectos del matrimonio se rigen por 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*”. Esta norma no somete el acuerdo de elección de Ley a un plazo temporal concreto de validez o a un plazo de caducidad. Por tanto, dicho acuerdo debe considerarse válido aunque haya transcurrido más de un año entre su conclusión y la celebración del matrimonio. El pacto de elección de ley no es una capitulación matrimonial, por lo que no es aplicable el art. 1334 CC. De todos modos, esta segunda posibilidad no parece adecuada ni pertinente, puesto que podría ser contraria al mismo art. 22 RREM. en efecto, este precepto, no somete el pacto de elección de Ley a un plazo de validez temporal.

**135.** Las disposiciones del Capítulo III del Reglamento 2016/1103, -esto es, las relativas a la determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial-, sólo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial el 29 enero 2019 o después de esta fecha. Por tanto, los cónyuges casados antes del 29 enero 2019 pueden elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial con arreglo al art. 22 RREM. La ley elegida se aplicará a su régimen económico matrimonial a partir del momento de dicha elección de Ley. No obstante, los cónyuges pueden pactar que la nueva Ley se aplique a su régimen económico matrimonial de modo retroactivo, es decir, desde el momento de celebración del matrimonio.

## 5. Ley aplicable en defecto de elección por los cónyuges

### A) Aspectos generales. La eficiencia de la ley reguladora del régimen económico matrimonial

**136.** En defecto de un acuerdo de elección entre los cónyuges que sea válido con arreglo al art. 22 RREM, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será:

- 1º) En primer lugar, la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.
- 2º) En segundo lugar, en defecto de la ley anterior, se aplicará de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. Esta conexión no opera si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio.

<sup>193</sup> E. ALINA OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596, esp. p. 16.

- 3º) En tercer lugar, en defecto de la anterior ley, se aplicará la ley del Estado con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.
- 4º) Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente, y con arreglo a las condiciones recogidas en el art. 26.3 RREM, puede aplicarse al régimen económico matrimonial no la ley de la primera residencia habitual de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, sino la Ley de otro Estado en el que ambos hayan tenido su última residencia habitual común.

**137.** En numerosas ocasiones, el régimen económico matrimonial no puede regirse por la Ley elegida por los cónyuges. Ello sucederá en diversos casos.

En primer lugar, porque los cónyuges, simplemente, no han alcanzado un acuerdo sobre la Ley que desean que regule su régimen económico matrimonial o porque, sencillamente, víctimas del amor, no se han planteado la cuestión de fijar la Ley aplicable a su vida económica conyugal, lo que es extraordinariamente habitual, señala M. VINAIXA MIQUEL<sup>194</sup>. También se produce cuando los cónyuges ni siquiera conocen la posibilidad legal que les ofrece el Reglamento 2016/1103 de elegir la Ley estatal reguladora de su régimen económico matrimonial. Los cónyuges son, con frecuencia, víctimas del “síndrome de la hora del champagne”, magníficamente descrito en el contexto de los contratos internacionales por P. HEARN y P. MANKOWSKI / U. MAGNUS<sup>195</sup>.

En segundo lugar, porque los cónyuges han elegido la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, pero en dicha elección no han respetado las condiciones o requisitos de fondo y/o forma exigidos por los arts. 22, 23 y 24 RREM. Pues bien, en ambos supuestos, el Reglamento 2016/1103 recoge una “escalera de conexiones objetivas” que determinan el Derecho regulador del régimen económico matrimonial.

**138.** El art. 26 RREM persigue dar aplicación a la Ley del país más próximo a la economía matrimonial. Es el principio de proximidad vertebrado todo este art. 26 RREM. Sobre la cuestión es preciso apuntar algunos datos.

Primero. El legislador europeo supone que los cónyuges conocen o pueden conocer dicha Ley estatal a bajo coste, y con arreglo a la cual es muy posible que hayan ajustado la economía del matrimonio. Esta idea la expresa atinadamente el Cons. 49 RREM, al expresar que “*En el caso de que no se elija la ley aplicable, y para conciliar la previsibilidad y la seguridad jurídica atendiendo a la vida real de la pareja, el presente Reglamento debe introducir normas de conflicto de leyes armonizadas para determinar la ley aplicable a la totalidad del patrimonio de los cónyuges sobre la base de una escala de puntos de conexión*”.

Segundo. Debe destacarse cómo el legislador enfatiza la relación entre “los cónyuges” o “la pareja”, por un lado, y la “ley aplicable a la totalidad del patrimonio” de los mismos, por otro lado. Lo relevante es, pues, la “cercanía espacial” de los cónyuges con un Estado, las vinculaciones espaciales del caso concreto con un país. A mayor cercanía o proximidad espacial, mayor beneficio conflictual para los cónyuges, que podrán resolver su controversia jurídica y llevar adelante su economía matrimonial a un coste más reducido. En efecto, la Ley del país con el que el litigio está más estrechamente conectado es la Ley cuya aplicación permite gestionar los bienes matrimoniales a un coste más reducido para los cónyuges. Sólo las “vinculaciones espaciales” del caso con los distintos Estados constituyen criterios útiles para identificar la Ley estatal que permite regular el régimen económico matrimonial a un coste menor. El resto de circunstancias de la controversia o de la vida matrimonial, -como, por ejemplo, el hecho de que un litigio sobre el régimen económico matrimonial sea contencioso o se resuelva de mutuo acuerdo-, no son útiles para tal fin. La reducción de costes conflictuales no beneficia al Estado, sino a

<sup>194</sup> M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104), en *El orden público interno, europeo e internacional civil*, Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal’, *InDret*, 2017, pp. 274-313, esp. p. 298.

<sup>195</sup> P. HEARN, *Contratti commerciali internazionali*, Etaslibri, Milán, 1987-1991, pp. 13-15; P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 202-204.

los cónyuges, que pueden resolver sus diferencias jurídicas internacionales y gestionar un patrimonio en un contexto transfronterizo a un coste más bajo. La soberanía de los Estados no se halla implicada en los litigios y casos internacionales que afectan a un régimen económico matrimonial. Los puntos de conexión objetivos previstos en defecto de Ley aplicable, todos ellos, responden a esta idea de eficiencia predispuesta, apunta J. UNGERER, por el legislador<sup>196</sup>. Proporcionan una Ley con arreglo a la cual los cónyuges pueden gestionar su vida económica a un coste reducido

**139.** El art. 26.1.b) y c) RREM fija la ley aplicable al régimen económico matrimonial en el momento de la celebración del matrimonio. El art. 26.1.a) la determina inmediatamente después de la celebración del matrimonio. Un litigio o controversia sobre el régimen económico matrimonial puede surgir muchos años después de haberse celebrado el matrimonio. Por ello, los cónyuges pueden tener, en dicho momento, conexiones más estrechas y significativas que las que tenían en el momento de celebración de su enlace. Sobre el particular cabe formular ciertas observaciones.

En primer lugar, el hecho de tomar en consideración las circunstancias de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio obedece al deseo del legislador europeo de evitar que el régimen económico matrimonial quede, en algún momento de su existencia, huérfano de regulación legal. Hay que evitar el *horror vacui*: hay que impedir que el régimen económico matrimonial carezca, en algún momento de su existencia, de una regulación legal aplicable. Por eso las vinculaciones espaciales del caso que tiene presentes el art. 26 RREM se valoran en el momento de celebración del matrimonio o inmediatamente después del matrimonio. De ese modo, todo régimen económico matrimonial está siempre sujeto a una ley estatal y no hay que esperar al momento de la controversia o disolución del régimen económico matrimonial para saber cuál es la ley que lo regula.

En segundo término, detener las conexiones en el momento de celebración del matrimonio o inmediatamente después del mismo es una solución clásica que ha sido importada por el legislador europeo del Derecho internacional privado de contratos. En efecto, en el Reglamento Roma I, precisar la ley aplicable al contrato internacional desde su mismo nacimiento responde al mismo deseo del legislador europeo de evitar el vacío de regulación (*horror vacui*). Todo contrato debe contar, desde el mismo momento de su celebración, con una ley aplicable. Por dicha razón, las circunstancias a tener en cuenta para fijar la Ley aplicable deben evaluarse en el momento de celebración del contrato. Así, en todos los casos contemplados en el Reglamento Roma I, la residencia habitual de los contratantes será aquélla que éstos tienen en el momento de la celebración del contrato (art. 19.3 RR-I y Cons. 39 RR-I). No es, pues, relevante, la residencia habitual que se haya tenido antes del momento de la celebración del contrato ni la que se pueda adquirir después de dicho momento. Ello evita problemas de conflicto móvil, ya que aunque un contratante cambie el país de su residencia habitual, ello no provocará cambios en la Ley que rige el contrato. Lo mismo sucede en el art. 26 RREM: es relevante la residencia habitual y la nacionalidad de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio (art. 26.1.b) y c) RREM) o inmediatamente después de dicho momento (art. 26.1.a) RREM). También debe recordarse que, desde la inmarcesible aportación del gran CH. DUMOULIN en el siglo XVI, el régimen económico matrimonial ha sido visto tradicionalmente como un pacto, acuerdo o contrato de los cónyuges. No debe extrañar, por eso mismo, que el art. 26.1 RREM sólo tome en consideración las circunstancias presentes en el momento en el que dicho pacto, el régimen económico matrimonial, nace a la vida jurídica, esto es, en el momento de la celebración del matrimonio o inmediatamente después.

En tercer lugar, en consecuencia, es posible e incluso probable que el juez que conoce del litigio o controversia relativa al régimen económico matrimonial pertenezca a un Estado miembro que no es el Estado cuya ley rige el régimen económico matrimonial. En el art. 26 RREM, las posibilidades de aplicación de una ley extranjera son elevadas.

En cuarto lugar, por otro lado, vista la posible separación temporal entre el momento de celebración del matrimonio y el momento en el que surge el litigio, puede suceder que el Estado más vinculado con la situación jurídica no sea ya el Estado que presentaba la conexión más estrecha cuando los cónyuges

<sup>196</sup> J. UNGERER, “Nudging in Private International Law”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)*, volume 85, 2022, n.1, pp. 1-31.

ges contrajeron matrimonio. En tal supuesto, los cónyuges pueden siempre elegir como Ley aplicable la ley del Estado donde, en el momento del litigio, uno de ellos o ambos tienen su residencia habitual o la ley del Estado cuya nacionalidad ostenta uno de ellos o ambos en dicho momento, como destacan J.P. QUINZÁ REDONDO y S. MARINO<sup>197</sup>.

## **B) Ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio**

### **a) Razón de ser de la conexión**

**140.** En defecto de elección de Ley rige una primera conexión objetiva. Se aplicará, así, la Ley del país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio (art. 26.1.a) RREM). El Cons. 49 RREM indica, -ante el silencio del art. 26.1.a) RREM al respecto-, que se trata de la primera residencia común habitual de los cónyuges “*inmediatamente después del matrimonio*”. Por tanto, en el supuesto de que los cónyuges hayan contraído matrimonio y no hayan fijado de modo inmediato su residencia habitual común en un concreto país, esta conexión no opera.

**141.** El Cons. 49 RREM indica que “[l]a primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio debe constituir el primer criterio, por encima de la ley de la nacionalidad”, pero no explica por qué eso debe ser así. Es necesaria, pues, una exploración doctrinal de esta conexión.

El art. 26.1.a) RRM ha apostado claramente por la prevalencia de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio debido al mayor peso conflictual de la “conexión social” sobre la “conexión cultural”, en la conocida dicotomía debida a F. RIGAUX / M. FALLON<sup>198</sup>. Sigue, así, el Reglamento, la tendencia en favor de esta conexión que, como ha subrayado M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, ya se apreciaba en el Derecho internacional privado de numerosos Estados, no sólo europeos-, desde mediados del siglo XX<sup>199</sup>. En otras palabras, puede decirse que el punto de conexión “primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio” en este sector presenta innegables ventajas para ocupar el escalón más alto de la pirámide conflictual y ello por diversas razones.

**142. Primero. Mayor eficiencia jurídica.** El legislador europeo presume que los cónyuges conocen mejor o se encuentran en una situación en la que pueden conocer mejor, -y por tanto a un coste más reducido-, la Ley del país de su primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, que la Ley de cualquier otro Estado, incluida la Ley del país de su nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio. El país donde los cónyuges fijan su primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio es el país donde se encuentra o se va a situar de modo inminente el “centro social de vida” de ambos sujetos. Es el país donde contratan habitualmente, donde reside el núcleo de su familia, donde normalmente residirán también con carácter habitual los hijos de los cónyuges y donde tales hijos están escolarizados. Es el país donde normalmente los cónyuges tendrán sus trabajos y negocios, es el país donde se relacionan con terceros todos los días, donde normalmente serán propietarios o poseedores de bienes, bienes que, con frecuencia, serán inmuebles. Es el país en

<sup>197</sup> JACINTO PABLO QUINZÁ REDONDO, “La ‘cláusula de excepción’ del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial”, en MÓNICA GUZMÁN ZAPATER (DIR.) / CARLOS ESPLUGUES MOTA (DIR.) / MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS (COORD.), MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (COORD.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 301-312; S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284.

<sup>198</sup> F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 572-578. En el mismo sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, núm. 1, pp. 52-85; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

<sup>199</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 157.

cuya sociedad se encuentran integrados los cónyuges. Por ello, la primera residencia habitual de los cónyuges tras el matrimonio es una “conexión social”: los cónyuges están vinculados con un Estado porque están integrados en la sociedad de ese Estado. El legislador de la Unión Europea entiende que una “conexión social” conduce a una Ley que genera, para los cónyuges, costes jurídicos menores que los que están asociados a la Ley estatal a la que conduce una “conexión cultural”, como es la nacionalidad. En principio, y desde el punto de vista conflictual, la calidad de la vinculación que representa el punto de conexión “residencia habitual” es superior a la calidad de la vinculación propia de la conexión “nacionalidad”. Ello se explica porque la residencia habitual está basada, necesariamente, en contactos “sustanciales” de los cónyuges con un país. El país de la residencia habitual de los cónyuges es el país donde, efectivamente, viven los cónyuges, país en cuya sociedad dichos cónyuges se hayan integrados. Frente a ello, la “nacionalidad” es un punto de conexión basado en contactos que pueden ser puramente “formales” o “meramente aparentes”. Se puede ostentar la nacionalidad de un país sin haber vivido jamás en dicho país o habiendo abandonado dicho país hace años. La residencia habitual representa, por ello, en los litigios relativos al régimen económico matrimonial, la conexión más real y sustancial de una situación jurídica con un concreto Estado, subraya P. Mc.ELEAVY<sup>200</sup>. Los tribunales de los Estados miembros participantes en el Reglamento 2016/1103 deben, por mandato del art. 26.1.a) RREM, aplicar esta Ley con preferencia sobre la Ley nacional común (SAP Barcelona 17 noviembre 2015 [divorcio entre cónyuges chinos])<sup>201</sup>. El fundamento de la conexión “*primera residencia habitual común de los cónyuges*” tras la celebración del matrimonio reviste, pues, un carácter económico. En efecto, la aplicación de esta Ley es una solución eficiente, porque, en términos generales, dicha Ley comporta los costes más reducidos para los cónyuges. Permite gestionar legalmente el régimen económico matrimonial al coste más reducido. No se trata de respetar la soberanía del Estado donde ambos cónyuges fijaron su primera residencia habitual común, sino de hacer aplicable dicha Ley porque la misma permite resolver las vicisitudes del régimen económico matrimonial a un menor coste para ambos cónyuges. Esta solución se ha universalizado en el art. 26.1.a) RREM, ya que es aplicable no sólo a cónyuges de nacionalidades distintas, sino también a cónyuges que ostentan la misma nacionalidad. La solución conflictual relativa al régimen económico matrimonial recogida en este punto de conexión tiene en cuenta los intereses de los cónyuges, no los intereses del Estado.

**143. Segundo. Responde a la voluntad de los cónyuges.** El país de la primera residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio es el país donde ambos han decidido, de común voluntad, iniciar un proyecto de vida común. En cierto modo, es la Ley que los cónyuges han elegido de modo implícito para iniciar su nuevo proyecto vital. Se hacen así, en la famosa expresión de F.K. VON SAVIGNY, “súbditos voluntarios de dicho país”, muy bien expuesto por J.I. PAREDES PÉREZ<sup>202</sup>. Los cónyuges que instalan voluntariamente su residencia habitual en un concreto país crean una “situación internacional” cuyas consecuencias jurídicas están en condiciones de asumir a un coste más reducido que cualquier otro sujeto. Puede presumirse que los cónyuges que viven de manera estable y habitual en un concreto país, conocen o están en posición óptima para conocer el Derecho de tal país, y están habituados a comportarse con arreglo a los criterios jurídicos del mismo. Igualmente, parece justo poder exigir a los cónyuges que habitan de manera estable en un país que conozcan las normas de dicho país, en el que, voluntariamente, han instalado su residencia habitual. La Ley del país donde los cónyuges instalaron su primera residencia habitual inmediatamente tras el matrimonio es la Ley estatal que permite resolver todas las vicisitudes de su régimen económico matrimonial a un coste más reducido.

<sup>200</sup> P. McELEVAY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *ICLQ*, 2004, pp. 605-642.

<sup>201</sup> SAP Barcelona 17 noviembre 2015 [CENDOJ 08019370182015100839].

<sup>202</sup> J.I. PAREDES PÉREZ, “Una lectura de la teoría conflictual de Savigny desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos adquiridos”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2019, n. 38; J.I. PAREDES PÉREZ, “El principio de sumisión voluntaria de Savigny como germen del fundamento del art. 7.1 del Reglamento de Bruselas I ‘bis’ y de la jurisprudencia del TJUE en la precisión del lugar de cumplimiento de la prestación característica”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 497-518.

**144. Tercero. Ley neutral para los cónyuges.** La Ley del país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio no privilegia las circunstancias de uno o de otro cónyuge. Como ilustra S. MARINO, es la Ley de un Estado con el que ambos presentan un vínculo común, objetivo y equidistante<sup>203</sup>. No se trata de la Ley propia “de un cónyuge” cuya aplicación se impone sobre la Ley “del otro cónyuge”.

**145. Cuarto. Proporciona una notable estabilidad jurídica a los cónyuges.** La Ley aplicable al régimen económico matrimonial no cambia por el hecho de que uno de los cónyuges traslade a otro país su “residencia de hecho”, ni por el hecho de que cambie de nacionalidad o realice un viaje, más o menos prolongado a otro país o de que se traslade temporalmente a otro país por motivos de trabajo. Tampoco cambia de modo automático si los cónyuges cambian de residencia habitual a otro país. En cierta manera, puede decirse, con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que, para el Derecho internacional privado de la Unión Europea, la residencia habitual de la persona constituye, en los tiempos actuales, su “Ley de origen”, papel que en antaño correspondía a la Ley de la nacionalidad de la persona<sup>204</sup>.

**146. Quinto. Es un punto de conexión fácilmente comprobable y perceptible por el tribunal y por terceros.** La primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio constituye un dato que refleja una vinculación material y exterior de los cónyuges con un concreto Estado (SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [matrimonio celebrado en Madrid])<sup>205</sup>. Se trata de un criterio objetivo, exterior y físicamente observable por la misma persona y por terceros, como destacan H. BATIFFOL / P. LAGARDE<sup>206</sup>.

**147. Sexto. Es una conexión que se verifica cada vez más con mayor frecuencia.** En el mundo globalizado actual, es habitual que existan parejas formadas por personas de distinta nacionalidad. Como es obvio, en tal hipótesis, no puede operar una conexión que ha sido tan tradicional en la Europa continental como la nacionalidad común de los cónyuges. Frente a ello, cada vez son más los matrimonios formados por personas de distinta nacionalidad pero mismo país de residencia habitual. Esta opción por la conexión “residencia habitual común de los cónyuges” es, pues, una opción realista, constata S. COSCARELLI<sup>207</sup>.

**148.** La preferencia de legislador por la residencia habitual en perjuicio de la nacionalidad como punto de conexión en el art. 26.1.a) RREM constituye una “regla de base”. Como tal, puede fallar en ciertos casos concretos.

En efecto, puede suceder que los cónyuges instalen su primera residencia habitual tras el matrimonio en un país en el que no se hayan socialmente integrados y que, por ello, se sientan todavía muy ligados al país de su nacionalidad, cuyas normas legales observan pese a habitar en otro país distinto. También puede ocurrir que piensen regresar, tarde o temprano, al país de su nacionalidad. En estos supuestos, podría suceder que la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges comportase una solución al régimen económico matrimonial más costosa que la que resultaría de la aplicación de la Ley nacional común de los mismos.

Pues bien, el Reglamento 2016/1103, sensible a dicha posibilidad, permite que los cónyuges puedan elegir, como Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, la Ley del país cuya nacionalidad común ostentan antes o después de la celebración de su matrimonio. De ese modo, si la aplicación de la Ley nacional común genera costes menores que los provocados por la Ley de la primera residencia

<sup>203</sup> S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 172-180.

<sup>204</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Principio de eficiencia y estatuto personal”, en AA.VV., *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, 66 estudios, 2020, pp. 179-194.

<sup>205</sup> SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:12387].

<sup>206</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 446-450.

<sup>207</sup> SALVATORE COSCARELLI, “Article 26. Applicable law in the absence of choice by the parties”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 210-217, esp. p. 227-246, esp. p. 236.

habitual común, el art. 22 RREM permite a los cónyuges que hagan prevalecer la “conexión cultural” del supuesto en perjuicio de la “conexión social” del mismo.

De todos modos, esta última situación caracterizada por el hecho de que los cónyuges no se han integrado en la sociedad del país donde residen habitualmente y por el hecho de que todavía se sienten más vinculados con el país de su nacionalidad común, debe considerarse menos frecuente que la contraria. Lo normal será que los cónyuges se hallen integrados en la sociedad del país en el cual instalan su primera residencia habitual tras el matrimonio. Por ello, el legislador ha establecido que, en defecto de Ley elegida por las partes, la regla básica consiste en la aplicación de la Ley del país de la primera residencia habitual de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Las normas generales del Reglamento 2016/1103 están diseñadas para los casos más frecuentes.

## b) Concepto de “residencia habitual común de los cónyuges”

**149.** El Reglamento 2016/1103 no recoge un concepto legal de “residencia habitual de los cónyuges”<sup>208</sup>. A pesar de ello, como destaca C. RICCI, es posible proporcionar un concepto de “residencia habitual de los cónyuges” con la ayuda de la jurisprudencia europea y nacional que aplica los instrumentos legales de Derecho internacional privado europeo<sup>209</sup>. Diversos aspectos de este importante concepto, imprescindible en múltiples normas del Reglamento 2016/1103, deben ser perfilados.

**150. a) Concepto autónomo - europeo.** El concepto de “residencia habitual de los cónyuges” se concreta de manera uniforme, autónoma, europea, esto es, debe tratarse de un concepto válido a los efectos del Reglamento 2016/1103. Este concepto de “residencia habitual de los cónyuges” no debe tomarse de un concreto Derecho estatal.

Puede también afirmarse que dicho concepto es el mismo que emplean los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado que regulan materias de Derecho de familia y que se refieren a la residencia habitual de los cónyuges. En concreto, el concepto debe ser el mismo en los Reglamentos Bruselas II-ter, Roma III y en este Reglamento 2016/1103<sup>210</sup>. Puede, así, afirmarse que debe entenderse por “residencia habitual” el “*centro social de vida o lugar donde ha fijado el interesado, con carácter estable, su centro permanente o habitual de sus intereses*” (STJUE 2 abril 2009, A, C-523/07, FD 44)<sup>211</sup>. En consecuencia, la residencia habitual de los cónyuges es el “centro social de vida” o lugar donde los cónyuges “*han fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable*”, como describe de modo ejemplar la sentencia de la cour de cassation (Francia) de 14 diciembre 2005<sup>212</sup>.

El concepto de “residencia habitual” propio del art. 26.1.a) RREM no debe tomarse del Reglamento Roma I (art. 19). El legislador de la Unión no se ha remitido a tal concepto. Además, el art. 19

<sup>208</sup> E. BAZZO, “Art. 22”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 193-202, esp. p. 199.

<sup>209</sup> C. RICCI, “Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: From Brussels II-bis to Rome III”, en S. BARIATTI, A. MALATESTA, F. POCAR (a cura di), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padova, 2008, p. 207-220.

<sup>210</sup> Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 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 (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter) y 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”.

<sup>211</sup> STJUE 2 abril 2009, C-523/07, A [ECLI:EU:C:2009:225], FD 44: “..... procede responder a la segunda cuestión que el concepto de «residencia habitual», (...) debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso”.

<sup>212</sup> Sentencia de la Cour de Cassation [Francia] 14 diciembre 2005, *Bulletin*, 2005, I, n. 506, p. 425.

RR-I no define el concepto de “residencia habitual de la persona física no profesional”, que es el concepto que, por el contrario, resulta imprescindible en el contexto normativo del Reglamento 2016/1103.

La residencia habitual se concreta, pues, en el lugar del “centro social de vida” o “lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable”. La residencia habitual de una persona es el lugar donde ésta tiene el “*centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intereses*” (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 43 [divorcio ante tribunales franceses y cónyuge que comparte su vida entre Irlanda y Francia]; STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio]; SAP Tarragona 10 abril 2015 [divorcio entre cónyuges lituana y ruso con residencia habitual en España]; Ordenanza corte di cassazione Italia de 25 junio 2010; sentencia cour de cassation (Francia) de 14 diciembre 2005; sentencia corte di cassazione (Italia) 17 febrero 2010 [divorcio entre ciudadana italiana residente en Italia y ciudadano belga])<sup>213</sup>. La residencia habitual representa un “*vínculo real, objetivo, serio y efectivo con el territorio del Estado miembro*” (AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España])<sup>214</sup>.

**151. b) Concepto fáctico.** La “residencia habitual” es una cuestión de hecho. El tribunal que conoce del asunto debe comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias de hecho propias del caso concreto, en qué país tiene su residencia habitual el cónyuge en cuestión. Deberá desplegar un detallado análisis de los datos de hecho de la vida de cada cónyuge. En tal sentido, indica la SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Barcelona], que aunque se carezca de una definición de la “residencia habitual” en el precepto legal europeo, dicho concepto “*debe construirse y concretarse caso por caso atendiendo al tipo de litigio y contexto en que se inserta*”. Así, la residencia habitual de los cónyuges se debe fijar mediante análisis combinado de elementos, datos y circunstancias objetivas, -como la presencia física de los esposos en un país concreto, sus actividades sociales y laborales, etc.-, y elementos subjetivos -como la voluntad de cada cónyuge de poseer en dicho país una presencia estable y no meramente pasajera, apunta P. HAMMJE<sup>215</sup>.

Visto que el concepto de “residencia habitual” es un concepto fáctico y no jurídico, resulta más sencillo saber en qué país tienen los cónyuges su “residencia habitual”, que saber en qué país tienen éstos su “domicilio”. Los llamados “domicilios jurídicos”, fijados por ciertas leyes de manera automática o mediante presunción en relación con ciertos sujetos, -menores, esposa, discapacitados, profesionales, etc.-, son irrelevantes para concretar la residencia habitual del cónyuge a efectos del Reglamento 2016/1103. Dichos domicilios jurídicos no necesariamente se corresponden con la residencia habitual de la persona. El *domicile* propio del *Common Law*, -concepto complejo hasta el extremo, afirma G. WIEDERKEHR-, no tiene, en realidad, nada que ver con la noción de residencia habitual característica del Derecho internacional privado europeo y de este Reglamento 2016/1103<sup>216</sup>.

**152. c) Elementos que componen la “residencia habitual”.** La “residencia habitual” se forma mediante la necesaria combinación de dos elementos: (a) Presencia permanente física de los cónyuges en un lugar (*domus colere*) y (b) Voluntad de permanecer establemente en dicho lugar (*animus manendi*). Esta afirmación se corrobora por abundante jurisprudencia europea y nacional que aplica el punto de conexión y el foro de competencia “residencia habitual” presente en los instrumentos legales europeos (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 57; sentencia cour de cassation (Francia) de

<sup>213</sup> STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [CENDOJ 33024370072016100193] [ECLI:ES:APO:2016:1443]; SAP Tarragona 10 abril 2015 [CENDOJ 43148370012015100171] [ECLI:ES:APT:2015:440].

<sup>214</sup> AAP Tarragona 18 mayo 2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A].

<sup>215</sup> P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16), *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

<sup>216</sup> G. WIEDERKEHR, *Les conflits de lois en matière de régime matrimonial*, Dalloz, Paris, 1967, pp. 47-49.

30 noviembre 2022 [divorcio de dos ciudadanos belgas]; SAP Tarragona 15 diciembre 2021 [régimen económico del matrimonio y Derecho interregional]; SAP Barcelona 16 septiembre 2021 [matrimonio celebrado en Las Vegas]; SAP Barcelona 7 mayo 2019 [régimen económico matrimonial entre cubana e italiano]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [divorcio entre cónyuges de nacionalidad portuguesa e inglesa]; SAP Tarragona 18 enero 2017 [régimen de separación de bienes catalán]; SAP Barcelona 25 febrero 2014 [menor colombiano], SAP Barcelona 5 marzo 2014 [nacionalidad francesa de demandante y española del demandado y doble nacionalidad de los hijos comunes con residencia habitual en Cataluña]; SAP Asturias 6 septiembre 2013 [divorcio entre cónyuges con residencia habitual en Inglaterra]; SAP Barcelona 3 junio 2013 [divorcio entre español y dominicana]<sup>217</sup>.

En esta línea, muy bien precisa la SAP Cádiz 10 abril 2019 [régimen económico matrimonial y vecindad civil catalana y mallorquina] que “*por residencia habitual debemos entender la residencia real con ánimo y vocación de permanencia en el mismo lugar y no la meramente coyuntural*”. Si los cónyuges residen en el mismo país, pero no de manera “habitual”, este punto de conexión no opera.

No es relevante que el sujeto tenga intención de retornar a otro país. Lo relevante es el Estado en el que el sujeto tiene su centro social de vida en el momento presente con intención de permanecer el dicho lugar.

**153. d) Prueba de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio.** Es preciso que el tribunal del Estado miembro que examina el caso quede convencido de la residencia habitual común de los cónyuges en un concreto Estado.

La acreditación de cuáles son y qué calidad tienen las relaciones sociales que una persona mantiene en un concreto país es una cuestión sujeta a prueba procesal ante los tribunales que conocen del asunto (SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio])<sup>218</sup>. Para probar las circunstancias que constituye una “residencia habitual” deben seguirse las reglas de acreditación o prueba de tal hecho vigentes en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto.

Puede afirmarse que, en general, la prueba de la residencia habitual común compete a las partes (SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [matrimonio celebrado en Suiza entre español y suiza ambos con residencia habitual en España])<sup>219</sup>.

Si los cónyuges otorgan un documento en el que expresan cuál es el “lugar de su residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio”, dicha declaración documental no vincula al juez español. El juez debe comprobar en qué verdadero “lugar” radica la “residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio” (RDGRN [3ª] 8 enero 2004)<sup>220</sup>.

Si se carece de una prueba fehaciente y convincente del país de la residencia habitual de los cónyuges, este punto de conexión, naturalmente, no puede operar (AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [divorcio entre cónyuges españoles y residencia de la demandada en los EE.UU.]; SAP Madrid 25 junio 2013 [divorcio entre cónyuges con residencia habitual en España y Portugal]; SAP Girona 24 julio 2019 [cónyuges franceses])<sup>221</sup>.

**154. e) Residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.** La única residencia habitual relevante a efectos del art. 26.1.a) RREM es aquella que se concreta en el momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Es una conexión, pues, detenida en el tiempo por el mismo legislador europeo. En consecuencia, el análisis de los elementos necesarios para

<sup>217</sup> STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; Sentencia *cour de cassation* (Francia) de 30 noviembre 2022 [ECLI:ES:CCASS:2022:C100857]; SAP Tarragona 15 diciembre 2021 [ECLI:ES:APT:2021:2065]; SAP Barcelona 16 septiembre 2021 [ECLI:ES:APB:2021:11944]; SAP Barcelona 7 mayo 2019 [ECLI:ES:APB:2019:4774]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [ECLI:ES:APV:2018:480]; SAP Tarragona 18 enero 2017 [ECLI:ES:APT:2018:33]; SAP Barcelona 25 febrero 2014 [CENDOJ 08019370122014100153]; SAP Barcelona 5 marzo 2014 [CENDOJ 08019370122014100154]; SAP Asturias 6 septiembre 2013 [CENDOJ 33044370042013100262]; SAP Barcelona 3 junio 2013 [CENDOJ 08019370122013100397].

<sup>218</sup> SAP Asturias 5 mayo 2016 [CENDOJ 33024370072016100193] [ECLI:ES:APO:2016:1443].

<sup>219</sup> SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [CENDOJ 35016370052007100412].

<sup>220</sup> RDGRN [3ª] 8 enero 2004 [R. 2004/2371].

<sup>221</sup> AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [ECLI:ES:APPO:2022:249A]; SAP Madrid 25 junio 2013 [CENDOJ 28079370222 013100440] [ECLI:ES:APM:2013:11501]; SAP Girona 24 julio 2019 [ECLI:ES:APGI:2019:1064].

determinar el es el país donde los cónyuges tienen su residencia habitual debe realizarse sólo en ese momento, cuando se celebra el matrimonio. No es relevante la residencia habitual de cada cónyuge ni antes de la celebración del matrimonio ni en el momento de la celebración de mismo ni tampoco en un momento alejado en el tiempo de la fecha de la celebración del matrimonio.

**155. f) Residencia habitual y tiempo de residencia.** No es relevante que sea o no sea una residencia “temporal”. Lo relevante es que el cónyuge tenga su centro social de vida en un Estado concreto, ya sea de modo temporal, permanente o semi-permanente. Es relevante que el sujeto tenga su centro social de vida, de modo estable y con la intención de permanecer, en un concreto Estado miembro, aunque sea de modo temporal. El centro social de vida es el lugar donde la persona dispone del núcleo principal de sus relaciones con otras personas. Así, la “residencia habitual” constituye un foro “flexible, realista y adaptado al alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial y genera un nivel suficiente de proximidad entre el litigio y la jurisdicción seleccionada” (SAP Girona 22 abril 2015 [divorcio entre cónyuge de nacionalidad hindú y cónyuge demandado portugués])<sup>222</sup>. Por tanto, una residencia puramente temporal en España no es residencia habitual en España (AAP Lleida 9 septiembre 2021 [divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España]: “no estamos frente a una presencia en España que pudiéramos calificar de duradera, ni existe constancia de que la intención de la demandada fuera establecerse con carácter definitivo aquí... de hecho, tras unos pocos meses en España ha regresado nuevamente a su país .... en un ínterin de pocos meses estuvieron viviendo en España, sin que constara su vocación de permanencia ... la conexión de todo ello con España es casi inexistente y más para una persona que jamás llegó a integrarse en este país ni tiene arraigo alguno con él...”)<sup>223</sup>. Del mismo modo, la AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana] indica que “la residencia temporal en España de la demandante por motivos laborales no obtiene esta vocación de estabilidad, como se desprende del hecho de que el centro de sus intereses habitacionales permanentes se encuentre aún en su domicilio familiar habitual en Rumanía, en el que pretende vivir junto con su hija menor, por lo que solicita en su demanda la asignación de su uso, lo que impide el simultáneo reconocimiento de otra distinta residencia habitual en España” de modo que “la residencia y empadronamiento de los esposos en España se debe al desempeño de su trabajo como temporeros, careciendo en este país de domicilio fijo”<sup>224</sup>.

El Reglamento 2016/1103 no exige una duración determinada de dicha residencia habitual. Sin embargo, ésta debe ser siempre, *per definitionem*, una conexión de consistencia real (= *réelle consistance*). El adjetivo “habitual” denota una “cierta estabilidad o regularidad de la residencia” así como “la voluntad de dicha persona de fijar [en dicho Estado], con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses” (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 41)<sup>225</sup>. Por tanto, no es relevante la duración temporal concreta de la permanencia de una persona en un concreto país. Una residencia habitual puede adquirirse tras un mes de estancia en un país, tras un año o tras una semana. Lo que resulta relevante es que la persona mantenga en dicho lugar la mayor parte de sus relaciones sociales y que éstas sean significativas y sustanciales.

No obstante lo anterior, por razones obvias, cuanto más tiempo pase una persona en un país, más probable será que tenga en dicho país su “residencia habitual”.

**156. g) Residencias estacionales y vacacionales.** Una presencia en España al objeto de trabajar como temporeros tampoco significa “residencia habitual” (AAP Cantabria 4 mayo 2022 [divorcio en España y residencia habitual en Rumanía])<sup>226</sup>. Presencias vacacionales o estacionales no constituyen, *per definitionem*, “residencia habitual” (AAP Murcia 11 febrero 2021 [divorcio entre sujetos no residentes en España])<sup>227</sup>.

<sup>222</sup> SAP Girona 22 abril 2015 [CENDOJ 17079370012015100074] [ECLI:ES:APGI:2015:256].

<sup>223</sup> AAP Lleida 9 septiembre 2021 [ECLI:ES:APL:2021:466A].

<sup>224</sup> AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

<sup>225</sup> STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955], FD 41.

<sup>226</sup> AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

<sup>227</sup> AAP Murcia 11 febrero 2021 [ECLI:ES:APMU:2021:262A].

**157. h) Inscripción oficial de la residencia y del domicilio.** No es decisivo que el sujeto esté o siga inscrito en Registros oficiales de otro país a efectos fiscales, electorales o municipales. Por ello, la inscripción del sujeto en Registros públicos o Padrón de un lugar no supone, automáticamente, que el sujeto tenga en dicho lugar su “residencia habitual” (muy correcta: STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; sentencia corte di cassazione (Italia) 17 febrero 2010 [divorcio entre ciudadana italiana residente en Italia y ciudadano belga] y también, ordenanza corte di cassazione (Italia) 25 junio 2010; muy acertado el AAP Barcelona 8 abril 2011 [divorcio y demandada española con domicilio en Argentina aunque inscrita en padrón municipal español])<sup>228</sup>.

Es cierto, no obstante, que la residencia habitual de los cónyuges puede acreditarse mediante un certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento correspondiente. Dicho certificado debe operar como un “principio de prueba” o como un mero “indicio” que puede, o no, ser desvirtuado por la prueba documental presentada de adverso por la otra parte (AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España]; SAP Baleares 20 diciembre 2016 [divorcio y demandante alemán])<sup>229</sup>. La residencia habitual debe ser “real y efectiva” más allá de lo que indique el padrón municipal español o extranjero (AAP Barcelona 20 octubre 2017 [divorcio y demandada con domicilio en Alemania])<sup>230</sup>. Como señala la SAP Murcia 15 noviembre 2022 [divorcio y demandado con residencia en Francia], el art. 3 RB II-ter se refiere a la “*residencia habitual*” y no a la “*residencia legal*”<sup>231</sup>. La inscripción en los registros municipales de residencia es, por tanto, un dato importante de carácter indiciario, pero nada más. Un indicio más, indica O. FERACI, que debe ser valorado por la autoridad competente junto con los demás elementos de la situación jurídica relativa al régimen económico matrimonial para precisar cuál es el lugar de la residencia habitual de cada cónyuge<sup>232</sup>.

**158. i) Meras estancias, residencias pasajeras y intención de residir.** La “mera estancia” del sujeto en un Estado no constituye “residencia habitual” a efectos del Reglamento 2016/1103 (SAP Murcia 8 noviembre 1999; SAP Barcelona 7 marzo 2001; SAP Alicante 5 mayo 2000; SAP La Coruña 17 junio 2002)<sup>233</sup>.

La mera “residencia pasajera” o “precaria” del sujeto en un Estado miembro tampoco constituye “residencia habitual” a efectos del Reglamento 2016/1103.

La sola “intención de residir habitualmente en un país” no es suficiente para crear la residencia habitual en dicho Estado, como bien indica F. SALERNO<sup>234</sup>.

**159. j) Residencia habitual de los cónyuges vs. sede de la vida matrimonial.** El concepto de residencia habitual de los cónyuges no equivale, precisa R. BARATTA, al concepto italiano de “*prevalente localizzazione della vita matrimoniale*”, empleado por el art. 31 *Legge* 218/1995 para fijar la

<sup>228</sup> STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; sentencia corte di cassazione [Italia] de 17 febrero 2010, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 750; Ordenanza corte di cassazione [Italia] de 25 junio 2010, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 415; AAP Barcelona 8 abril 2011 [CENDOJ 080193701220011200074] [ECLI:ES:APB:2011:2097A].

<sup>229</sup> AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4574A]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A]; SAP Baleares 20 diciembre 2016 [ECLI:ES:APIB:2016:2199].

<sup>230</sup> AAP Barcelona 20 octubre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:7521A].

<sup>231</sup> SAP Murcia 15 noviembre 2022 [ECLI:ES:APMU:2022:3082].

<sup>232</sup> 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>): “Tale nozione quindi riduce la residenza anagrafica ad un mero indizio destinato a concorrere insieme ad altri elementi fattuali a definire il concetto più ampio di residenza abituale...”.

<sup>233</sup> SAP Murcia 8 noviembre 1999 [CENDOJ 30030370011999101003] [ECLI:ES:APMU:1999:2991]; SAP Barcelona 7 marzo 2001 [CENDOJ 08019370122001100519] [ECLI:ES:APB:2001:2642]; SAP Alicante 5 mayo 2000 [CENDOJ 03014370042000100533] [ECLI:ES:APA:2000:2170]; SAP La Coruña 17 junio 2002 [CENDOJ 15030370032002100157] [ECLI:ES:APC:2002:1602].

<sup>234</sup> F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84.

Ley aplicable al divorcio en defecto de nacionalidad común de los cónyuges<sup>235</sup>. El concepto aludido, -“*prevalente localizzazione della vita matrimoniale*”-, es, más bien, según ponen de relieve J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / F. SEATZU, un “mecanismo de aproximación a la Ley aplicable” en el que la residencia habitual juega un papel evidente, pero que puede concurrir incluso si los cónyuges no residen habitualmente en un mismo país<sup>236</sup>. Así se aprecia en la sentencia del tribunale di Milano (Italia) de 1 junio 2012 [divorcio entre cónyuge italiano y brasileño con residencia habitual última en Italia]<sup>237</sup>. Nótese que el criterio italiano de la “*prevalente localizzazione della vita matrimoniale*”, apunta, en efecto, a la “*vida matrimonial*”. Frente a ello, el criterio europeo empleado por el art. 26.1.a) RREM alude a la residencia habitual de cada cónyuge, por separado, de modo que se debe explorar la “*residencia habitual común de los cónyuges*”. No el lugar donde se localiza fundamentalmente “*la vida matrimonial*”. No es lo mismo.

**160. k) Análisis retrospectivo de la residencia habitual de los cónyuges.** El país de la residencia habitual de los cónyuges es aquél donde se halla el “centro habitual de intereses” de los mismos. El análisis jurídico que debe realizar el tribunal para acreditar cuál es ese país exige una cierta “retrospección temporal”. En efecto, la residencia habitual se concreta en el lugar donde los esposos se encuentran con vocación de cierta permanencia y dicha vocación de permanencia requiere acreditar que los esposos se hallan en dicho lugar “durante un cierto tiempo”. Lo que no resulta procedente es examinar toda la trayectoria vital del matrimonio para descubrir en qué lugar tienen los cónyuges su común residencia habitual, ya que el art. 26.1.a) RREM indica con claridad que la residencia habitual relevante es la que se tiene “*tras la celebración del matrimonio*”.

**161. l) Carácter único de la residencia habitual de los cónyuges.** El TJUE ha dejado claro como el cristal que una persona sólo puede tener su residencia habitual en un concreto país. Varios argumentos apoyan esta importante afirmación.

Primero. Aceptar que una persona puede tener su residencia habitual en varios países a la vez provocaría una gran inseguridad jurídica, lo que es inaceptable para lograr un espacio europeo de Justicia, en que la seguridad jurídica es un principio fundamental. Es decir, ello comportaría dos consecuencias indeseables: (a) haría imprevisible para las partes la determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y (ii) haría muy compleja la precisión de cuál es la Ley aplicable al régimen económico matrimonial para las autoridades de los Estados miembros.

Segundo. Un argumento literal también opera aquí: el art. 26.1.a) RREM ni tampoco el art. 4 RB II-ter ni ninguna otra disposición legal del Reglamento Bruselas II-ter ni del Reglamento 2016/1103 ni del Reglamento Roma III se refieren, en ningún caso, a la residencia habitual en número plural. En la STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 46-48, un sujeto tenía dos residencias: una entre semana fijada por motivos profesionales en París y otra el resto del tiempo junto a su esposa y sus hijos en Irlanda. El TJUE indicó que la residencia habitual de una persona se sitúa en el lugar donde está el centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intereses y no aboga por aceptar que una pluralidad de residencias pueda tener simultáneamente tal carácter. Por tanto, a efectos del art. 3 RB I-ter, un cónyuge puede disponer simultáneamente de varias residencias (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB*, FD 51; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]), pero únicamente puede tener una sola “residencia habitual”<sup>238</sup>. Esta decisión está en sintonía con la jurisprudencia del TJUE en otros sectores del Derecho internacional privado europeo. Así, en la STJUE 16 julio 2020, C-80/19,

<sup>235</sup> R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*.

<sup>236</sup> J. CARRASCOSA GONZALEZ / F. SEATZU, “Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento “Roma III””, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2009-3, pp. 567-588; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

<sup>237</sup> Sentencia Tribunale di Milano (Italia) 1 junio 2012, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 753-760.

<sup>238</sup> STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

*E.E.*, el tribunal estimó que el causante sólo puede tener su última residencia habitual en un único país. Por tanto, a efectos del art. 26.1.a) RREN, un cónyuge sólo puede tener un país de residencia habitual<sup>239</sup>.

**162. m) Las diferentes claves de lectura del concepto “residencia habitual”.** Como señala la doctrina más especializada, el concepto de “residencia habitual” está sujeto a distintas claves de lectura en el Derecho internacional privado de la Unión Europea<sup>240</sup>. Ello significa que dicho concepto debe ser entendido en sentidos distintos según sea la norma en la que se contiene el concepto, su finalidad y objetivos. Así, en el sector de la competencia judicial internacional relativa al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, el elemento subjetivo, -esto es, las intenciones del cónyuge y de las partes-, debe ser potenciado, lo que conduce a un concepto amplio de residencia habitual, con el fin de facilitar la localización espacial de la sede natural del matrimonio. Por el contrario, en las normas que regulan la responsabilidad parental, el concepto puede ser sometido a interpretación restrictiva o expansiva según lo exija el interés superior del niño. Pues bien, en el ámbito del Reglamento 2016/1103, para concretar el país de residencia habitual del cónyuge es preciso atender a los elementos que denotan dónde está el centro estable y permanente de intereses del cónyuge a partir del cual gestiona y maneja la economía matrimonial.

### c) Primera residencia habitual común

**163.** En todas las legislaciones del mundo, el régimen económico matrimonial comienza a producir efectos tras el momento mismo de la celebración del matrimonio. El legislador europeo fija la ley aplicable al régimen económico matrimonial desde ese mismo momento, para evitar los vacíos de regulación en el tiempo que pudieran afectar a la economía matrimonial. El régimen económico matrimonial debe disponer siempre de una Ley aplicable durante toda su existencia jurídica. El régimen económico matrimonial debe contar con su propia ley reguladora desde el momento de su nacimiento, esto es, desde que existe una economía matrimonial y ésta nace en el momento de la celebración del matrimonio. Pues bien, en ese preciso momento, inmediatamente después de la celebración del matrimonio, el régimen económico matrimonial comienza a existir y es en ese instante cuando el art. 26.1.a) RREM tiene presente el país donde los cónyuges comienzan su vida matrimonial. Ese país, el país donde los cónyuges instalan su primera residencia habitual común, es el país que presenta una mayor proximidad con la economía matrimonial. Por eso, el art. 26.1.a) RREM apunta en favor de la primera residencia habitual de los cónyuges. El régimen económico matrimonial nace, así, regulado por la Ley del país con el que la economía de los cónyuges está más estrechamente vinculada.

**164.** Como es obvio, la segunda o ulteriores residencias habituales comunes de los cónyuges tras el matrimonio son irrelevantes a efectos del art. 26.1.a) RREM. También es irrelevante la residencia habitual común de los cónyuges antes de la celebración del matrimonio, así como la residencia habitual común en el mismo momento de la celebración del enlace.

**165.** Es sólo relevante la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio. El régimen económico matrimonial nace en el mismo momento de la celebración del enlace. Sin embargo, la ley aplicable al mismo se concreta en un momento futuro, no en el momento de la celebración del matrimonio, sino después de la celebración del mismo. Ello significa que el art. 26.1.a) RREM emplea una “conexión anticipada”. Se apuesta por la Ley del país donde el matrimonio va a desplegar sus efectos esenciales. Es un viaje en el espacio y en el tiempo, porque en el momento de la celebración del matrimonio, el régimen económico matrimonial, -que ya existe-, se rige por una ley que se determinará

<sup>239</sup> STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *E.E. Kauno miesto 4-ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, K.-D. E.*, [ECLI:EU:C:2020:569].

<sup>240</sup> M. MELLONE, «La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 865-716; A. RICHEL-PONS, “La notion de résidence”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 149-160.

en el futuro, la Ley de la primera residencia habitual de los cónyuges. La norma de conflicto se anticipa al futuro y hace aplicable, al régimen económico matrimonial, la Ley del país de una residencia habitual común que todavía no existe, pero existirá. Este viaje hacia el futuro se explica de modo sencillo. En efecto, como antes se ha indicado, el legislador europeo hace aplicable al ley de un país que se concretará en el futuro porque, de ese modo, el régimen económico matrimonial se rige por la ley del país donde el matrimonio desplegará sus efectos principales.

**166.** El art. 26.1.a) RREM exige que los dos cónyuges tengan su primera residencia habitual, tras el matrimonio, en el mismo país. No es preciso, escribe agudamente A. BONOMI, que los cónyuges convivan juntos en el mismo lugar o que convivan juntos en varios lugares<sup>241</sup>. No se requiere tampoco, destaca N. JOUBERT, la convivencia conyugal ni tampoco la convivencia conyugal en un único lugar<sup>242</sup>. Tampoco se exige que los cónyuges vivan y/o tengan su residencia habitual en la misma localidad ni en el mismo inmueble o dirección física, puntualiza P. JIMÉNEZ BLANCO<sup>243</sup>. Debe recordarse, con el mayor énfasis, que el precepto no emplea el concepto “domicilio conyugal”. Es éste un concepto inexistente en Derecho europeo. El art. 26.1.a) RREM es una norma de conflicto de leyes, una norma que se expresa en términos de Derecho internacional privado. Por ello mismo, para que la conexión opere es suficiente que los cónyuges tengan su primera residencia habitual, tras el matrimonio, en el mismo país. Nociones como “convivencia matrimonial”, “domicilio conyugal”, “vida matrimonial” son ajenas al art. 26.1.a) RREM y no presentan relieve jurídico alguno en el Reglamento 2016/1103.

#### **d) Proyección en el tiempo de la primera residencia habitual común**

**167.** La Ley reguladora del régimen económico matrimonial queda fijada, como antes se ha indicado, desde el mismo momento de su nacimiento, esto es, desde el momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. La aplicación de dicha Ley se prolonga en el tiempo. En principio, dicha ley regirá el régimen económico matrimonial desde su nacimiento hasta su extinción. En efecto, aunque los cónyuges cambien de nacionalidad o de país de residencia habitual, el régimen económico matrimonial sigue sujeto a su peculiar y particular “ley de origen”: la ley del país de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio. No es la ley de origen del matrimonio, sino la ley de origen del régimen económico matrimonial, en sentido figurado, naturalmente.

Esta solución proporciona estabilidad jurídica al régimen económico matrimonial y es, por ello, una solución eficiente. Los cónyuges pueden moverse de un país a otro e incluso cambiar de residencia habitual común a otro país, pero su régimen económico matrimonial sigue sujeto a la Ley que se le aplicó desde el primer momento, la Ley de la primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio. Es la Ley que con arreglo a la cual se creó el régimen económico matrimonial, la Ley de su origen jurídico. El Reglamento arranca de la regla general según la cuál la solución más clara, sencilla, eficiente y segura es que el régimen económico matrimonial debe seguir siempre regulado por la Ley que comenzó a regirlo desde el mismo momento en el que se constituyó dicho régimen económico matrimonial.

**168.** En este sentido, si la Ley que rige el régimen económico matrimonial cambiara cada vez que los cónyuges trasladan su residencia habitual común a otro Estado, entonces dicha nueva Ley podría ser imprevisible para los cónyuges. Les generaría inseguridad jurídica. Por otro lado, ello crearía grandes problemas de aplicación al tener que dividir en dos sectores todo el patrimonio común de los

<sup>241</sup> 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.

<sup>242</sup> N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 22.

<sup>243</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 86.

cónyuges y los actos con impacto en la economía matrimonial. Un sector de los bienes y todos los actos patrimoniales verificados durante el período en el que los cónyuges tuvieron su primera residencia habitual común en un país quedaría sujeto a la Ley de dicho país. Otro sector de bienes y actos quedaría sujeto a la Ley de la segunda residencia habitual común de los mismos, y así sucesivamente. El transcurso del tiempo y el cambio de residencia habitual común de los cónyuges haría cambiar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. El legislador europeo considera que ello es negativo cuando no imposible de implementar y opta por la siguiente regla general: el régimen económico matrimonial en tu totalidad, -en el tiempo y en el espacio-, se rige por la Ley del país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

**169.** Puede suceder, sin embargo, que los cónyuges cambien de residencia habitual común a otro país transcurrido un tiempo tras la celebración del matrimonio. En tal caso, podría ser que los cónyuges no estén ya satisfechos con la aplicación prolongada de la Ley del país de la primera residencia común habitual de los mismos inmediatamente después del matrimonio. Podría ser, en efecto, que dicha ley no se corresponda con el modo en el que los cónyuges desean gestionar su economía matrimonial. Pues bien, el Reglamento ha dispuesto dos reglas para afrontar dicha situación.

Primera regla. Los cónyuges pueden, en cualquier momento, cambiar la ley aplicable al régimen económico matrimonial mediante la elección de la ley reguladora del mismo en las condiciones establecidas en el art. 22 RREM. Esta posibilidad es interesante cuando los cónyuges cambian de residencia habitual común y viven ya en otro país y gestionan o prefieren gestionar su economía matrimonial con arreglo a la Ley del país de su nueva residencia habitual común.

Segunda regla. Cuando los cónyuges no alcanzan un acuerdo para elegir una nueva ley aplicable al régimen económico matrimonial con arreglo al art. 22 RREM, pero han cambiado de país de residencia habitual común, puede ser injusto, imprevisible y costoso para los cónyuges para los terceros que se relacionan con ellos, que el régimen económico matrimonial siga sujeto a la Ley del país de la primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio. En especial, ello se produce cuando la residencia habitual primera residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio ha sido una residencia de corta duración y, por el contrario, existe una última residencia habitual común que resulta más significativa por haber tenido una duración considerablemente más prolongada. En estos casos, puede recurrirse al art. 26.3 RREM. Dicho precepto indica que, excepcionalmente y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial podrá decidir que la ley de un Estado distinto del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, regirá el régimen económico matrimonial si el demandante demuestra que los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo y que ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales.

**170.** Con las dos anteriores previsiones legales, el legislador europeo permite que una conexión congelada en el tiempo se descongele y se adapte a la movilidad social actual. De ese modo, esta conexión congelada puede pasar a ser una “conexión de presente”. A una sociedad líquida caracterizada por una movilidad estructural debe corresponder una conexión que puede volverse, también, líquida, elástica y móvil.

#### **e) Primera residencia habitual común “inmediatamente después del matrimonio”**

**171.** El Cons. 49 RREM precisa lo que deja sin aclarar el art. 26.1.a) RREM. Es decir, que el régimen económico matrimonial se regula por la Ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges “*inmediatamente después del matrimonio*”. Esta disposición refuerza la seguridad jurídica de los cónyuges y de los terceros. No basta con que se trate de la primera residencia habitual común de los cónyuges. Esta primera residencia habitual común debe fijarse “*inmediatamente después del matrimo-*

nio”. En caso contrario, -esto es, si la primera residencia habitual común de los cónyuges no se establece de modo inmediato tras la celebración del matrimonio-, la conexión recogida en el art. 26.1.a) RREM no opera y se pasará al siguiente punto de conexión, la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio (art. 26.1.c) RREM).

Así, por ejemplo, si en el año 2023 un varón español con residencia habitual en Madrid contrae matrimonio con mujer española con residencia habitual en París y ambos permanecen en sus respectivos países de residencia habitual hasta el año 2025, momento en el que felizmente se trasladan a vivir ambos juntos a Londres, el Derecho británico no rige el régimen económico matrimonial de esta pareja matrimonial. Su primera residencia habitual común, que se localiza en el Reino Unido, no ha sido fijada “*inmediatamente después del matrimonio*”. En tal caso, para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, habrá de pasarse a la siguiente conexión, que es la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio: la ley española.

172. Como se ha indicado, la ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de elección de Ley por los cónyuges es la Ley de la “*residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio*”. El Reglamento no define qué debe entenderse por primera residencia común habitual de los cónyuges “*inmediatamente después del matrimonio*”. Tampoco indica un tiempo determinado dentro del cuál los cónyuges deben establecer su primera residencia habitual común en un concreto país para que opere este art. 26.1.a) RREM. Este silencio del Reglamento 2016/1103 hace preciso definir, concretar y especificar, con la ayuda de herramientas hermenéuticas poderosas, qué se entiende por “*inmediatamente*”, que es la palabra clave. A tal efecto, dos datos preliminares son relevantes.

En primer término, cabe afirmar, con F. VISMARA, que visto que la exigencia de que la primera residencia habitual común de los cónyuges se establezca “*inmediatamente después del matrimonio*” se recoge en un Considerando del Reglamento y no en el art. 26.1.a) RREM, la noción de “*inmediatamente*” debe interpretarse de modo flexible, elástico y no estricto y excesivamente exigente<sup>244</sup>. Es cierto que *rubrica lex non est lex*, según el famoso adagio clásico romano. Ello no significa que el encabezamiento de un texto legal o su preámbulo sean elementos que carecen de todo valor jurídico. Denota, únicamente, que en caso de contradicción entre el texto del preámbulo y el texto de la Ley prevalece el texto de la ley, pues el preámbulo no es un elemento jurídico prescriptivo, sino meramente explicativo del sentido de la ley. El preámbulo recoge las razones por las que se ha elaborado la ley, el objetivo que la ley persigue y también aclara el sentido de la misma, su correcta interpretación, como muy bien destaca M. REQUEJO ISIDRO en un magnífico, sugestivo e inspirador trabajo<sup>245</sup>. Ahora bien, como explica esta autora, en realidad, junto a la ley y a la jurisprudencia, los preámbulos de los instrumentos legales europeos se han convertido, en frecuentes ocasiones, en “una tercera fuente del Derecho” (*a third kind of law-making*), pues en reiterados supuestos, debe admitirse que los preámbulos regulan situaciones sociales y conductas individuales, prescriben mandatos a los ciudadanos. Desde este punto de vista, la aclaración que lleva a cabo el Considerando 49 RREM sobre el momento en el que debe tenerse en cuenta la primera residencia habitual común de los cónyuges no es contradictoria con el texto del art. 26.1.a) RREM. No existe ninguna colisión normativa que resolver, pues. En tal sentido, se debe aceptar que la exigencia, contenida en el citado Considerando, de que la primera residencia habitual común sea establezca “*inmediatamente después del matrimonio*” tiene sentido lógico, otorga un significado concreto, oportuno, pertinente y acertado al punto de conexión aludido, orienta su interpretación en una dirección específica y, finalmente, completa lo que indica el precepto legal sin entrar en contradicción alguna con el mismo. En conclusión, la primera residencia habitual común de los cónyuges debe fijarse “*inmediatamente después del matrimonio*” y, aceptado ello, la interpretación de qué sentido debe darse al adverbio “*inmediatamente*” debe ser flexible, dúctil y elástica, esto es, debe concretarse en cada caso

<sup>244</sup> 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.

<sup>245</sup> M. REQUEJO ISIDRO, “Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations” (December 11, 2017). Europa als Rechts- und Lebensraum, Gieseck Verlag, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3212115> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3212115>; también “Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations”, *Festschrift für C. Kohler*, 2018, pp. 425-439.

específico a la luz de los datos de hecho del caso en cuestión. Así, como sugiere D. COESTER-WALTJEN, un plazo de un mes, de cuatro meses o incluso de un año, puede, según las circunstancias del caso, ser suficientemente para ser calificado como un plazo dentro del cuál los cónyuges, tras su matrimonio, han instalado su primera residencia habitual común<sup>246</sup>. En todo caso, no puede ser un plazo largo, ni prolongado ni extenso ni dilatado ni tampoco puede ser un plazo de duración media. En tales casos, el plazo pierde su carácter de “inmediato” y entonces, tanto los cónyuges como los terceros ven perjudicados sus intereses, al no poder concretar con claridad, sencillez y rapidez, cuál es la ley reguladora del régimen económico matrimonial, apunta sagazmente S. MARINO<sup>247</sup>.

En segundo lugar, visto que el art. 9.2 CC emplea la misma conexión con la misma concreción temporal, la jurisprudencia española sobre el precepto puede ser utilizada para descifrar este gran misterio envuelto en un enigma y escondido en un acertijo: el significado del adverbio “*inmediatamente*” en el art. 26.1.a) RREM.

**173.** En el art. 26.1.a) RREM, el punto de conexión “residencia habitual común de los cónyuges” está fijado en el tiempo, pues así lo precisa el Cons. 49 RREM, que expresa que la “*primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio debe constituir el primer criterio*”. Por tanto, debe considerarse la residencia habitual común pero sólo si ésta se concreta en un país determinado «*inmediatamente después del matrimonio*”. Esta precisión temporal suscita problemas complejos que conviene analizar con atención, diligencia y meticulosidad. A tal fin es preciso introducir ciertas observaciones.

Primero. El precepto no se refiere solamente a la “primera residencia habitual común” de los cónyuges una vez celebrado el matrimonio. Por el contrario, sólo es relevante una residencia habitual “común” e “inmediatamente después del matrimonio” (STSJ Aragón 2 julio 2021 [régimen de consorcio aragonés])<sup>248</sup>. Por tanto, si celebrado el matrimonio, la residencia habitual común no se fija inmediatamente, sino que se concreta en un momento posterior, momento hasta el cual los cónyuges residen habitualmente en países diferentes, este punto de conexión recogido en el art. 26.1.a) RREM no opera (SAP Zaragoza 28 febrero 2003 [matrimonio celebrado en Cuba entre cubana y español sin residencia habitual común tras el matrimonio])<sup>249</sup>.

Segundo. Este punto de conexión ha sido fijado en el tiempo por el legislador para evitar problemas de conflicto móvil y para reforzar la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable para las partes (SAP Barcelona 29 enero 2018 [matrimonio con primera residencia en Aragón y posterior en Cataluña]; SAP Barcelona 30 junio 2009 [divorcio entre austríaco y española con residencia común en España], SAP Barcelona 17 abril 2007 [matrimonio entre español y suiza con primer lugar de residencia habitual común en Alemania])<sup>250</sup>. En efecto: si los cónyuges han residido en varios países, sólo es relevante, entre todos ellos, el país en el que fijan su residencia habitual inmediatamente después del matrimonio. Los cambios posteriores de residencia habitual de los cónyuges a otros países son irrelevantes (SAP Barcelona 19 marzo 2003 [primera residencia habitual en Uruguay y posterior residencia en Egipto])<sup>251</sup>.

Tercero. El adverbio “inmediatamente” significa que los cónyuges instalan su residencia habitual común en un breve lapso de tiempo después de haber contraído matrimonio. No se puede exigir una duración concreta de ese lapso temporal, porque el precepto no contiene ninguna referencia a una duración concreta en término de días, meses o años. Tampoco lo hace el Considerando 49 RREM. Por tanto, no se exige que se fije la residencia habitual común antes de tres meses, seis meses o un año tras la celebración del matrimonio. Se exige que sea un lapso breve de tiempo y ello lo debe apreciar

<sup>246</sup> 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.

<sup>247</sup> S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, p. 280.

<sup>248</sup> STSJ Aragón 2 julio 2021 [ECLI:ES:TSJAR:2021:591].

<sup>249</sup> SAP Zaragoza 28 febrero 2003 [CENDOJ 50297370042003100045].

<sup>250</sup> SAP Barcelona 29 enero 2018 [ECLI:ES:APB:2018:1058]; SAP Barcelona 30 junio 2009 [CENDOJ 08019370182009100329]; SAP Barcelona 17 abril 2007 [CENDOJ 08019370182007100180].

<sup>251</sup> SAP Barcelona 19 marzo 2003 [CENDOJ 08019370122003100168] [ECLI:ES:APB:2003:2597].

la autoridad competente a la luz de los datos del caso concreto. En este punto se debe proceder con gran cautela. En efecto, suele ser frecuente que ciertos emigrantes contraigan matrimonio en su país y transcurran algún tiempo hasta que, finalmente, se trasladan ambos al nuevo país de residencia, tal y como ya tenían planificado antes de su feliz enlace. Así sucedió en el caso fallado por la sentencia de la Cour de Cassation (Francia) de 14 mayo 2014: dos ciudadanos marroquíes contrajeron matrimonio en su país<sup>252</sup>. Diez meses después se reunieron en Francia, donde instalaron su primera residencia habitual común. La cour de cassation francesa afirmó que estos cónyuges no habían tenido en Francia su primera residencia habitual común inmediatamente posterior a su matrimonio y aplicó a su régimen económico matrimonial el Derecho marroquí -Ley nacional común de los cónyuges-, y no el Derecho francés, -Ley de su residencia habitual común-<sup>253</sup>. La solución es criticable pues conduce a una Ley de no previsible aplicación por los cónyuges. Y también porque el tribunal fue demasiado rápido al estimar que bastaban esos pocos meses en los que los cónyuges estaban en países distintos tras el matrimonio para estimar que la primera residencia habitual común no fue establecida “inmediatamente”.

Cuarto. Si los cónyuges contraen matrimonio y tardan un cierto tiempo en fijar su residencia habitual en un país concreto, debe examinarse la intención de los cónyuges, la voluntad de los mismos, como muy acertadamente apunta LUIS F. CARRILLO POZO<sup>254</sup>. Dos hipótesis surgen.

En una primera hipótesis, si los cónyuges permanecen en un país, por escaso tiempo que sea, pero con voluntad de permanencia estable en dicho país, la Ley de dicho Estado será aplicable al régimen económico matrimonial *ex art. 26.1.a)* RREM aun que luego trasladen su residencia habitual común a otro país.

En una segunda hipótesis, si la permanencia de los cónyuges en el “primer país” tras el matrimonio es meramente transitoria, provisional, accidental y breve, y se trasladan posteriormente a un “segundo país”, donde fijan su primera residencia habitual común y donde siempre tuvieron la intención de instalarse tras el matrimonio, la Ley de este segundo país será aplicable al régimen económico matrimonial. En concreto, puede sostenerse que, si los cónyuges han trazado un proyecto de vida común en un país, -han comprado allí una vivienda, están en proceso de obtener visados o permisos de residencia allí, han escolarizado a sus hijos en dicho país, han preparado las circunstancias para abrir un negocio y/o trabajar en tal país, etc.-, entonces debe estimarse que su residencia habitual común ha quedado establecida en ese país inmediatamente después de su matrimonio, aunque su traslado efectivo a ese segundo país haya tardado en producirse un cierto tiempo. Dicho lapso temporal no debe ser excesivamente prolongado. A tal efecto, la autoridad competente debe valorar los datos del supuesto concreto, pues no existen dos casos iguales. Dicha autoridad debe tener presente el concreto momento a partir del cuál los cónyuges podían *de facto* y *de jure* trasladarse a su nuevo país de residencia habitual. Si los cónyuges dejan pasar el tiempo y no se desplazan a dicho país cuando podían perfectamente haberlo hecho, entonces dicho dato opera en contra de considerar que su primera residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio se concreta en dicho país. Así, por ejemplo, cuando los cónyuges han diseñado su proyecto de vida en común en un país A y tardan diez meses en ir a vivir a dicho país porque hasta ese momento no han obtenido los permisos de viaje y estancia, puede estimarse que tuvieron su primera residencia habitual en dicho país A. Sin embargo, si los cónyuges tardaron tres meses en disponer de los elementos de hecho y de Derecho para poder instalar su residencia habitual en un país B pero tardaron otros tres meses más en trasladarse a tal país B, puede estimarse que el transcurso de seis meses supone que la primera residencia habitual común no se ha concretado “inmediatamente después del matrimonio”. Por otra parte, el mero deseo de instalar en el futuro su residencia común en un país no es suficiente. Debe tratarse de un concreto proyecto de vida común en dicho país, avalado por datos y elementos objetivos. Varios ejemplos que la jurisprudencia española suministra pueden citarse y pueden resultar muy útiles para comprender la dinámica práctica del precepto analizado.

<sup>252</sup> Sentencia de la Cour de Cassation [Francia] de 14 mayo 2014 [ECLI:FR:CCASS:2014:C100508].

<sup>253</sup> *Vid.* la sentencia citada en la nota anterior. También I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 502.

<sup>254</sup> LUIS F. CARRILLO POZO, “The application of Regulation 2016/1103 in Spain”, en MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / LUCIA RUGGERI (editors), *Cross-border couples property regimes in action before courts. Understanding the EU Regulations 1103 and 1104/2016 in practice*, Madrid, Ed. Dykinson, 2022, pp. 255-268, esp. p. 266.

En la SAP Granada 13 abril 2005 [matrimonio en Alemania], se abordó el caso de cónyuge alemán y español que contrajeron matrimonio en Alemania<sup>255</sup>. Permanecieron en dicho país hasta que la esposa dio a luz al hijo común el mes de octubre del mismo año. Nacido el hijo se trasladaron a España, donde residieron habitualmente más de veinte años. La permanencia en Alemania, cuyo objetivo exclusivo era evitar un largo viaje a la esposa embarazada, no puede calificarse como una “residencia habitual”. Por tanto, la Ley alemana no era aplicable a los efectos del matrimonio. La SAP Granada 13 abril 2005 [matrimonio en Alemania] estimó que en este caso podía estimarse que los cónyuges establecieron su residencia habitual en España en un momento “inmediatamente posterior” a la celebración del matrimonio, aunque tardaran unos meses, tras la celebración del matrimonio, en venir a habitar a España. Su voluntad fue siempre instalarse en España y si no viajaron a España de modo instantáneo tras la celebración del feliz enlace en Alemania fue para evitar riesgos a la salud de la madre y esposa.

En la SAP Baleares 13 febrero 2019 [régimen económico de matrimonio entre rusa y alemán celebrado en Moscú], el caso fue el siguiente. Tras el matrimonio en Rusia, un mes más tarde el esposo se trasladó a vivir a Mallorca y la esposa lo hizo cuatro meses después: la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio está en Mallorca. Es irrelevante que, según la esposa, hayan vivido en Mallorca con arreglo al régimen de “comunidad de bienes”. La Ley aplicable al régimen económico matrimonial en este caso es la española y en concreto la Ley balear y mallorquina, que recoge un régimen de separación de bienes. Lo relevante es que pueda detectarse una clara e inequívoca voluntad de los cónyuges de querer establecer su residencia habitual común en un país una vez que se ha celebrado el matrimonio, como así fue<sup>256</sup>.

En la SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [matrimonio en Madrid, estancia temporal en Boston y residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Barcelona], resulta que “*Barcelona ha sido el lugar de hecho en el que se inició la vida familiar / conyugal propiamente dicha y fue voluntad de ambos establecer aquí su residencia habitual común una vez celebrado el matrimonio*”<sup>257</sup>. Los cónyuges casaron en Madrid, pero salieron de viaje de novios desde Barcelona y a Barcelona retornaron y en Barcelona residieron aunque no en la mis a vivienda. Se trasladaron a Boston (EE.UU.) para una estancia temporal en aquel país, pero regresaron a Barcelona terminada dicha estancia. Quedó clara la “*voluntad de ambos*” de residir habitualmente en Barcelona y “*con visibilidad externa para terceros*”. También se comportaron siempre de acuerdo con el Derecho Catalán y manifestaron que su régimen económico matrimonial era el régimen de separación de bienes.

En la SAP Barcelona 30 septiembre 2021 [matrimonio celebrado en Bélgica], el tribunal observó que “*inmediatamente después del matrimonio los cónyuges permanecieron en Wavre*”, ciudad donde ya residían antes de contraer matrimonio. Sin embargo, quedó probado que habían proyectado, tras el enlace, trasladarse a España “*con voluntad de establecer su residencia habitual como lugar de desarrollo de su vida familiar con vocación de permanencia y estabilidad, habiendo llevado a cabo los preparativos de dicho traslado varios meses antes de la boda*”. Por tanto, “*el traslado a España no era un proyecto a corto o medio plazo, sino que las gestiones efectuadas denotan la voluntad de establecerse de inmediato en España tras el matrimonio y el hecho de haber permanecido unas pocas semanas en Wavre no desvirtúa*

<sup>255</sup> Vid. SAP Granada 13 abril 2005 [JUR 2005/138285] [ECLI:ES:APGR:2005:652]. Esta sentencia no se corresponde con otra citada por algún comentarista levantino con fecha 13 julio 2005 y de igual contenido, la cual, parece ser, y s.e.o.u., no existe.

<sup>256</sup> SAP Baleares 13 febrero 2019 [ECLI:ES:APIB:2019:165]: “*De las pruebas practicadas en autos se infiere que la residencia común se fijó en España, concretamente en Mallorca, ya que poco después del matrimonio, un mes o quince días él, y poco después o cuatro meses más tarde ella, -según las distintas versiones de las partes-, se instalaron en Mallorca, aquí trabajan, han tenido un hijo y continúan residiendo, hasta el punto de que ella ha adquirido la nacionalidad española y optado por la vecindad civil balear, lo que implica esa vocación de permanencia que exige la interpretación del artículo. Como señala la Juez a quo “con independencia de que los cónyuges pasaran un mes en Rusia, después el esposo viniera a vivir a Mallorca y la esposa viniera a la Isla a los 4 meses, (según la versión de la actora) o que tras pasar 15 días de vacaciones en Rusia y contraer allí matrimonio, el esposo regresara a la Isla y la esposa le siguiera inmediatamente (según la versión del demandado), lo cierto es que puede considerarse acreditado que la residencia habitual común de los cónyuges, inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio fue la isla de Mallorca ya que haber pasado juntos 15 días o un mes, tras la celebración del matrimonio en Rusia, no supone la fijación de residencia habitual en dicho lugar, por lo que los efectos del matrimonio deben regirse por la ley española, y más concretamente por el Derecho especial Balear que fija en su Compilación como régimen económico matrimonial, en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes”.*

<sup>257</sup> SAP Barcelona 27 noviembre 2020 [ECLI:ES:APB:2020:12387].

*esta conclusión, dado que ésta permanencia viene determinada por un tiempo mínimo imprescindible dada la complejidad del traslado transnacional de toda la familia (traslado que incluye no sólo el cambio de vivienda sino también de lugar de trabajo del esposo y de escolarización de la hija común) y no por una voluntad de permanencia*<sup>258</sup>. Lo relevante es, pues, la voluntad de los cónyuges de fijar, inmediatamente después de su matrimonio una residencia estable, cierta, sólida y permanente de su vida familiar, aunque al materialización de ese proyecto de vida tarde algún tiempo en hacerse realidad.

En la SAP Barcelona 11 enero 2023 [ley aplicable al régimen económico matrimonial y lugar de celebración del matrimonio], los cónyuges contraen matrimonio en Cataluña. Inmediatamente después de la celebración del enlace se trasladaron a Pamplona. Residieron en dicha ciudad unos meses y después el esposo fue trasladado a Méjico y posteriormente a Egipto. Ahora bien, *“no se ha acreditado que cuando contrajeron matrimonio hubiera un proyecto mínimamente consolidado de convivencia en Pamplona pues el esposo seguía trabajando en una empresa con sede en Madrid. No consta que haya preparativos o comunicaciones anteriores en preparación de la estancia en Navarra. El traslado a Pamplona se produjo después de transcurridos dos meses desde la celebración del matrimonio”*. Es decir, la estancia en Pamplona fue puramente transitoria y provisional y también breve, sin voluntad de fijar una residencia habitual común en dicho lugar. En consecuencia, el tribunal estimó que no existió un lugar de residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, razón por la que no se podía aplicar dicha conexión y el régimen económico matrimonial no quedó sujeto a la Ley navarra.

### C) Ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio

#### a) Razón de ser de la conexión

**174.** En defecto de elección de Ley por los cónyuges y a falta de una residencia habitual común de los mismos inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, el régimen económico matrimonial queda sujeto a la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio.

Debe decirse, no obstante, que la mayor parte de los matrimonios fijan un lugar de residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración de su matrimonio. Por ello, el campo operativo de esta conexión es reducido, incluso si los cónyuges ostentan la misma nacionalidad cuando se celebra el matrimonio, como observa S. COSCARELLI<sup>259</sup>.

También debe subrayarse que la nacionalidad es un criterio formal y estrictamente jurídico. Existen muchas personas que son “nacionales virtuales”. Nacionales de Estados en los que jamás han vivido ni visitado, cuya lengua no hablan, cuyas costumbres desconocen y cuya cultura ignoran. Hijos de hijos de abuelos que un día fueron nacionales de un país cuyo nombre apenas saben pronunciar. Son el resultado de una sobredosis de *jus sanguinis*. En tales hipótesis la nacionalidad no refleja una vinculación real de la persona con un Estado, por lo que la conexión “nacionalidad común de los cónyuges” puede conducir a la ley de un Estado con el que la proximidad de los esposos es escasa o inexistente<sup>260</sup>. En tales casos, precisamente por ello, la aplicación de la ley de la nacionalidad común puede ser imprevisible para los cónyuges y comportarles costes elevados.

**175.** La justificación de la conexión nacionalidad común de los cónyuges reviste carácter económico. A falta de residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, la nacionalidad de ambos cónyuges se presenta como la conexión que conduce al país cuya ley genera, para los cónyuges, los costes jurídicos más reducidos para gestionar la economía del

<sup>258</sup> SAP Madrid 30 septiembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:9947].

<sup>259</sup> S. COSCARELLI, “Article 26. Applicable law in the absence of choice by the parties”, en LUCIA RUGGERI / ROBERTO GARETTO (editors), *European Family Property Relations Article by Article Commentary on EU Regulations 1103 and 1104/2016*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 227-246, esp. p. 237.

<sup>260</sup> *Id.* nota anterior.

matrimonio. En defecto de conexión social, es la conexión cultural la que señala la vinculación más estrecha del régimen económico matrimonial con un concreto Estado. El art. 26.1.b) RREM ordena aplicar la Ley de la nacionalidad común de los cónyuges no por respeto a la soberanía del Estado de la nacionalidad de los cónyuges, sino por que con la aplicación de dicha ley se alcanza una solución eficiente a la cuestión de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. conduce a una Ley conocida por los cónyuges, estable, segura y proporciona una sola Ley aplicable al régimen económico matrimonial con independencia del país de situación de los bienes del matrimonio<sup>261</sup>.

**176.** Cuando no existe residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, la conexión “nacionalidad común de los cónyuges” es sólida y auténtica. Representa una vinculación real entre los cónyuges y su patria común. En efecto, la persona sigue integrada, en una cierta medida, en el país de su nacionalidad: vota en las elecciones del mismo y suele ser un país cuya cultura comparte.

**177.** La colocación de la nacionalidad en el tercer lugar de la escalera conflictual del Reglamento 2016/1103 se explica por varios motivos, bien expuestos por A.M. PÉREZ VALLEJO<sup>262</sup>.

**178.** En primer lugar, la residencia habitual de los cónyuges es una conexión más realista y efectiva que la nacionalidad. Demuestra una vinculación social que no siempre está presente en la nacionalidad. La nacionalidad es una conexión excesiva cuyo fundamento último radica en la soberanía del Estado sobre su población. Presume la existencia de una vinculación permanente de una persona con su patria de origen, algo que no siempre se verifica. Esa vinculación puede haberse perdido con el tiempo aunque la persona mantenga su nacionalidad de origen. En efecto, la proliferación de las “nacionalidades virtuales” es un hecho. Visto que cada Estado es libre de otorgar su nacionalidad a quien desee y de privar de su nacionalidad a quien estime oportuno se corre el riesgo de que una persona ostente la nacionalidad de un Estado con el que no presenta una vinculación real. Ello conduciría, y aquí está lo serio del asunto, a hacer aplicable esa Ley nacional de la persona en casos en los que los cónyuges no presentan un contacto real con dicho país. Varias consideraciones son necesarias al respecto.

Se habla de “nacionales virtuales” para referirse a personas que ostentan formalmente la nacionalidad de un Estado pero que apenas tienen vínculos sustanciales con el mismo. Emigrantes nacionales de tercera o cuarta generación que jamás han estado en el país cuya nacionalidad ostentan, que no hablan su lengua, que no participan en su vida social y política. Frente a ellos, los nacionales reales son los que sí mantienen vínculos y contactos reales y sustanciales con su país.

La STJUE 10 febrero 2022, C-522/20, *OE vs. VY* [cónyuges italiano y alemán y divorcio en Austria] ha indicado que la nacionalidad representa, por sí misma, y de modo necesario, un contacto real de la persona con el país cuya nacionalidad ostenta: “*por el hecho mismo de ser nacional de dicho Estado miembro y de mantener necesariamente con él vínculos institucionales y jurídicos, así como, por regla general, vínculos culturales, lingüísticos, sociales, familiares o patrimoniales*”<sup>263</sup>. Por consiguiente, un vínculo como la mera nacionalidad formal “*puede ya contribuir a determinar el vínculo real que debe existir*” entre una persona y Estado cuya nacionalidad ostenta.

Ninguna disposición legal de Derecho internacional privado europeo o español exige, para que opere la conexión “nacionalidad” que ésta sea “efectiva”. Basta su presencia para que se presuma e vínculo real entre la persona y su país. La STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* es reveladora: “*en la medida en que convierte la nacionalidad en un criterio para determinar la competencia, dicha dispo-*

<sup>261</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 153.

<sup>262</sup> A.M. PÉREZ VALLEJO, “Regimi patrimoniali nel matrimonio in assenza della scelta dei coniugi in applicazione del Regolamento (UE) 2016/1103”, en AA.VV., *Regimi patrimoniali delle coppie transnazionali nell'Unione europea*, dirigido por MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ / MANUELA GIOBBI / JERCA KRAMBERGER ŠKERL / LUCIA RUGGERI / SANDRA WINKLER, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 30-43.

<sup>263</sup> STJUE 10 febrero 2022, C-522/20, *OE vs. VY*, [ECLI:EU:C:2022:87].

*sición privilegia un punto de conexión unívoco y de fácil aplicación (...). no prevé ningún otro criterio relacionado con la nacionalidad, como puede ser, en particular, la efectividad de ésta”<sup>264</sup>.*

No obstante lo anterior, el Parlamento Europeo (Resolución del Parlamento Europeo de 16 enero 2014, sobre la ciudadanía de la UE en venta (2013/2995 RSP - DOUE C 482 de 23 diciembre 2016) ha hecho notar que ciertos Estados miembros, como Malta, han introducido regímenes que, directa o indirectamente, constituyen una especie de “venta de la ciudadanía de la UE” a nacionales de terceros países, pues al realizar una notable inversión monetaria en un Estado miembro, éste les concede su nacionalidad<sup>265</sup>. La “venta” de la nacionalidad maltesa automáticamente implica la venta de la ciudadanía de la UE en su conjunto sin estar sometida a ningún requisito de residencia. Estos sistemas privilegiados de acceso a la nacionalidad de un Estado miembro podrían resultar contrarios al principio de cooperación leal entre la Unión y los Estados miembros. Ello puede hacer que la ciudadanía de la UE se convierta en una mercancía. No obstante, las medidas que la UE pueda adoptar al respecto deben ser escrupulosamente respetuosas con la competencia exclusiva de cada Estado miembro en materia de nacionalidad: cada Estado miembro determina de modo independiente quiénes son o dejan de ser nacionales de dicho Estado. La tendencia parece apuntar, observa con suma inteligencia É. PATAUT, en favor de un Derecho europeo que exige no que la nacionalidad sea efectiva, sino que ésta presente, al menos, un mínimo de realidad o de contacto auténtico efectividad para operar como punto de conexión en Derecho internacional privado<sup>266</sup>.

**179.** En segundo término, la conexión del régimen económico matrimonial con la ley nacional común de los cónyuges supone tener que aplicar constantemente leyes extranjeras al régimen económico matrimonial de ciudadanos extranjeros que están ya perfectamente integrados en el país donde residen habitualmente.

**180.** En tercer lugar, muchos emigrantes no regresan a sus países de origen. No están interesados en la aplicación de dicha ley y no conocen los términos de su ley de origen.

**181.** En cuarto lugar, la precisión de la nacionalidad de los cónyuges suele ser complicada, de modo que con frecuencia, la determinación de su nacionalidad constituye un “centro del litigio del régimen económico matrimonial”. Todo ello eleva el coste del litigio a la hora de ofrecer una solución relativa a un régimen económico matrimonial basada en la ley nacional común de los cónyuges.

**182.** Cuando el régimen económico matrimonial se rige por la ley de la nacionalidad común de los cónyuges, puede suceder que, con el paso del tiempo, los cónyuges estén plenamente integrados en la sociedad de otro país, como el correspondiente a su residencia habitual común. Sin embargo, no es posible escapar de la aplicación de la Ley nacional común. El art. 26.3 RREM contiene una cláusula de escape, efectivamente. Sin embargo, la aplicación de esta cláusula, -que es en todo caso, excepcional-, está diseñada, exclusivamente, para escapar de la aplicación de la Ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges. No puede aplicarse para escapar de la aplicación de la Ley nacional común de los cónyuges. En estos supuestos en los que el régimen económico matrimonial está más estrechamente vinculado con el país de la residencia habitual común de los cónyuges que con el país de su nacionalidad común, queda siempre la posibilidad de que los cónyuges pacten la elección de la Ley de su residencia habitual común a través del art. 22 RREM.

<sup>264</sup> STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Laszlo Hadadi (Hadady) vs. Csilla Marta Mesko* [ECLI:EU:C:2009:474].

<sup>265</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 16 enero 2014, sobre la ciudadanía de la UE en venta (2013/2995 RSP - DOUE C 482 de 23 diciembre 2016).

<sup>266</sup> É. PATAUT, “L’extension du domaine du juge européen: contrôle de proportionnalité et double nationalité (CJUE, gde ch., 18 janvier 2022, aff. C-118/20, JY c/ Wiener Landesregierung) - Cour de justice de l’Union européenne, 18 janvier 2022, n° C-118/20”, *Revue critique de droit international privé*, 2022-II, pp. 331-349; É. PATAUT, “Contrôle de l’État ou protection de l’individu ? Remarques sur l’effectivité de la nationalité”, *Revue critique de droit international privé*, 2021-IV, pp. 747-771.

## b) Momento de precisión de la nacionalidad

**183.** La precisión de la nacionalidad de los cónyuges debe realizarse “*en el momento de la celebración del matrimonio*”. Ello evita problemas de conflicto móvil, refuerza la seguridad jurídica y garantiza que esa Ley es la Ley de un Estado que, en el momento de la celebración del matrimonio, presenta una conexión real con la situación jurídica. Anteriores o posteriores nacionalidades de los cónyuges no son relevantes. Se toma en consideración la nacionalidad que ostenta un cónyuge cuando contrae matrimonio, no la nacionalidad que pueda adquirir como consecuencia del matrimonio. En el supuesto de cónyuges que han tenido una nacionalidad común en el pasado pero que ya no la tienen en el momento de celebración del matrimonio, la conexión prevista en el art. 26.1.b) RREM no opera.

## c) Ley aplicable a la determinación de la nacionalidad

**184.** Para concretar la nacionalidad que ostenta *de jure* cada cónyuge debe ser consultado el Derecho del Estado cuya nacionalidad dice ostentar el cónyuge en cuestión. En efecto, el Derecho español no puede determinar la nacionalidad “francesa” de la esposa y si ésta dice ser francesa, deberá explorarse el Derecho francés para acreditar si, efectivamente, la esposa ostenta tal nacionalidad en el momento de presentación de la demanda.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del TPJI y del TIJ en supuestos de Derecho Internacional Público (Dictamen TPJI 7 febrero 1923, *caso decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, Dictamen TPJI 15 septiembre 1923, *caso adquisición de la nacionalidad polaca*, y Sent. TIJ 6 abril 1955, *caso Nottebohm*), así como la jurisprudencia arbitral internacional (sent. Corte Permanente de Arbitraje de 3 mayo 1912, *Canevaro* [doble nacional italo-peruano])<sup>267</sup>.

En igual sentido, el TJUE señala que “*la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro*” (STJCE 7 julio 1992, *Micheletti*, FD 10-11 [doble nacional italo-argentino con residencia habitual en España], STJCE 2 octubre 1997, C-122/96, *Saldanha* [ciudadano norteamericano y del Reino Unido], STJCE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* [dobles nacionales franco-húngaros], STJUE 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann* [sujeto austriaco que deviene alemán y pierde posteriormente la nacionalidad alemana y resulta apátrida], FD 39, 45; STJUE 12 marzo 2019, C-221/17, *Tjebbes*, FD 30; STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. vs. Panharevo*, FD 38; STJUE 18 enero 2022, C118/20, *JY vs. Wiener Landesregierung*, FD 37)<sup>268</sup>.

## d) Cónyuge con múltiple nacionalidad

### i) Remisión al Derecho del Estado miembro del foro

**185.** Cuando el art. 26.1.b) RREM emplea la nacionalidad como punto de conexión, la cuestión de cómo considerar a una persona con múltiples nacionalidades es una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento y que debe dejarse al arbitrio del Derecho nacional, incluidos,

<sup>267</sup> Dictamen TPJI 7 febrero 1923, *caso decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, <http://www.dipublico.org/11844/opinion-sobre-decretos-de-nacionalidad-en-tunez-y-marruecos-1922-corte-permanente-de-Justicia,-internacional-serie-b-no-4/>. Dictamen TPJI 15 septiembre 1923, *caso adquisición de la nacionalidad polaca*, <http://www.dipublico.org/11856/opinion-sobre-la-adquisicion-de-la-nacionalidad-polaca-1923-corte-permanente-de-Justicia,-internacional-serie-b-no-7/>. Sent. TIJ 6 abril 1955, *Friedrich Nottebohm*, <http://www.dipublico.org/cij/doc/23.pdf>. Vid. también Sent. Corte Permanente de Arbitraje, caso *Canevaro* (Italia vs. Perú), de 3 mayo 1912, <https://pcacases.com/web/sendAttach/516>.

<sup>268</sup> STJCE 7 julio 1992, *Micheletti*, ECLI:EU:C:1992:295; STJCE 2 octubre 1997, C-122/96, *Saldanha*, ECLI:EU:C:1997:458; STJCE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi*, ECLI:EU:C:2009:474; STJUE 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104; STJUE 12 marzo 2019, C-221/17, *Tjebbes*, ECLI:EU:C:2019:189; STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. vs. Stoliczna obshchina, rayon «Panharevo»*, ECLI:EU:C:2021:1008; STJUE 18 enero 2022, C118/20, *JY vs. Wiener Landesregierung*, ECLI:EU:C:2022:34.

cuando proceda, los convenios internacionales, con pleno respeto de los principios generales de la Unión (Cons. 50 RREM). La precisión de la nacionalidad dominante de los sujetos que ostentan más de una nacionalidad es, pues, una cuestión previa a la aplicación del Reglamento 2016/1103 y se sujeta al Derecho nacional del foro.

El legislador europeo estima que, a los efectos del art. 61.b) RREM, un cónyuge sólo puede tener una nacionalidad aunque legalmente ostente varias nacionalidades. El Derecho que decide cuál es la nacionalidad dominante es el Derecho del foro, el Derecho del Estado miembro participante cuyas autoridades conocen del asunto.

El objetivo del legislador de la Unión Europea, con esta previsión, ha sido reforzar, de esta manera, la seguridad jurídica y la certeza de la Ley aplicable. En efecto, se trata de que los cónyuges multinacionales sólo puedan hacer valer como conexión una sola de las nacionalidades que pudieran ostentar para simplificar la tarea de identificar una nacionalidad común de los cónyuges que conduzca a aplicar al régimen económico matrimonial, precisamente, esa ley, la Ley nacional común de los cónyuges al tiempo de celebración del matrimonio<sup>269</sup>.

**186.** En caso de múltiple nacionalidad de un cónyuge, la Ley del Estado miembro participante en el Reglamento 2016/1103 cuyos tribunales o autoridades conocen del asunto, como se ha avanzado, determinará la nacionalidad dominante de dicho cónyuge a efectos del art. 26.1.b) RREM.

En el caso de España, ello conduce a aplicar los convenios internacionales firmados por España que regulan las situaciones de doble nacionalidad. Algunos de tales convenios internacionales bilaterales indican cuál es la nacionalidad que debe prevalecer a efectos de determinación de la Ley aplicable a las cuestiones de “estatuto personal”. En defecto de solución proporcionada por estos convenios internacionales o cuando los mismos no sean aplicables, se acudirá al art. 9.9 CC.

**187.** La razón de esta solución de remisión que efectúa el Reglamento en favor de las “normas nacionales” que resuelven los “conflictos de nacionalidades” en cada Estado miembro radica en que el legislador de la Unión Europea considera que esta cuestión afecta a la soberanía de cada Estado. Se trata, en el fondo, de precisar quiénes son los nacionales de un Estado miembro, aunque sea, exclusivamente, a efectos de la precisión del Derecho estatal aplicable al régimen económico matrimonial. El legislador europeo no ha querido imponer una solución europea a los casos de múltiples nacionalidades porque ello podría vulnerar la soberanía de cada Estado miembro.

**188.** Esta solución europea de remisión en favor del Derecho del foro puede comportar una diversidad de soluciones conflictuales a un mismo régimen económico matrimonial. En efecto, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede ser distinta según cuál sea el Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto. En efecto, una mujer hispano-italiana puede ser considerada española en España e italiana en Italia. Si su marido es español, resultará que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en España será la española, -ley nacional común-, pero ante autoridades italianas, no existirá nacionalidad común de los cónyuges y la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la establecida en la siguiente conexión (art. 26.1.c) RREM).

Es el precio a pagar por una solución que respeta la presunta competencia exclusiva del Estado a la hora de decidir la nacionalidad dominante a efectos de la determinación de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales.

La solución es criticable, pues habría sido más adecuado utilizar criterios europeos, únicos para todos los Estados miembros participantes en el Reglamento 2016/1103. Ello habría traído seguridad jurídica, en todos los Estados miembros, a la precisión de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de los sujetos dobles nacionales.

---

<sup>269</sup> Todas las opciones interpretativas pueden verse en el excelente trabajo de L. GARCÍA ÁLVAREZ, “Plurinacionalidad y ley aplicable al régimen económico matrimonial”, en A. RODRÍGUEZ BENOT y C. HORNERO MÉNDEZ (dirs.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Aranzadi, 2023, en prensa, consultado por gentileza de la autora.

## ii) El límite europeo

**189.** Indica el Cons. 50 RREM que, aunque en los casos de nacionalidad múltiple son los Estados miembros participantes los que decidirán la “nacionalidad dominante” a efectos de este Reglamento, dicha decisión debe realizarse “*con pleno respeto de los principios generales de la Unión*”. Este Cons. 50 RREM recoge así la jurisprudencia del TJUE en la materia (STJCE 11 noviembre 1999, *Mesbah*, C-179/98, FD 29; STJCE 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02; STJCE 24 noviembre 1998, *Bickel y Franz*, C-274/96, FD 17; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, C-148/02, FD 25; STJUE 12 julio 2005, *Schempp*, C-403/03 FD 19; STJUE 12 septiembre 2006, *España y Reino Unido*, C-145/04, FD 78; STJUE 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, FD 48, 51-57; STJUE 12 marzo 2019, C-221/17, *Tjebbes* [nacional holandesa que adquiere la nacionalidad iraní y pierde la holandesa], FD 30; STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. vs. Pancharevo*, FD 38; STJUE 18 enero 2022, C118/20, *JY vs. Wiener Landesregierung*, FD 37)<sup>270</sup>. Como es natural, este límite sólo opera si la cuestión radica en saber si una persona ostenta o no ostenta la nacionalidad de un Estado miembro. Sólo en ese caso se debe respetar el Derecho europeo porque sólo en este supuesto la solución afecta a un ciudadano europeo. Si se trata, por ejemplo, de concretar la nacionalidad dominante de un sujeto argentino y peruano, este límite derivado del Derecho europeo no debe intervenir. La nacionalidad dominante la decidirá el Derecho español de modo autónomo.

**190.** Visto que la determinación de la nacionalidad dominante de un cónyuge puede afectar a un ciudadano de la Unión Europea y, en todo caso, afecta a la aplicación de un Reglamento de la Unión Europea, es preciso que dicha decisión se lleve a cabo en el marco del respeto al Derecho europeo. En tal sentido, la decisión del Estado miembro a la hora de concretar una “nacionalidad dominante” a efectos del Reglamento 2016/1103 debe respetar el principio del “no arbitrariedad”. La decisión del Estado miembro de preferir una nacionalidad u otra, en efecto, no debe ser arbitraria, sino que debe responder a un “motivo de interés general”, como, por ejemplo, prevenir y castigar el fraude y las falsificaciones. Debe también respetar el principio de “proporcionalidad” en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada y de su familia.

En este sentido, el art. 9.9.II CC sí puede aplicarse si conduce a privilegiar la nacionalidad española de un cónyuge en perjuicio de la nacionalidad de otros Estados miembros que también ostenta dicho cónyuge, sólo por el mero hecho de que es la nacionalidad española es la que coincide con el Estado del foro. Desde el momento en el que España decide quiénes son sus nacionales existe una razón de peso para esta solución, que no es discriminatoria ni arbitraria: España puede decidir no considerar “extranjero”, -también a los efectos del Derecho internacional privado-, a un sujeto que forma parte de su población y que, por ello, ostenta la nacionalidad española como afirma P. MENGOZZI<sup>271</sup>.

No obstante, también es posible sostener otro criterio más orientado a factores de Derecho privado y menos por factores de Derecho Público y soberanía como el anterior. Se puede, en efecto, pensar que la preferencia por la nacionalidad del foro es discriminatoria en perjuicio de las otras nacionalidades de otros Estados miembros. En este caso, el tenor legal del art. 9.9 CC podría resultar contrario al Derecho europeo. La laguna debería colmarse mediante la consideración, como dominante, de la nacionalidad de aquel Estado miembro con el que la persona manifieste una mayor proximidad. Así en la sentencia de la corte di cassazione (s.u.) [Italia] 9 enero 2001, el tribunal consideró que la menor, que era italiana y alemana, no podía ni debía estimarse como ciudadana nacional “italiana”, pues eso significaría una dis-

<sup>270</sup> STJCE 24 noviembre 1998, *Bickel y Franz*, C-274/96, ECLI:EU:C:1998:563; STJCE 11 noviembre 1999, *Mesbah*, C-179/98, ECLI:EU:C:1999:549; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539; STJCE 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639; STJUE 12 julio 2005, *Schempp*, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446; STJUE 12 septiembre 2006, *España y Reino Unido*, C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543; STJUE 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104; STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V.M.A. vs. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, ECLI:EU:C:2021:1008; STJUE 18 enero 2022, C118/20, *JY vs. Wiener Landesregierung*, ECLI:EU:C:2022:34.

<sup>271</sup> P. MENGOZZI, *Diritto internazionale privato*, UTET Libreria, Torino, ristampa accresciuta, 1990, p. 48: “*quando ci sia in presenza di individui o persone giuridiche provviste di doppia nazionalità una delle quali italiana si deve si deve attribuire il quest’ultima non quest’ultima non essendo pensabile che l’ordinamento italiano consideri stranieri soggetti provvisti della propria nazionalità*”.

crimación en perjuicio de su nacionalidad alemana. El tribunal estimó que, a los efectos del Derecho internacional privado, debía considerarse como ciudadana alemana porque tenía su residencia habitual en dicho Estado, ya que era Alemana el país cuya nacionalidad ostentaba la menor con el que ésta presentaba una conexión más estrecha<sup>272</sup>.

### e) Cónyuges con varias nacionalidades comunes

**191.** El art. 26.2 RREM indica que, si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, este punto de conexión basado en la “nacionalidad común de los cónyuges” no opera. Por ejemplo: dos cónyuges que ostentan, ambos, en el momento de la celebración del matrimonio, la nacionalidad española y francesa y que residen habitualmente uno en París y otro en Madrid. En tal hipótesis, el régimen económico matrimonial se regirá por la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. Visto que dicha conexión (art. 26.1.a) RREM) no se verifica, se debería aplicar, en su defecto, la Ley del país con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, porque no existe una sola nacionalidad común de los cónyuges.

**192.** Esta solución es sencilla y segura. Cuando los cónyuges tienen dos o más nacionalidades comunes, habría que hacer prevalecer una de esas “nacionalidades comunes”. El dilema no es sencillo, visto que no existen criterios ni en Derecho europeo ni en el Derecho de los Estados miembros para resolver conflictos de varias nacionalidades comunes de los cónyuges, precisan A. BONOMI/P. WAUTELET<sup>273</sup>.

Además, cuando existe más de una nacionalidad común de los cónyuges, el punto de conexión “nacionalidad común” pierde valor conflictual, decae su potencial localizador. En efecto, en estos casos, los cónyuges están igualmente vinculados con cada uno de los Estados cuya nacionalidad ostentan ambos. Por tanto, la vinculación con esos Estados es débil, mucho más leve y ligera de lo que es la vinculación de dos cónyuges que solo tienen una nacionalidad común. Por otro lado, la solución de este conflicto de múltiples nacionalidades sería incierta. Antes de surgir el litigio, sería difícil que los cónyuges que ostentan, ambos, más de una nacionalidad común, supieran cuál es su nacionalidad común a efectos del art. 26.1.b) RREM. La solución a este cúmulo de dobles nacionalidades sería difícil de prever, razón por la que, afirma N. JOUBERT, en estos casos, el criterio de la nacionalidad común de los cónyuges deja de ser “*fiabile y previsible*”<sup>274</sup>.

<sup>272</sup> Sentencia corte di cassazione (s.u.) [Italia] 9 enero 2001, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2002, pp. 128-137: “*Nel caso di specie vi è, preliminarmente, da considerare che la minore possiede la cittadinanza italiana, oltre a quella tedesca, ed è residente in Germania. Non possono, quindi, applicarsi le regole dettate dall’art. 4 della convenzione, le quali stabiliscono la prevalenza delle misure adottate dalle autorità dello Stato di cui il minore è cittadino su quelle adottate dalle autorità dello Stato di residenza abituale. Neppure può farsi ricorso alla regola generale dettata dall’art. 19 comma 2 della legge n. 218/95, secondo cui, se la persona possiede più cittadinanze e tra queste vi è quella italiana, quest’ultima prevale. Tale disposizione, infatti, deve subire i necessari adattamenti derivanti dalle altre convenzioni internazionali vigenti, in forza della regola dettata dall’art. 2 della stessa legge n. 218 del 1995. Occorre, infatti, considerare che la convenzione in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell’affidamento, firmata a Lussemburgo il 20 maggio 1980 e ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 15 gennaio 1994 n. 64, non pone alcuna regola di priorità circa le decisioni giurisdizionali assunte in diversi Stati firmatari, prevedendo una possibilità di reciproco riconoscimento delle decisioni stesse (...). Vi è da aggiungere, inoltre, che, trattandosi di soggetti cittadini di Paesi membri dell’Unione europea, l’applicazione al caso di specie della regola di priorità stabilita dal citato art. 19 comma 2 si tradurrebbe, inevitabilmente, in una discriminazione fondata sulla nazionalità, vietata dall’art. 12 (ex art. 6) del trattato CE, norma considerata dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee di diretta applicazione. Non resta, quindi, che ritenere l’appartenenza della giurisdizione allo Stato firmatario che abbia col minore un collegamento più stretto, e cioè, nel caso concreto, la Germania, di cui la minore è cittadina e nel cui territorio ha la residenza abituale”.* Vid. P. MENGOLZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Ed. Scientifica, Napoli, 2004, p. 46, que matiza, a la luz de este pronunciamiento, su propia opinión anterior, citada en la nota precedente.

<sup>273</sup> A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple: commentaire des règlements (UE) n° 2016-1103 et 2016-1104*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2021 (avec la collaboration de I. PRETELLI, E. LEIN, G. KESSLER, E. MIGLIORINI et K. ROKAS), pp. 33-34.

<sup>274</sup> N. JOUBERT, «Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale», *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26.

Así, por ejemplo, considérese el caso de una pareja compuesta por marido franco-español y esposa también franco-española, en el supuesto de que sea aplicable el art. 26.1.b) RREM, esto es, la ley de la nacionalidad común de los cónyuges. En este ejemplo, resulta que los cónyuges disponen de dos leyes nacionales comunes. La duda surge espontánea: debería hacerse prevalecer una de las dos nacionalidades comunes, la española o la francesa. Para evitar estos problemas técnicos de estos casos complicados es preferible, como hace el art. 26.2 RREM, descartar el punto de conexión “nacionalidad común de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio” cuando existen varias nacionalidades comunes de los cónyuges. Además, resulta difícil afirmar que el caso está más vinculado con Francia que con España o viceversa. Se puede afirmar que tanto España como Francia presentan el mismo nivel de conexión con el régimen económico matrimonial de esta pareja: la distancia conflictual es equivalente. El régimen económico matrimonial de esta pareja debe quedar sujeto a la ley del Estado con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, habida cuenta de todas las circunstancias de la situación jurídica matrimonial (art. 26.3 RREM).

#### **f) Cónyuges apátridas**

**193.** En caso de apatridia de uno o de los dos cónyuges, el Reglamento 2016/1103 guarda un total silencio. Dicho silencio debe ser interpretado en el sentido de que falla la conexión cultural, que se construye, precisamente, sobre la conexión “nacionalidad de ambos cónyuges”. Los cónyuges apátridas no tienen nacionalidad y por ello, esta conexión no puede operar en relación con dichos cónyuges. Los apátridas disponen de una Ley personal, -que regula las cuestiones relativas a su estatuto personal-, pero carecen de nacionalidad. El art. 26.1.b) RREM alude a la ley nacional común y no a la ley personal común de los cónyuges.

#### **g) Cónyuges nacionales de Estados plurilegislativos**

**194.** En el caso de resultar aplicable la Ley nacional común de los cónyuges con arreglo al art. 26.1.b) RREM, y de que el país de la nacionalidad común de los mismos sea un Estado en cuyo seno coexisten diferentes sistemas jurídicos de Derecho Privado, deben observarse los arts. 33 y 34 RREM. Tales preceptos señalarán que Derecho de entre los que coexisten en el país de la común nacionalidad de los cónyuges debe regir el régimen económico matrimonial<sup>275</sup>.

### **E) Ley del Estado con el que ambos cónyuges tienen la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio.**

#### **a) Cláusula de cierre del sistema y principio de proximidad**

**195.** A falta de elección de Ley por los cónyuges, y en defecto, también, a falta de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y de nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, entonces se aplicará la ley del Estado con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias (art. 26.1.c) RREM. Por tanto, la última conexión de las recogidas en el art. 26 RREM no es la aplicación directa de la *lex fori*, sino la aplicación de la ley del país más estrechamente vinculado con la situación jurídica, indican J.P. QUINZÁ REDONDO / J. GRAY<sup>276</sup>. Un brindis victorioso, pues, por el principio de proximidad, que ha vencido a la *lex fori* como solución de

<sup>275</sup> B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales en el contexto plurilegislativo español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 47, 2018; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10, 1, 2018, pp. 233-247.

<sup>276</sup> J.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. 532.

cierre del sistema en la arena del Derecho internacional privado europeo. Esta solución evita una opción radical entre conexiones rígidas como la nacionalidad y la residencia habitual y se abre a la justicia del caso concreto<sup>277</sup>. Aunque despliega un papel subsidiario, -está situado en el más bajo escalón de la pirámide conflictual-, el criterio está presente en todo el Reglamento, expone S. MARINO<sup>278</sup>.

## b) La evaluación global de las circunstancias del caso concreto

**196.** La autoridad que conoce del asunto debe proceder a un examen de las circunstancias del caso concreto a fin de detectar el país con el que los cónyuges tienen una vinculación más estrecha. Debe tratarse de un examen global, un examen valorativo que comprende todos los elementos de la situación jurídica de los cónyuges, como puntualiza F. VISMARA<sup>279</sup>. Se sigue un método, escribe N. JOUBERT, de “*faisceau d’indices*”<sup>280</sup>.

Las partes pueden alegar y aducir elementos, datos, circunstancias y hechos que prueba la vinculación de la situación matrimonial con un concreto país. También el juez puede hacerlo de oficio. Con ello se trata de que la autoridad competente disponga de la paleta de circunstancias más completa y cabal para poder activar un proceso de detección de la vinculación más estrecha que resulte claro, profundo y concluyente.

Se deben examinar las circunstancias de los cónyuges presentes “*en el momento de la celebración del matrimonio*” y no en ningún otro momento (Cons. 49 RREM).

Por otro lado, no todas las circunstancias relacionadas con los cónyuges tienen el mismo valor localizador. Los datos y elementos relacionados con la economía matrimonial son los que presentan una mayor importancia en el proceso de detección de la país más vinculado con la situación. Otros datos y elementos, aunque sin duda están conectados con el matrimonio, no se hallan directamente relacionados con la economía del matrimonio. Por ello, presentan un menor valor conflictual en el determinación del país más vinculado con la situación jurídica.

**197.** Entre los elementos y datos con mayor valor conflictual para concretar cuál es el país con el que los cónyuges han tenido su conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, se encuentran, apunta P. JIMÉNEZ BLANCO, los que siguen<sup>281</sup>.

Primero. El país de situación de los bienes muebles e inmuebles de los cónyuges, así como el país donde se hallan las entidades bancarias o de inversión donde aquéllos disponen de bancarias o donde han realizado inversiones en acciones y otros bienes inmateriales.

Segundo. El país donde los cónyuges tienen la sede física de sus negocios, el país donde tienen su lugar de su trabajo y el país desde donde gestionan sus actividades profesionales y empresariales.

Tercero. El país de residencia habitual de cada cónyuge, pues se supone que una persona controla su economía desde el país donde reside habitualmente, que es el lugar donde se encuentra su centro de intereses principales.

Cuarto. El país donde cada cónyuge paga sus impuestos y país de residencia a efectos fiscales de cada cónyuge.

<sup>277</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146-171, esp. p. 159.

<sup>278</sup> S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 181-183.

<sup>279</sup> F. VISMARA, “Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 363; H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, p. 198; D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, pp. 205-206.

<sup>280</sup> N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 21.

<sup>281</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 92.

Quinto. El país donde el cónyuge obtiene sus ingresos económicos por actividades que bien desarrolla en dicho país o que dirige a ese país.

**198.** Entre los elementos y datos con valor conflictual reducido para concretar cuál es el país con el que los cónyuges han tenido su conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, se hallan los que siguen.

Primero. El país donde se encuentra la residencia habitual de los menores y mayores que dependen de los cónyuges.

Segundo. El país de celebración del matrimonio.

Tercero. El país o países cuya nacionalidad ostenta cada uno de los cónyuges. Del mismo modo, también si es distinto al anterior, precisa D. COESTER-WALTJEN, debe tenerse presente el país de origen de cada cónyuge y que se corresponde con su cultura, religión y lengua materna<sup>282</sup>. Este índice es importante, en especial, con las personas que son inmigrantes de segunda generación. Se trata de personas que ostentan nacionalidad francesa o española, por ejemplo, pero cuyo origen es marroquí o argelino y que siguen las costumbres, hábitos, pautas e incluso las normas jurídicas y religiosas propias de la sociedad marroquí o argelina.

**199.** El art. 26.1.c) RREM alude a la ley del Estado con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio.

Puede, por tanto, darse el caso de que, como describe B. CAMPUZANO DÍAZ, en el momento en el que surge la disputa o controversia sobre el régimen económico matrimonial, hayan pasado largos años desde la celebración del matrimonio<sup>283</sup>. Sin embargo, el precepto es claro: la valoración de la conexión debe realizarse mediante un análisis de todas las circunstancias pero en el momento de la celebración del matrimonio. Ello, sin embargo, tiene una evidente razón de ser. El régimen económico matrimonial no es una situación jurídica que nace en el momento de la controversia. Todo lo contrario: es una realidad legal que surge cuando se celebra el matrimonio y que se prolonga en el tiempo. La intención del legislador europeo es que ese régimen económico matrimonial tenga siempre una Ley reguladora, desde su principio, desde que comienza a existir. El objetivo que busca el precepto, con ello, es que los cónyuges hayan podido ajustar su comportamiento jurídico a tal Ley. Por ello es preciso que la ley reguladora del régimen económico matrimonial quede fijada en el momento de la celebración del matrimonio. El art. 26.1.c) RREM arranca de la idea de que, sea cual fuere el momento en el que surgen las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial, los cónyuges han conducido la economía matrimonial con arreglo a la Ley cuya aplicación era más previsible cuando nace el régimen económico matrimonial, esto es, cuando se celebró el matrimonio.

## **D) Cláusula de excepción para el caso de una primera residencia habitual de los cónyuges de corta duración**

### **a) Razón de ser de la cláusula de excepción**

**200.** En ocasiones, la primera residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio no revela una conexión real, auténtica y genuina entre los cónyuges porque dicha residencia ha sido breve y porque, además, los cónyuges han tenido su última residencia habitual en otro Estado y dicha residencia sí que pone de manifiesto una relación más estrecha con otro país, escribe A. BONOMI<sup>284</sup>.

<sup>282</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Die objektive Anknüpfung des Ehegüterstatuts", en A. DUTTA/J. WEBER (HRSG.), *Die europäischen Güterrechtsverordnungen: Tagungsband zu einem wissenschaftlichen Symposium des Deutschen Notarinstituts und der Universität Regensburg am 10. Februar 2017 in Würzburg*, München, Beck, 2017, pp. 47-61.

<sup>283</sup> 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. 252.

<sup>284</sup> A. BONOMI, "The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability

**201.** El factor “tiempo” es fundamental en esta norma: los cónyuges pueden haber tenido su primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio en un Estado A. Sin embargo, el tiempo pasa inexorablemente y, años después, los cónyuges pueden haber trasladado su residencia habitual a otro Estado B, donde han transcurrido muchos más años de los que pasaron en el Estado A. Por ello, la aplicación a su régimen económico matrimonial de la ley del Estado A carece de sentido porque en el momento en el que surge la controversia o la cuestión jurídica a resolver sobre el régimen económico matrimonial, los cónyuges no tienen ya contactos sustanciales con el Estado A, de modo que la aplicación de la Ley de ese Estado A puede resultarles imprevisible, como subrayan N. JOUBERT y C. CLARKSON / E. COOKE<sup>285</sup>.

**202.** Por lo anterior, el art. 26.3 RREM indica que, a modo de excepción y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial podrá decidir que el régimen económico matrimonial quede sujeto a la ley de un Estado distinto al Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio. Se descarta, así esa *lex non conveniens* que es, en los casos contemplados por el art. 26.3 RREM, la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio, subraya S. MARINO<sup>286</sup>. Por ello, este precepto puede ser calificado como una verdadera cláusula de excepción, asegura N. JOUBERT<sup>287</sup>. Permite escapar de la ley de un Estado que no manifiesta una vinculación estrecha con el régimen económico matrimonial en beneficio de la Ley de otro Estado que sí muestra una conexión genuina con el supuesto.

## **b) Requisitos para activar la excepción del art. 26.3 RREM**

**203.** Para que esta auténtica cláusula excepción pueda operar es preciso lo que sigue (Cons. 51 RREM).

**204. a) Exigencia objetiva.** Los cónyuges deben haber tenido su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado donde tuvieron su primera residencia habitual común tras el matrimonio. Se trata de una exigencia objetiva: debe tratarse de la (i) última (ii) residencia habitual (iii) de ambos cónyuges y (iv) debe haberse prolongado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado donde tuvieron su primera residencia habitual común tras el matrimonio.

El juez debe comparar la duración temporal de la primera residencia habitual común de los cónyuges con la duración de la última residencia habitual común de los mismos. Y debe acreditar que esta última ha durado considerablemente más que la primera<sup>288</sup>. Para garantizar que el régimen económico matrimonial está más vinculado con el país de la última residencia habitual común que con el país de la primera residencia habitual común el precepto exige que la duración de esta última sea considerablemente más larga. De es modo, queda asegurado que la aplicación de la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges no será sorpresiva para éstos, ya que responderá al principio de proximidad. es la Ley que los cónyuges esperaban, intuitivamente, ver aplicada a su régimen económico matrimonial.

---

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, pp. 240-241.

<sup>285</sup> C. CLARKSON / E. COOKE, «Matrimonial Property: Harmony in Europe?», *Family Law*, 2007, pp. 920-923; N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26.

<sup>286</sup> S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 186-193; S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284.

<sup>287</sup> N. JOUBERT, “Le dernière pierre [provisoire?] à l’édifice de droit international privé européen en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2017-1, pp. 1-26, esp. p. 24.

<sup>288</sup> I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 485-514, esp. p. 498.

El art. 26.3 RREM no exige que los cónyuges tengan su residencia habitual común en el mismo país en el momento en el que se solicita la aplicación de esta disposición legal. Es decir, los cónyuges pueden residir uno en el país A y otro en el país, B pero haber tenido durante 30 años su última residencia habitual común, ambos, en el país C. En tal supuesto, pueden activar el art. 26.3 RREM y solicitar que se aplique a su régimen económico matrimonial la ley del país C.

**205. b) Exigencia subjetiva.** Ambos cónyuges deben haberse basado en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. Se trata, ahora, de una exigencia subjetiva, esto es, una circunstancia que depende de la voluntad de los cónyuges, ilustra I. BARRIÈRE-BROUSSE<sup>289</sup>.

Con esta previsión, el art. 26.3 RREM acoge una especie de elección tácita de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, -en sentido figurado, naturalmente-, deducida del comportamiento fáctico y jurídico de los cónyuges. No es necesario que éstos declaren de modo expreso o implícito que desean que su régimen económico matrimonial quede sometido a la Ley de su última residencia habitual. Basta con examinar su comportamiento jurídico. Con ello queda garantizado que ambos cónyuges asumen la aplicación de la Ley de su última residencia habitual común. La aplicación de esta Ley a su régimen económico matrimonial no es, pues, en ningún caso, una sorpresa para los cónyuges, ya éstos han ajustado su economía matrimonial a dicha ley. Esta organización o planificación de la economía matrimonial con arreglo a la ley de la última residencia habitual común debe probarse por las partes. A tal efecto, pueden hacerse valer unas capitulaciones matrimoniales redactadas con arreglo a la Ley de la última residencia habitual común, explican S. MARINO y P. JIMÉNEZ BLANCO<sup>290</sup>. De igual modo, puede invocarse la existencia de donaciones entre los cónyuges realizadas con arreglo a la ley de la última residencia habitual común de los mismos, subrayan A. BONOMI/P. WAUTELET<sup>291</sup>.

**206. c) Instancia de parte.** Al menos uno de los cónyuges debe haber instado a la autoridad competente la activación de esta excepción. Así lo expresa el precepto a pesar de las dudas que el texto ambiguo y poco preciso del Cons. 51 RREM pudiera suscitar al respecto.

Esta previsión resulta útil para los casos en los que ha fallecido un cónyuge. En dicho supuesto, el otro cónyuge, el superviviente, naturalmente, puede solicitar que se aplique al régimen económico matrimonial la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges, explican L. RADEMACHER y H. PÉROZ<sup>292</sup>.

Puede activarse este art. 26.3 RREM por ambos cónyuges o por uno solo de ellos. El precepto no exige que ambos esposos acuerden, ni expresa ni tácitamente, solicitar la activación de la cláusula de escape. De hecho, puede surgir una controversia al respecto entre ambos. El cónyuge A puede sostener que el régimen económico matrimonial se rige por la ley de la primera residencia habitual con tras el matrimonio y el cónyuge B puede solicitar al juez que cambie la ley aplicable al régimen económico matrimonial y declare que éste debe quedar sujeto a la ley de la última residencia habitual común porque los cónyuges, en la práctica, han conducido su economía matrimonial con arreglo a esta última ley.

**207. d) Imposible activación en el caso de elección de Ley y de nacionalidad común de los cónyuges.** Esta excepción prevista en el art. 26.3 RREM no opera en ningún caso para escapar de la aplicación de la Ley elegida por los cónyuges con arreglo al art. 22 RREM ni tampoco para escapar de la Ley de la nacionalidad común de los cónyuges establecida en el art. 26.1.b) RREM.

<sup>289</sup> Vid. la obra citada en la nota anterior, esp. p. 499.

<sup>290</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: Un estudio del Reglamento (UE) n° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; S. MARINO, "Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 265-284.

<sup>291</sup> A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple: commentaire des règlements (UE) n° 2016-1103 et 2016-1104*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2021 (avec la collaboration de I. PRETELLI, E. LEIN, G. KESSLER, E. MIGLIORINI et K. ROKAS), pp. 99-101.

<sup>292</sup> L. RADEMACHER, "Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, pp. 7-18; H. PÉROZ, "Les lois applicables au régime primaire: incidences du règlement (UE) 2016/1103 sur le droit applicable au régime primaire en droit international privé français", *Journal de droit international Clunet*, 2017, pp. 813-829.

**208. e) Preferencia por la Ley de la última residencia habitual común de los cónyuges.** Esta excepción sólo se activa para hacer aplicable la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges. No puede emplearse para provocar la aplicación de cualquier otra ley, como la Ley del país donde los cónyuges han residido habitualmente durante más tiempo, o la Ley nacional común, o la Ley del país de celebración del matrimonio o la Ley del país que rige el divorcio o la ley del país donde los cónyuges han solicitado el divorcio. En otras palabras, puede afirmarse, con J.P. QUINZÁ REDONDO, que no se trata de una cláusula de escape tradicional que conduce a la ley del país más conectado con la situación jurídica, sino de un mecanismo de reemplazo de la ley de la primera residencia habitual por la ley de la última residencia habitual cuando ésta última manifiesta una conexión más auténtica, genuina, clara y profunda que la que muestra la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio<sup>293</sup>.

**209. f) Cláusula de aplicación opcional.** Es ésta una cláusula de escape de aplicación potestativa por parte de la autoridad competente. Como explica O. FERACI, el texto legal es claro: la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial “*podrá decidir que la ley de un Estado distinto del Estado cuya ley sea aplicable en virtud del apartado 1, letra a), regirá el régimen económico matrimonial ...*”<sup>294</sup>. El juez, por lo tanto, debe llevar a cabo un juicio de oportunidad sobre la activación de esta cláusula de escape. A tal efecto podrá tener presentes todas las circunstancias de la situación jurídica concreta de los cónyuges.

**210.** Esta excepción no debe operar en el caso de que los cónyuges hayan otorgado unas válidas capitulaciones matrimoniales con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común en ese otro Estado. En este caso, los cónyuges son conscientes de la existencia de sus capitulaciones matrimoniales regidas por otra ley, la Ley de su primera residencia habitual común. Es decir, en este caso, los cónyuges han buscado y han querido una estabilidad legal a través de sus capitulaciones matrimoniales y las han ajustado a la ley de su primera residencia habitual común tras el matrimonio. Han preferido fijar y asegurar en el tiempo la aplicación de la Ley de su primera residencia habitual tras el matrimonio. De ese modo, el art. 26.3 RREM no puede activarse en este caso. Ello supondría una alteración negativa de la seguridad jurídica y de la estabilidad legal del régimen jurídico de las capitulaciones matrimoniales.

#### **d) Efectos de la excepción recogida en el art. 26.3 RREM**

**211. Primero.** La Ley de ese otro Estado, esto es, la Ley del Estado de la última residencia habitual común de los cónyuges, solo se aplicará desde la celebración del matrimonio, a menos que uno de los cónyuges no esté de acuerdo. En este último caso, la ley de ese otro Estado surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado.

Por tanto, la regla general es que la ley del país de la última residencia habitual de los cónyuges se aplica retroactivamente al régimen económico matrimonial, esto es, desde el momento de su nacimiento, que es el momento de la celebración del matrimonio. Con ello se evita la aplicación de varias leyes al mismo régimen económico matrimonial.

**212. Segundo.** Si uno de los cónyuges se opone a la aplicación retroactiva de la ley de la última residencia habitual de los esposos, la regulación jurídica del régimen económico matrimonial queda partida en dos. La Ley de la primera residencia habitual de los cónyuges rige el régimen económico ma-

<sup>293</sup> JACINTO PABLO QUINZÁ REDONDO, “La ‘cláusula de excepción’ del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial”, en Mónica Guzmán Zapater (dir.) / Carlos Esplugues Mota (dir.) / Mónica Herranz Ballesteros (coord.), Marina Vargas Gómez-Urrutia (coord.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, València, 2017, pp. 301-312, esp p. 308.

<sup>294</sup> 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>).

trimonial desde la celebración del matrimonio hasta que se activa el art. 26.3 RREM. La Ley de la última residencia habitual común se aplica al régimen económico matrimonial hasta la disolución del mismo.

**213.** Tercero. La aplicación de la ley de ese otro Estado no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable en virtud de la Ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras el matrimonio.

#### IV. Reflexiones finales

**214.** Las normas de conflicto recogidas en el Capítulo II del Reglamento 2016/1103 forman un sistema autocontenido de soluciones para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Se trata de un conjunto de normas y de soluciones europeas que apuntan a cristalizar la ley aplicable mediante criterios eficientes de Derecho Privado. La búsqueda de los mejores puntos de conexión en este sector del Derecho constituye un relato histórico fascinante en la que la *famosissima quaestio* se presenta como un vértice en torno al cual se ha alcanzado un equilibrio jurídico incuestionable, adaptado al signo de los tiempos de este siglo XXI.

**215.** La crítica a las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 debe ser más técnica que valorativa. Puede haber defectos, que los hay, a la hora de fijar los mecanismos concretos utilizados para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Sin embargo, frente a ello, los valores de proximidad, eficiencia, igualdad entre los cónyuges y previsibilidad de la Ley aplicable, fundamentalmente, lucen con indudable y brillante claridad. La lucha contra el *forum shopping* y contra los movimientos especulativos de los cónyuges es también una doble clave del sistema de importancia evidente. Con todo ello, aumenta el *corpus* legislativo de un Derecho internacional privado europeo al servicio de la libre circulación de personas, lo que, incuestionablemente, da lugar a un hermoso paisaje jurídico por el que vale la pena combatir. Un paisaje de libertad individual.

**216.** La libertad individual de cada cónyuge es, sin duda, el valor de los valores. Producto típico y clásico del pensamiento propio de la sociedad europea, esta libertad individual se proyecta en todo el Reglamento 2016/1103. Tanto es así, que dicho texto legal es un monumento al derecho de los cónyuges a disponer de su propiedad privada particular y matrimonial como tienen por conveniente. Más allá de las fronteras de los Estados, más allá de los países en los que se encuentran los bienes del matrimonio, este Reglamento entrega el poder regulador a los cónyuges para que, del modo que estimen más adecuado a sus intereses, fijen la disciplina jurídica de los bienes integrados en la economía matrimonial. La escalera de puntos de conexión recoida en el Reglamento es una escalera de soluciones eficientes. Con ello, los cónyuges pueden prever cuál es la ley reguladora de sus bienes de un modo sencillo, transparente, casi intuitivo. Con ello, también, los cónyuges pueden circular libremente por la Unión Europea y gestionar fácilmente su economía matrimonial en el escenario líquido, global, cambiante, veloz y disperso que caracteriza la tercera década del siglo XXI. Sea pues, muy bienvenido, a la galaxia del Derecho internacional privado europeo, este nuevo sistema solar que, a través del Reglamento 2016/1103, se presenta como un instrumento legal de libertad para los ciudadanos y para las familias que viven y trabajan en la Unión Europea.