

Modificaciones del Capítulo IV, posteriores a la Constitución Española

Amendments To Chapter IV, subsequent to The Spanish Constitution

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Aceptado: 11.12.2024 / Recibido: 14.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9355

Resumen: En este trabajo se analizan las modificaciones que han experimentado los artículos del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, tras la entrada en vigor de la Constitución española. Este Capítulo IV está formado por cinco preceptos, de los cuales, el artículo 9 es el que más cambios ha sufrido, precepto que recoge las normas de conflicto de producción interna en materia de familia. El artículo 10, que contiene normas de conflicto en materia patrimonial, ha sido modificado sólo en relación con uno de sus apartados, justo aquel que no es norma de conflicto y se encarga de establecer una excepción respecto de la capacidad de las personas físicas para contratar (art. 10.8). El artículo 11, dedicado a determinar la ley aplicable a la forma de los actos jurídicos, no ha sido modificado en todos estos años. Y, el artículo 8, que no es norma de conflicto, ni de Derecho internacional privado, sino que lo es, de Derecho público, y el artículo 12, que resuelve problemas de aplicación de las normas de conflicto, han sido objeto de modificaciones menores y de mínima importancia porque, en ambos casos, se ha suprimido parte del contenido, que ha sido trasladado a otro texto normativo, en concreto, a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Junto con el análisis de los cambios experimentados en la redacción de estos preceptos, el trabajo termina con unas conclusiones que recogen la justificación, la operatividad y el sentido del actual contenido de los artículos.

Palabras clave: Capítulo IV Título Preliminar Código Civil, modificaciones, artículo 8 Código Civil, artículo 9 Código Civil, artículo 10.8 Código Civil, artículo 12.6 Código Civil.

Abstract: This paper analyses the modifications of the articles of Chapter IV of the Preliminary Title of the Civil Code after the entry into force of the Spanish Constitution. This Chapter IV is made up of five precepts, Article 9 is the one which has undergone the most changes, precept which contain the conflict rule in family matters. Article 10, which contains conflict rules in property matters, has been modified only in relation to one of its paragraphs, the one that is not a conflict rule and is responsible for establishing an exception with respect to the capacity of natural persons to contract (Article 9.8). Article 11, which determines the law applicable to the form of legal acts, has not been amended in all these years. And Article 8, which is not a conflict rule, nor of private international law, but a rule of public law, and Article 12, which solves technical problems in the application of the conflict rule, have

*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), del que son IP los profesores J. Carrascosa y E.Castellanos.

been subject to minor modifications of minimal importance because, in both cases, part of the content has been deleted and transferred to another law, specifically, to the Civil Procedure Act. Together with the analysis of the changes, the work ends with some conclusions about the justification, operability and sense of the current content of the precepts.

Keywords: Chapter IV Preliminary Title Civil Code, amendments, Article 8 Civil Code, Article 9 Civil Code, Article 10.8 Civil Code, Article 12.6 Civil Code.

Sumario: I. Introducción; II. Normas principales que han sido el origen de las modificaciones; III. Artículo 8 CC: Norma de Derecho público; IV. Artículo 9 CC: Normas de conflicto en materia de familia; 1. Artículo 9.1 CC: Estatuto personal; 2. Artículos 9.2 y 9.3 CC: Efectos del matrimonio; A. Normas de conflicto en materia de efectos del matrimonio; a) Ley aplicable a matrimonios celebrados después del 29 diciembre 1978 y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990; i) Inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos 9.2 y 9.3 CC; ii) Ley aplicable al régimen económico matrimonial de estos matrimonios; b) Ley aplicable a matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la CE; B. Norma de conflicto en materia de crisis matrimoniales; 3. Artículo 9.4 CC: Filiación; 4. Artículo 9.5 CC: Adopción; 5. Artículo 9.6 CC: Medidas de protección de las personas; 6. Artículo 9.7 CC: Alimentos; 7. Artículo 9.8 CC: Sucesiones; 8. Artículos 9.9, 9.10 y 9.11 CC: Doble nacionalidad; V. Artículo 10 CC: Normas de conflicto en materia patrimonial; VI. Artículo 12 CC: Normas de aplicación; VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. En este merecido recuerdo del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, con cincuenta años ya de vigencia, corresponde ahora echar la vista atrás y conocer todas las modificaciones que ha experimentado después de la entrada en vigor de la Constitución española, el 29 de diciembre de 1978¹.

Es importante conocer cuál ha sido la evolución de los preceptos hasta la redacción que tienen en la actualidad porque, como dice mi maestro, *todo lo que no tiene una explicación lógica, tiene una explicación histórica*. En la historia de las normas se entiende el sentido que tienen en el presente.

2. Desde esa fecha, 29 de diciembre de 1978, y hasta la actualidad, cuatro de los cinco preceptos que conforman el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, todos menos el artículo 11, han sido objeto de diferentes modificaciones, algunas de las cuales, las más remotas en el tiempo, debido, como no podía ser de otra manera, a la aplicabilidad de la Constitución española.

3. De todos ellos, el artículo 9 es el que más cambios ha sufrido. Este precepto, el encargado de recoger, fundamentalmente, las normas de conflicto de producción interna en materia de familia, es el que ha sido objeto de mayores y más profundas modificaciones.

II. Normas principales que han sido el origen de las modificaciones

4. La norma más importante que ha determinado el contenido del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil es la Constitución española de 1978. No vamos a profundizar en esta norma y en lo que ha supuesto para este Capítulo IV porque hay un trabajo, anterior a este, que se encarga de esto precisamente.

5. Sin embargo, no queremos dejar pasar la ocasión para mencionar, siquiera como ejemplo, el cambio en el artículo 9.2 CC, originado por la entrada en vigor de la Constitución española.

Así, como se verá más adelante, en la versión del año 1974, este precepto indicaba que *“Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”*. Con la Constitución, la conexión por defecto del precepto, la nacionalidad del marido, devino inconstitucional y tuvo que ser

¹ Constitución española, BOE núm. 311.1, de 29 diciembre 1978.

modificada por otra que fuera compatible con la Carta magna². Si bien, ese cambio no se produjo hasta el año 1990, con la Ley 11/1990³.

6. Otra norma que ha estado en el origen de algunos cambios de este Capítulo IV ha sido la actual Ley de enjuiciamiento civil⁴. El artículo 2.1º de la Disposición derogatoria única de esta ley indica que, entre otros, el apartado segundo del artículo 8 y el párrafo segundo del artículo 12.6 quedan derogados a partir de la entrada en vigor de la norma, en concreto, a partir del 8 de enero del 2001⁵.

7. Por su parte, otra norma importante que justifica las transformaciones que ha sufrido el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil tras la Constitución española es la Ley 8/2021⁶. Este texto ha modificado el párrafo segundo del artículo 9.6 y el artículo 10.8.

8. Estas son las leyes que más han intervenido en los cambios que ha tenido el Capítulo IV, cambios que analizaremos en los apartados siguientes. Si bien es verdad que, además de las tres mencionadas, otras normas también han determinado el contenido, en este caso, del artículo 9 CC, precepto que, como ya se ha mencionado, más modificaciones ha sufrido de los cinco.

III. Artículo 8 CC: Norma de derecho público

9. Este precepto 8 del CC tiene el siguiente tenor literal en la actualidad. Según el artículo, “*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*”.

10. Tal como ya se ha comentado, este artículo sólo ha sufrido un cambio después de la Constitución española. Esta modificación ha sido la derogación del apartado 2 del precepto, establecida por el artículo 2.1ª de la Disposición derogatoria única de la Ley de enjuiciamiento civil.

El apartado 1 del artículo también fue modificado, eso sí, antes de la promulgación de la Constitución, lo fue, respecto de la versión original de 1889. Así, en esa fecha de 1889, el artículo 8 establecía que “*Las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habiten en territorio español*” y, posteriormente, con la creación del Capítulo IV del Título Preliminar, el tenor literal pasó a ser el que tiene en la actualidad, sustituyendo “*habiten*” por “*hallen*” y poniendo de manifiesto que lo importante no es que el sujeto *habe* en España para que se le apliquen las normas de Derecho público español sino que lleve a cabo actuaciones en nuestro territorio que se encuentren cubiertas por estas normas penales, de policía y de seguridad.

11. Volviendo al apartado 2, en su versión del año 1974, el artículo 8.2 estipulaba que “*las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España*”⁷.

La Ley de enjuiciamiento civil incorporó el artículo 3 en el que se recoge el principio *lex fori regit processum*, precepto que hacía innecesario, por reiterativo, el hasta entonces vigente artículo 8.2 del

² STC 39/2002, de 14 febrero, ECLI:ES:TC:2002:39.

³ Ley 11/1990, de 15 octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (BOE núm. 250/1990, de 18 octubre 1990).

⁴ Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, BOE núm. 7 de 8 enero 2000.

⁵ La Disposición final vigésimo novena de la Ley indica que entrará en vigor al año de la publicación en el Boletín Oficial del Estado.

⁶ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE núm. 132, de 3 junio 2021.

⁷ STS de 21 junio 1991, FD Tercero (RJ 1991\4570); STS de 23 octubre 1992, FD Segundo (ECLI:ES:TS:1992:7926); STS de 8 abril 2005, FD Segundo (ECLI:ES:TS:2005:2122). Esta última sentencia alude tanto al derogado 8.2 del CC como al vigente artículo 3 de la Ley de enjuiciamiento civil.

Código Civil⁸. El artículo 3 mencionado establece que “*Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas*”.

12. Este artículo, pese a no ser norma de Derecho Internacional Privado porque se trata de una disposición de Derecho público, se encuentra ubicada en este Capítulo IV del Título Preliminar, dedicado precisamente a las normas de Derecho Internacional Privado, porque “*fue redactado originariamente en 1889 por un legislador que creía que la función del Derecho Internacional Privado era precisar el ámbito de aplicación espacial de todas las leyes del Estado. Incluidas, naturalmente, las normas de Derecho público*”⁹.

IV. Artículo 9 CC: normas de conflicto en materia de familia

13. Como ya se ha mencionado en varias ocasiones a lo largo del trabajo, este artículo 9 es el que más modificaciones ha sufrido tras la Constitución española.

Este precepto recoge las normas de conflicto de producción interna españolas en materia de familia.

1. Artículo 9.1 CC: Estatuto personal

14. El primer apartado del artículo 9 no ha sido cambiado posteriormente a la entrada en vigor de la Constitución.

15. El tenor literal del precepto es el mismo que ya tenía en el año 1974, cuando se introdujo este Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil¹⁰. Antes y ahora, el artículo 9.1 establece que “*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior*”.

16. Se trata de un artículo que, aunque de *iure* no haya tenido ninguna modificación en su contenido, de facto, su ámbito de aplicación material se ha reducido drásticamente por la existencia de normas reguladoras de algunas de las cuestiones a las que alude el precepto¹¹. Esto es lo que H. BATIFFOL llama *una crisis del estatuto personal*¹².

⁸ M. REQUEJO ISIDRO, “Artículo 8”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 70.

Vid., en relación con el artículo 3 LEC, E. CASTELLANOS RUIZ, “La ley aplicable al proceso y el art. 3 LEC 1/2000”, *AEDIP*, nº 1, 2001, pp. 239-250.

⁹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 516.

¹⁰ Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, BOE núm. 163, de 9 julio 1974.

¹¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Artículo 9.1”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 71-72.

¹² H. BATIFFOL, *Una crisis del estatuto personal*, Ediciones jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

Según este autor, las dos razones que motivan la crisis del estatuto personal son el cambio de la conexión nacionalidad y la labor de las instituciones internacionales en la elaboración de normas de origen supranacional, instituciones como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Y, además, en palabras del autor, “*Los dos movimientos [la modificación de la nacionalidad como conexión y la reducción de las materias que conforman el estatuto personal] se encuentran vinculados, puesto que, mientras la nacionalidad ha sido considerada como el factor más apropiado para determinar la ley personal, ha existido un estatuto personal sólido con un amplio ámbito. A partir del momento en que se duda y se pregunta si el domicilio,*

Así, la sucesión por causa de muerte, internacional, no se encuentra regulada por la ley nacional en virtud del artículo 9.1 CC. La ley aplicable a la sucesión es la determinada por el Reglamento 650/2012, para fallecimientos posteriores al 17 de agosto de 2015, y por el artículo 9.8 CC, para el resto¹³. Esa materia desaparece de facto del contenido del artículo 9.1 CC desde el mismo momento de su nacimiento, en el año 1974, por la existencia del artículo 9.8 CC, en ese mismo año 1974, y, posteriormente, por la aplicabilidad del Reglamento europeo de sucesiones, en el año 2015¹⁴.

17. Por otra parte, la creación del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil y los 11 apartados del artículo 9, así como, la elaboración o adhesión a convenios internacionales, han hecho que todos los derechos y deberes de familia queden desgajados del artículo 9.1 CC y pasen a estar regulados por estas normas. En realidad, como ya se ha comentado en relación con la sucesión, el precepto nació ya derogado en lo que se refiere a muchas de las materias a las que alude. Así es, la elaboración del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil supuso que viera la luz el artículo 9.1 y, también y a la vez, el resto de apartados del precepto 9 reguladores de los derechos y deberes de familia.

Efectivamente, los efectos del matrimonio se encuentran recogidos en los artículos 9.2 y 9.3 CC, siempre que el matrimonio se haya celebrado antes del 29 de enero de 2019 y que no haya habido elección de ley válida posterior a esta fecha, en cuyo caso, sería aplicable el Reglamento 2016/1103¹⁵.

Los derechos y deberes de la filiación, natural o adoptiva, vienen determinados por la ley a la que remiten los artículos 9.4 y 9.5 CC, respectivamente. Si bien, en el caso de la filiación natural, el Convenio de La Haya de 1996 será el aplicable cuando el menor lo sea de 18 años, según su ley nacional¹⁶.

Las medidas de protección que pueden adoptarse sobre los menores las establece el ordenamiento que designa el Convenio de La Haya de 1996. Y las medidas de apoyo a los discapacitados mayores de edad se encuentran en la ley que determina el artículo 9.6 CC.

Por su parte, la norma de conflicto en materia de obligaciones de alimentos es, actualmente, el Protocolo de La Haya de 2007¹⁷. El artículo 9.7 CC remite a este texto, y a aquel que le sustituya, en este tema.

18. La aparente incongruencia puesta de manifiesto en el párrafo anterior, no lo es tanto. Si bien es verdad que los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte no se encuentran regulados, desde el primer momento de la entrada en vigor del precepto, por la ley nacional en virtud del artículo 9.1 CC, si lo estaban, en ese momento, por la ley nacional a la que remitían el resto de apartados del precepto 9. Esto es, en el año 1974, la conexión nacionalidad era la más utilizada por el legislador español y la recogió en todos los apartados dedicados a derechos y deberes de familia y a las sucesiones¹⁸. Por tanto, la ley aplicable a los derechos y deberes de familia y a la sucesión por causa de muerte era la

o incluso la residencia, no serán preferibles a la nacionalidad, entonces nos encontramos ante una conexión débil con la consiguiente restricción del ámbito de aplicación de la ley personal" (H. BATIFFOL, *Una crisis del estatuto personal*, Ediciones jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 19).

¹³ Reglamento (UE) n° 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 L201, de 27 julio 2012.

¹⁴ El artículo 9, en la versión original de 1889, disponía que "*Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero*".

¹⁵ 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 L183, de 8 julio 2016.

¹⁶ Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, BOE núm. 291, de 2 diciembre 2010.

¹⁷ Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/16d5938e-2792-4104-8b0e-9fd5e7e357b6.pdf>.

¹⁸ *Vid.*, por todos, A. RODRÍGUEZ BENOT, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", *CDT*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 186-202.

Tal como pone de manifiesto alguna autora, la nacionalidad permite mantener a las personas vinculadas con su propia cultura, con los principios fundamentales de su identidad nacional, en este último caso, reproduciendo lo dicho en la Exposición de Motivos de un Convenio entre Francia y Marruecos, en materia de familia, de 10 de agosto de 1981 (H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 226, 1991, p. 220).

ley de la nacional, pero no porque así lo dispusiera el artículo 9.1 CC, sino porque así lo establecían los demás apartados del artículo 9.

Con la reforma del Título Preliminar del Código Civil y la aparición del Capítulo IV del mismo y, con él, del artículo 9, con sus once apartados, la ley aplicable al estado civil y capacidad de las personas físicas, y a alguna cuestión más del estatuto personal, era, y es, la de la nacionalidad de las mismas (art. 9.1), los efectos del matrimonio se regían por la ley nacional común de los esposos (art. 9.2 y 9.3), las relaciones paterno-filiales venían determinadas en la ley nacional del padre (art. 9.4), la ley nacional común de los adoptantes era la reguladora de la adopción (art. 9.5), las medidas de protección del incapaz venían determinadas por la ley nacional de éste (art. 9.6), las obligaciones de alimentos entre parientes se establecían por la ley nacional común de alimentista y alimentante (art. 9.7) y, por último, la sucesión por causa de muerte se encontraba regulada por la ley de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento (art. 9.8)¹⁹. Ley nacional, en todo caso.

2. Artículos 9.2 y 9.3 CC: Efectos del matrimonio

19. En este apartado analizaremos conjuntamente los artículos 9.2 y 9.3, ya que, en lo que se refiere a los efectos del matrimonio, son los dos preceptos que se ocupan de su regulación.

Además de esta materia, el segundo párrafo del artículo 9.2 establece la ley aplicable a la crisis matrimonial, remitiendo, para ello, al precepto 107 del Código Civil.

20. Vamos a extendernos y profundizar en el contenido y funcionamiento de estas normas de conflicto, en su regulación de los efectos del matrimonio, para, así, tener un ejemplo de la evolución y aplicación en los distintos momentos de este precepto 9 del Código Civil.

A. Normas de conflicto en materia de efectos del matrimonio

21. El artículo 9.2 CC, en su redacción actual, dispone que *“los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, 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; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la ley del lugar de celebración del matrimonio”*.

Por su parte, el artículo 9.3 CC prescribe que *“los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”*. Se trata de una norma de conflicto materialmente orientada hacia la validez de los pactos o capitulaciones²⁰. Buscando este objetivo material, el precepto ofrece varias leyes conforme a las que puede ser válido el pacto o las capitulaciones, indicando que es suficiente con que lo sea en relación con cualquiera de ellas.

22. La relación entre ambos preceptos indica que el artículo 9.2 CC se va a aplicar a los efectos económicos del matrimonio –además de a los efectos personales– y el artículo 9.3 CC puede ser utili-

¹⁹ Además del estado civil y la capacidad de las personas físicas, la declaración de ausencia y fallecimiento, la mayor y menor edad, el sexo y la emancipación, son las materias que conforman el estatuto personal regulado por la ley de la nacionalidad en virtud del artículo 9.1 CC (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Persona física”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, vol. III dedicado al Derecho de Familia Internacional (I), Edisofer, Madrid, 2024, p. 30).

²⁰ 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*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 143; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Artículo 9.1”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 74.

zado en relación con estos cuando las partes otorguen capitulaciones matrimoniales²¹. Por lo tanto, el artículo 9.2 CC proporciona un único ordenamiento para todos los efectos del matrimonio. Así es, en esta materia existe el principio de unidad ley, según el cual, todos los efectos van a quedar regulados por la misma normativa, la determinada por el artículo 9.2 CC; salvo que las partes decidan que su régimen económico matrimonial quede regulado por otra ley en virtud del artículo 9.3 CC²².

Debemos distinguir, por tanto, dos situaciones. Por un lado, cuando las partes no pactan nada en relación con los efectos patrimoniales, el artículo 9.2 CC se va a ocupar de determinar el régimen económico matrimonial legal. Por otro lado, si existen capitulaciones matrimoniales, el artículo 9.2 CC sería el aplicable y, si la ley a la que lleva este precepto no da validez a los pactos económicos hechos por las partes, se debería acudir al resto de conexiones que ofrece el artículo 9.3 CC²³. Dicho con otras palabras, ambos preceptos confluyen cuando se trata de determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial pactado. En este caso, la relación entre ellos es de jerarquía, primero se aplicará el artículo 9.2 y, después, si según este artículo las capitulaciones matrimoniales no son válidas, se podrá acudir al precepto 9.3²⁴.

²¹ Con la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, la ley sucesoria se aplica, también, a los derechos sucesorios del cónyuge viudo y, por tanto, la remisión que realiza el artículo 9.8 CC a la aplicación del Derecho rector del régimen económico matrimonial para los derechos sucesorios del contrayente superviviente, ya no puede tenerse en cuenta.

²² Ambos preceptos, recordamos, serán aplicados para determinar el Derecho rector del régimen económico matrimonial en los supuestos de nupcias celebradas antes del 29 de enero de 2019 y cuando no haya habido elección de ley posterior a esta fecha. Si el matrimonio se ha celebrado, o ha habido elección de ley, posteriormente al 29 de enero de 2019, será aplicable el Reglamento europeo 2016/1003 (art. 69.3 Reglamento) (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*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 32-34; Id., “Capítulo XII: El régimen patrimonial, de matrimonios y parejas de hecho registradas, en el Derecho Internacional Privado Europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, vol. III dedicado al Derecho de Familia Internacional (I), Edisofer, Madrid, 2024, pp. 287-368; H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, pp. 125-126; I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *JDI Clunet*, nº 2, 2017, p. 493; L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, pp. 808-809; C. NOURISSAT/M. REVILLARD, “Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Deffrénois*, nº 17, 15 septembre 2016, p. 883; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, p. 5; B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 832; P. WAUTELET, “What’s Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 223.

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

²³ En contra, P. QUINZÁ REDONDO, “Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017”, *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, p. 5. Para este autor, el artículo 9.3 CC se aplica cuando existe régimen económico matrimonial pactado y el 9.2 cuando no lo hay.

²⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pp. 236-239; RDGRN de 13 noviembre 2015, FD III y IV (JUR 2016\115973).

En contra, M. AMORES CONRADI, para quien “actualmente la diferencia de contenido entre los nº 2 y 3 del art. 9 no se encuentra en que se refieran a distintos conceptos, pues el supuesto del nº 3 no es sino una fracción del de su precedente, sino en que se refieren a hipótesis distintas: que haya o no pacto específico de los cónyuges sobre su régimen económico matrimonial. Con esta ordenación, y aunque el orden seguido por el legislador sea al opuesto, lo primero que debe examinarse es si existe o no pacto entre los cónyuges, si tiene validez y con qué límites, su régimen jurídico y sólo después procederá examinar la norma más general, que viene a cumplir una función subsidiaria” (M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 43). Para este autor la explicación de que el artículo 9.3 CC remita a la ley de los efectos se encuentra en que, a través del primero, los cónyuges pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad material y elaborar pactos que serán válidos si la ley de los efectos les da validez (*vid.*, en este sentido, P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 228-229).

23. Aunque la relación que hemos comentado entre el artículo 9.2 y el artículo 9.3 CC exige una jerarquía entre ambos preceptos, en realidad, se llegaría al mismo resultado si los efectos económicos otorgados por las partes quedaran regulados, directa y únicamente, por el artículo 9.3 CC²⁵. Efectivamente, las capitulaciones matrimoniales o pactos económicos, según el art. 9.3 CC, serán válidos si la ley de los efectos (art. 9.2 CC) o la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes, así lo consideran. Al estar contenido el artículo 9.2 CC en el artículo 9.3 CC, se podría ir directamente a este segundo precepto para ver la validez de los pactos económicos. Otra cosa diferente es que las capitulaciones matrimoniales sean válidas conforme a varias de las leyes contenidas en el artículo 9.3 CC, entre ellas, la de los efectos. En este supuesto sí debería haber jerarquía y la ley aplicable a dichas capitulaciones debería ser la de los efectos²⁶.

24. La AP de Barcelona, *ad ex.*, aplicó el artículo 9.2 CC a las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges y lo hizo afirmando que “*cabe distinguir entre los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC [LEG 1889, 27]) que se rigen por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, en su defecto 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, a su falta por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, y a falta de dicha residencia por la del lugar de celebración del matrimonio. Indudablemente en cuanto a los efectos del matrimonio habría que estar a la ley uruguaya, pues en última instancia es el único fuero de conexión que aparece como indubitado puesto que allí celebraron el matrimonio los ahora con- tendientes, allí otorgaron capitulaciones matrimoniales y allí fijaron su primera residencia siquiera posteriormente se trasladaron a El Cairo, dada la profesión de hostelería del esposo que deambula de un país a otro*”²⁷.

25. Una vez explicada la regulación, la aplicabilidad y la relación entre ambos preceptos, vamos a estudiar la evolución en el contenido de los artículos, porque, es así, estos preceptos han tenido varias redacciones a lo largo de sus años de existencia.

26. En la versión original del Código civil de 1889 no existía un artículo 9.2 relativo a la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Tenemos que esperar al año 1974 para disponer de una norma de conflicto específicamente prevista en esta materia.

El artículo 9 del Código Civil, en su versión original, hacía referencia a que “*Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero*”.

Teniendo en cuenta la redacción de este precepto, junto con el principio de que *la mujer casada seguirá la condición del marido*, del entonces artículo 15 CC, así como lo dispuesto en el antiguo 1325 de este Código, se debe concluir que, en ese momento, “*imponían, a la sazón, la sujeción del régimen económico matrimonial a la vecindad civil del varón, dando así satisfacción al principio de unidad familiar. [...] Así el principio de unidad familiar primaba sobre el de igualdad entre los cónyuges que únicamente podría manifestarse mediante el ejercicio de la facultad de otorgar capitulaciones, del cual, en el caso que se enjuicia, no se hizo uso*”²⁸.

²⁵ SAP Barcelona, 13 junio 2001, FD Tercero (JUR 2001\248005).

²⁶ J.M. FONTANELLAS MORELL, “Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil”, en M.T. ARECES PIÑOL, (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2009, pág. 368. Según este autor, “*sobre la base de las consideraciones precedentes, hay que pararse a pensar si, en un escenario como el recién descrito, las conexiones previstas por nuestras normas de conflicto en materia de capitulaciones matrimoniales conservan el equilibrio posicional o evidencian una desigualdad entre ellas. Nosotros somos de la opinión que, en tales circunstancias, de las cinco leyes eventualmente aplicables, una –la reguladora de los efectos del matrimonio– está, a no dudarlo, por encima de las cuatro restantes –las de la nacionalidad y la residencia de uno y otro cónyuges–*”.

²⁷ SAP de Barcelona, 19 marzo 2003 (AC 2003\1119).

Vid., también, en este sentido, SAP de Barcelona, de 11 noviembre 2005 (JUR 2006\58265). En este caso, volvió a aplicar el artículo 9.2 a unas capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges después del matrimonio.

²⁸ STS 6 octubre 1986, FD 2 (RJ\1986\5327). *Vid.*, también, en este sentido, STS de 27 noviembre 1868, ECLI:ES:TS:1868:78;

27. Con la reforma del Título Preliminar del CC en 1974, surgen los antiguos artículos 9.2 y 9.3 con el siguiente tenor literal: “2. *Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.* 3. *Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional*”.

Como vemos, el artículo 9.2 CC regulaba los efectos personales y el artículo 9.3 CC los efectos patrimoniales. Según este último precepto, las partes podían otorgar capitulaciones permitidas por sus leyes nacionales y, en el caso de que no hicieran uso de su autonomía de la voluntad, las relaciones económicas quedarían reguladas por la misma ley de los efectos personales.

28. Con la entrada en vigor de la CE, el 29 de diciembre de 1978, la referencia a la ley nacional del marido no podía mantenerse por ser inconstitucional²⁹. Efectivamente, el artículo 14 de la Constitución prohíbe toda clase de discriminación, entre otras, la discriminación por razón de sexo. La elección de la ley nacional del marido, por encima de la de la mujer, vulnera este principio y debe considerarse inconstitucional.

29. Sin embargo, no es hasta la reforma efectuada por la ya mencionada Ley 11/1990, de 15 de octubre, cuando se cambia la redacción de los artículos estudiados y se introduce un contenido constitucional en ellos. Con esta Ley de 1990, los preceptos 9.2 y 9.3 CC adquieren el tenor literal que mantienen en la actualidad³⁰.

30. El régimen económico matrimonial es una institución jurídica que despliega efectos mientras dura el matrimonio y después de su disolución. Lo anterior supone que sea muy probable que los órganos jurisdiccionales españoles puedan tener que resolver hoy, cuestiones en esta materia respecto de matrimonios celebrados en el pasado. Por ello, todavía siguen planteándose asuntos relativos al régimen económico matrimonial de uniones que se contrajeron antes de la promulgación de la Constitución o después de esa fecha y antes de 1990³¹.

Los matrimonios celebrados en ese intervalo de tiempo, entre la entrada en vigor de la Constitución -29 diciembre 1978- y la entrada en vigor de la Ley 11/1990 -7 noviembre 1990-, quedarían regulados por la versión original e inconstitucional del artículo 9.2 CC. Este escenario ha obligado al TS a aportar una solución que pasa por rechazar la norma de conflicto aplicable y por crear una conexión adaptada a la Carta Magna.

En estos supuestos el TS crea Derecho, no se limita a interpretar la norma aplicable. En estos casos no hay norma aplicable, lo cual no obsta para dar una solución a las cuestiones que se plantean. En esta situación, el TS crea la norma de conflicto apropiada para ser aplicada a estos matrimonios.

STS 27 octubre 1900, ECLI:ES:TS:1900:3; STS 10 diciembre 1952, ECLI:ES:TS:1952:295; STS 11 febrero 2005, ECLI:ES:TS:2005:791; STS 10 diciembre 1952, ECLI:ES:TS:1952:295; STS 15 noviembre 1991 (RJ 1991\8117).

Artículo 1325, en su redacción original: “*Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles*”.

²⁹ M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, pp. 46-48.

Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 diciembre 1978.

³⁰ La sentencia de la AP de Guipúzcoa núm. 262/2010 resume muy bien todo este *iter legislativo* que han recorrido estos artículos (SAP Guipúzcoa, de 29 de octubre 2010, ECLI:ES:APSS:2010:439)

³¹ *Vid.*, entre otras, SAP de Badajoz, de 18 enero 2019 (JUR\2019\49352).

a) Ley aplicable a matrimonios celebrados después del 29 diciembre 1978 y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990

i) Inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos 9.2 y 9.3 CC

31. La entrada en vigor de la CE supone la inconstitucionalidad del anterior artículo 9.2 CC y, también, del artículo 9.3 CC por la remisión que realiza éste al primero³². Así lo determinó el Tribunal Constitucional en la sentencia 39/2002, de 14 de febrero³³. Efectivamente, el TC dispuso que, “[...] *Pues bien, no cabe duda de que el art. 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al art. 14 CE, sino también al más específico, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32 CE), pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón*”.

32. Hay, por tanto, un período de tiempo, entre el 29 de diciembre de 1978 y la entrada en vigor de la Ley 11/1990 –el 7 de noviembre de 1990–, en el que existe un vacío legal. En realidad, en ese período estaban en vigor los anteriores artículos 9.2 y 9.3 CC, sin embargo, los tribunales no debían aplicarlos después de la entrada en vigor de la CE, por su inconstitucionalidad sobrevenida.

El carácter retroactivo de la inconstitucionalidad del artículo 9.2 y del 9.3 hasta el momento de la entrada en vigor de la CE, aparece recogido en la STS de 6 de octubre de 1986³⁴. Según esta sentencia, “[...] *Sobrevenida la Constitución de mil novecientos sesenta y ocho, su artículo cincuenta y tres uno proclama que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades y cualquier ciudadano podrá recabar su tutela si se hallan en sede del artículo catorce y Sección primera del Capítulo segundo por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaria, lo cual y el número tres de su disposición derogatoria enseñan, sin lugar a duda, que se impone la aplicación directa de la Constitución mediante la también directa derogación de la totalidad de las regulaciones anteriores a ella. Por tanto, rige desde la Constitución su artículo catorce que proclama la igualdad de los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” (FD 3)³⁵.

33. Los artículos 9.2 y 9.3 CC que deben aplicarse son los que existan en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta, como antes se ha dicho, que la inconstitucionalidad de estos preceptos se retrotrae a la fecha de la entrada en vigor de la CE³⁶. Así lo afirma el TS cuando dispone

³² *Vid.*, en este sentido, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Nota a la STS 18 diciembre 1981”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1982, pp. 515-518; M. AMORES CONRADI, “Nota a la STS 6 octubre 1986”, *La Ley. Revista jurídica española*, 1986, pp. 725-729; *Id.*, “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 127-138; *Id.*, “Arts. 9.2 y 9.3. Cc”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil (desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 447; M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Nota a la SJPI núm. 2 de Telde de 30 mayo 1980”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1982, vol. XXXIV, pp. 523-529; N. BOUZA VIDAL, “Nota a la SJPI núm. 1 de Badalona de 15 abril 1988 y SAP Barcelona (Sección 13) de 6 abril 1989”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, .vol. XLII, pp. 264-271.

³³ STC 39/2002, de 14 febrero, ECLI:ES:TC:2002:39. *Vid.*, A. DURÁN AYAGO, “Jurisprudencia Constitucional y Derecho Internacional Privado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, vol. XXI, 2003, pp. 519-539.

Vid., también, en relación con la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma preconstitucional, STS 14 septiembre 2009, ECLI:ES:TS:2009:5417.

³⁴ STS 6 octubre 1986, ECLI:ES:TS:1986:7686.

³⁵ *Vid.*, también, en este sentido, SAP Barcelona de 24 marzo 2009, ECLI:ES:APB:2009:2085.

³⁶ SAP Baleares, de 10 de septiembre 2002 (JUR 2002\272157).

que “La inmutabilidad del régimen económico matrimonial apoya en su naturaleza jurídica, siendo una consecuencia propia o derivada de la celebración del matrimonio y sin relación alguna con la voluntad de los contrayentes ya que la establece la Ley vigente al contraerse el matrimonio y, como ha cuidado de resaltar la mejor doctrina, siguiendo a los ordenamientos europeos, responde a los principios de unidad e inmutabilidad que son principios generales del derecho especialmente desde el punto de vista de los derechos adquiridos, a salvo siempre la posibilidad de capitular que negara esta Sala en su sentencia de dieciocho de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro fundada en el principio del respeto a los derechos adquiridos, el orden público y el fraude a la ley” (FD 2)³⁷.

ii) Ley aplicable al régimen económico matrimonial de estos matrimonios

34. En ese intervalo de tiempo, cabría preguntarse qué ley debe aplicarse al régimen económico de un matrimonio celebrado después de la entrada en vigor de la CE y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990.

35. La jurisprudencia afirma que, en esos casos, para matrimonios contraídos después del 29 de diciembre de 1978, la ley aplicable debe ser la de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de celebración de las nupcias³⁸. En efecto, “[...] Se ha propuesto como criterio alternativo para la determinación del régimen económico matrimonial cuando los contrayentes tienen diferente ley personal, la sustitución de la ley personal del marido por otro punto de conexión que pudiera ser el de la residencia habitual de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio, inspirándose para ello en el párrafo primero del artículo ciento siete introducido por la Ley treinta/mil novecientos ochenta y uno, de siete de julio (RCL 1981\1700).- Sería este un punto de conexión objetivo y común a ambos consortes, con plena satisfacción del nuevo principio de igualdad en el tratamiento de las relaciones entre ellos y que se aplicaría, en defecto de capitulaciones, en aquellos casos en que los contrayentes fueran de diferente legislación civil. La falta de vecindad civil común atraería la aplicación de ese otro punto de conexión por vía de analogía inspirada en el número uno del artículo cuarto y, de algún modo, en el número uno del tercero del Código Civil, precediendo a dicho punto de conexión y abriéndole el camino, el efecto derogatorio del número tres de la disposición de esa clase de la Constitución”³⁹.

36. En el supuesto de que los cónyuges no tengan residencia habitual común en el momento de la celebración del matrimonio, la ley aplicable podría ser la del foro; la ley española, por tanto⁴⁰. Sin embargo, también se considera que, quizá, dependiendo del caso, se debería aplicar otra ley más vinculada con el supuesto –*ad ex.*, la ley de la residencia habitual de un cónyuge, cuando en ese mismo Estado residan los hijos comunes del matrimonio o cuando sea el país en el que se encuentra el centro de los intereses patrimoniales del matrimonio-⁴¹.

En contra, M. AMORES CONRADI, para quien el momento a tener en cuenta es la disolución del matrimonio. Este autor consideraba que los matrimonios celebrados antes de la CE y que siguen existiendo después de la entrada en vigor de la norma fundamental, se rigen por la nueva formulación del artículo 9.2 y 9.3 CC, con las únicas excepciones de los efectos ya agotados y de las expectativas de terceros que resulten protegidas, *ad ex.*, por la apariencia registral (M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, pp. 50-51).

³⁷ STS 6 octubre 1986, ECLI:ES:TS:1986:7686

³⁸ STS 6 octubre 1986, ECLI:ES:TS:1986:7686. En los hechos de esta sentencia consta que el matrimonio era anterior al momento de entrada en vigor de la Constitución, no obstante, se hace referencia a la ley aplicable a las uniones celebradas con posterioridad a esta fecha.

Algún autor, en cambio, entendía que debía tenerse en cuenta la ley de la última residencia habitual común (M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 65).

³⁹ *Vid.*, también, en el mismo sentido, SAP Tarragona, 15 junio 2006 (JUR 2007\111616) y SAP Barcelona, de 11 noviembre 2005 (JUR 2006\58265).

⁴⁰ M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 65, citando a J. GONZÁLEZ CAMPOS.

⁴¹ M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 65.

b) Ley aplicable a matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la CE

37. Si el matrimonio se ha celebrado antes de la entrada en vigor de la CE, los artículos 9.2 y 9.3 CC aplicables serían los existentes en ese momento preconstitucional.

38. Así es, como muy bien explica la AP de Barcelona en la sentencia núm. 197/2009, *”cuando se trata de determinar el régimen económico matrimonial de las personas que tienen nacionalidad extranjera debe acudirse a los puntos de conexión de Derecho Internacional Privado, que se contienen en el artículo 9.2 del Código Civil (LEG 1889, 27)* . Sin embargo, este precepto fue modificado como consecuencia de su inconstitucionalidad sobrevenida una vez entró en vigor la *Constitución Española de 1978 (RCL 1978, 2836)* . A tal efecto, la doctrina y la jurisprudencia ha distinguido varias situaciones jurídicas para la aplicación del punto de conexión que determine los efectos de las relaciones económicas matrimoniales, distinguiendo cuatro supuestos: A) Matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor del Título Preliminar del Código Civil. B) Matrimonios contraídos después de la entrada en vigor del Título Preliminar del *Código Civil del año 1973 (RCL 1973, 498)* y la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 . C) Matrimonios contraídos entre la entrada en vigor de la C.E. de 1978 y la modificación del artículo 9.2 y 9.3 del *Código Civil por la Ley de 15 de octubre de 1990 (RCL 1990, 2139)* , sobre no discriminación por razón de sexo; y D) los matrimonios contraídos después de vigencia de la Ley 15 de octubre de 1990 . [...] Por lo tanto, en la época en que se contrajo matrimonio estaban vigentes el artículo 9-2 y el artículo 9.3 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de Bases del Título Preliminar del Código Civil del año 1973. No obstante, como dicho precepto fue reformado la Ley de 15 de octubre de 1990, sobre no discriminación por razón de sexo, la cuestión básica es cuál es la legislación aplicable para la determinación del régimen económico matrimonial de los cónyuges, ya que, al no haberse pactado nunca capitulaciones matrimoniales entre ambos, es obvio que el régimen aplicable es el que regía cuando se celebró el matrimonio en fecha de 2 de enero de 1976. (...) CUARTO. *De las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos jurídicos se desprende que la promulgación de la Constitución Española, en esta materia, afecta los matrimonios contraídos con posterioridad al 29 de diciembre de 1978, fecha de su entrada en vigor, por lo que es inaplicable a las relaciones económicas de los cónyuges que contrajeron matrimonio con anterioridad a esa fecha. Tampoco puede aplicarse retroactivamente la regulación normativa de los puntos de conexión, que introdujo la Ley 15 de octubre de 1990, ya que tal retroactividad afectaría al principio de seguridad jurídica. De estas conclusiones se deduce lo siguiente: A) Los matrimonios contraídos con anterioridad al Título Preliminar del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de Bases de 1973, así como los contraídos con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española se regirán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración; B) A los matrimonios contraídos después del 29 de diciembre de 1978, fecha de entrada en vigor de la Constitución, hasta la Ley de 15 de octubre de 1990, deberá estarse a lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero (RTC 2002, 39), en cuanto declara inconstitucional el artículo 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso “por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”; y C) A los matrimonios contraídos después de la vigencia de la Ley de 15 de octubre de 1990 se les aplicará la normativa contenida en el artículo 9.2, si bien debe tenerse en cuenta la modificación operada posteriormente en el artículo 107 del Código Civil”⁴².*

⁴² SAP de Barcelona, de 24 de marzo 2009, ECLI:ES:APB:2009:2085.

Id., también, en este sentido, STS 6 octubre 1986, ECLI:ES:TS:1986:7686.

B. Norma de conflicto en materia de crisis matrimoniales

39. El segundo párrafo del artículo 9.2 del Código Civil también fue modificado, en esta ocasión, por la Ley 11/2003, de 29 de septiembre⁴³.

El artículo tercero dos de esta Ley 11/2003 incorpora la redacción que en la actualidad tiene el precepto. Así, desde la entrada en vigor de la mencionada Ley, el 1 de octubre de 2003, el párrafo segundo del artículo 9.2 del Código Civil establece que “*La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107*”. Con esta modificación se incorpora la nulidad matrimonial y se añade a la separación y el divorcio que ya aparecían en el precepto.

El propio artículo tercero tres de la Ley 11/2003 recoge una nueva redacción del artículo 107 del Código Civil, añadiendo la ley aplicable a la nulidad, a la ya recogida ley aplicable a la separación y al divorcio. Este contenido del artículo 107 ha sido modificado de nuevo, posteriormente, en virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio (Disp. Final primera, Veintiocho)⁴⁴.

40. Anteriormente, la redacción del segundo párrafo del artículo 9.2 sólo aludía a la remisión al artículo 107 para conocer la ley aplicable a la separación y al divorcio. Como ya se ha comentado, con la actual redacción se introduce la nulidad, también, como motivo de crisis matrimonial.

El segundo párrafo del artículo 9.2 indicaba que “*La separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107*”.

El artículo 107, antes de la modificación impuesta por esta Ley 11/2003, sólo se refería a la ley aplicable a la separación y al divorcio. Lo hacía en estos términos: “*La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes. Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

41. El actual segundo párrafo del artículo 9.2 CC sólo resulta operativo en lo que se refiere a la nulidad matrimonial, precisamente, la última incorporación al mismo. Si el precepto siguiera regulando únicamente la separación y el divorcio se encontraría derogado de facto por el Reglamento 1259/2010⁴⁵. Esta norma europea se ocupa de determinar la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio y es aplicable desde el 21 de junio de 2012 (art. 21). Por tanto, gracias a esta incorporación relativa a la nulidad matrimonial, el segundo párrafo del artículo 9.2 CC sigue vivo, aun como norma de remisión al artículo 107 CC.

3. Artículo 9.4 CC: Filiación

42. Esta norma de conflicto del artículo 9.4, relativa a la filiación, natural y adoptiva, ha sido modificada en tres ocasiones a lo largo de todo este tiempo. Las leyes 21/1987, 1/1996 y 25/2015 han sido las responsables⁴⁶.

⁴³ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE núm. 234, de 30 septiembre 2003.

⁴⁴ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, de 3 julio 2015.

⁴⁵ 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 L343, de 29 diciembre 2010.

⁴⁶ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOE núm. 274, de 17 noviembre 1987; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 enero 1996; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29 julio 2015.

43. El tenor literal del apartado cuarto del artículo 9, en el año 1974, establecía que *“Las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre y en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre”*⁴⁷. La predilección, discriminatoria, hacia el padre fue corregida por la Ley 21/1987 (artículo primero). Con esta norma, se pone el foco en el niño y se estipula que *“El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo”*⁴⁸.

Tanto en un momento como en otro, el precepto no aborda la determinación de la filiación. En el primer caso, se parte del supuesto de que existe filiación, sin cuestionar qué tipo de filiación puede ser, y se encarga de establecer la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales. En el segundo, unos años más tarde, se sigue sin regular la existencia de la filiación y el legislador continúa centrado en las relaciones paterno-filiales, si bien, en esta ocasión, se amplía el ángulo para abarcar también el carácter y contenido de la filiación y se contempla la posibilidad de que ésta sea adoptiva.

44. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, incorpora una segunda conexión, subsidiaria, para los casos en los que no pueda determinarse la ley personal, o nacional, del hijo (Disp. final primera). Con esta norma, el tenor del artículo 9.4 era el siguiente: *“El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”*⁴⁹.

45. Por último, en el año 2015 se produce la última modificación en el precepto. La Ley 25/2015 introduce, en el artículo segundo, el contenido que actualmente conserva el precepto 9.4, según el cual, *“La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”*.

46. En este momento, con esta última redacción, el artículo realiza una nítida distinción entre la determinación y el carácter de la filiación, natural o adoptiva, por un lado, y el contenido de la misma y el ejercicio de la responsabilidad parental, por otro.

En cuanto a lo primero, la norma de conflicto se encuentra orientada materialmente al objetivo de conseguir el establecimiento de la filiación. Por esta razón, se conforma de diferentes puntos de conexión, a aplicar de manera subsidiaria en el supuesto de que, con el anterior, no se consiga determinar la filiación.

En relación con el contenido de la filiación, natural o adoptiva, así como, respecto de la responsabilidad parental, el precepto remite al Convenio de La Haya de 1996, que España ratificó en el año 2010.

⁴⁷ STS de 13 mayo 1988, ECLI:ES:TS:1988:990.

⁴⁸ RDGRN de 10 febrero 1996, RJ 1996\3409; RDGRN de 10 octubre 1994, RJ 1994\10616; RDGRN de 23 enero 1992, RJ 1992\785; RDGRN de 8 enero 1991, RJ 1991\580; RDGRN de 26 junio 1989, RJ 1989\5945; RDGRN de 22 julio 1988, RJ 1988\6355;

⁴⁹ STS de 22 marzo 2000; ECLI:ES:TS:2000:2311, FD Segundo; STS de 2 julio 2004, ECLI:ES:TS:2004:4722, FD Segundo.

En una de las enmiendas propuestas al Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil, se instaba a que el tenor literal del precepto aludiera a que la ley aplicable fuera la de la nacionalidad del hijo y *“si no pudiera determinarse por ésta [la filiación] se estará a la ley personal de cualquiera de los progenitores o a la ley de la residencia habitual del hijo”*, y lo justificaban argumentando a favor de *“Procurar optimizar la protección del menor, incorporando de forma decisiva el «favor filii» en todas sus disposiciones. Con esta solución, sin afectar al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, se potencia la mencionada protección. Además, resulta congruente con la disposición propuesta en el artículo 9.5 del Código Civil en materia de adopción”* (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 117-8, de 22 septiembre 1995).

47. El primer párrafo del artículo 9.4 CC resulta aplicable siempre que se trate de determinar la normativa reguladora de la determinación y el carácter de la filiación. Esto es porque, en esta materia, no contamos con ninguna norma de origen supranacional que prevalezca en su aplicación frente a la norma de producción interna española. Si bien, en la Unión Europea se ha elaborado una Propuesta de Reglamento sobre filiación, que todavía no se ha convertido en texto vinculante⁵⁰.

En segundo párrafo, el relativo al contenido de la filiación y a la responsabilidad parental, sólo será aplicable en relación con los menores de edad, según su ley nacional, pero mayores de 18 años. Lo anterior, debido a que el Convenio de La Haya de 1996 es la norma que deben aplicar los tribunales españoles en relación con los niños menores de 18 años (art. 2). También será aplicable el artículo 9.4.II cuando las autoridades españolas no sean competentes en virtud de los foros del Convenio de La Haya de 1996, ya que, el Convenio condiciona la aplicación de sus normas de conflicto al hecho de que las autoridades sean competentes por sus foros (art. 15). En cualquier caso, como la norma de producción interna española remite, en este punto, al Convenio de La Haya de 1996, el ordenamiento rector en esta materia lo determinará finalmente, siempre, el propio texto convencional.

48. Además de lo anterior, el artículo 9.4.II CC también se tendrá en cuenta para determinar el ordenamiento español aplicable en los casos de conflictos de leyes internos. Así es, cuando la norma de conflicto remite al Derecho español, se habrá de determinar qué ordenamiento español es el aplicable al caso. En esta materia, conviven en nuestro sistema el Derecho civil común y los Derechos forales y habrá que concretar, cuando se deba aplicar el Derecho español, de cuál de ellos se trata. El Código Civil catalán, por ejemplo, regula estas cuestiones en el Capítulo VI del Título III del Libro Segundo⁵¹.

Pues bien, el artículo 16 CC es el encargado de resolver estos conflictos de leyes internos y, para eso, remite a las conexiones correspondientes recogidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, al artículo 9.4.II cuando se trata de la responsabilidad parental. Las conexiones de este precepto son las que van a determinar qué ordenamiento español será el aplicable. Conexiones que van a ser, de nuevo, las previstas en el Convenio de La Haya de 1996 por la remisión que realiza el artículo a la norma convencional.

No obstante lo anterior, algunas sentencias no utilizan el artículo 9.4 CC, por mandato del artículo 16 CC, para determinar el concreto ordenamiento español aplicable al caso. Directamente, eligen uno de los ordenamientos porque, entienden, es el más conectado con el caso. Así, por ejemplo, en la SAP de Barcelona, de 9 de abril de 2014, si bien con error al confundir la competencia judicial que prevé el artículo 5.1 del Convenio de la Haya de 1996 con la ley aplicable, el tribunal dispone que *“Según el artículo 5.1 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, debe aplicarse la ley de la residencia de los menores a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Por la que atañe a los alimentos, el artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español, debe aplicarse el derecho civil catalán a las medidas discutidas en virtud de los artículos 47.1 y 48.a) del Convenio de 1996, y 16.1.a) y 16.2.a) del Protocolo de 2007, vista la territorialidad del derecho catalán, según los artículos 14.1 del Estatut d’Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC). No procede, como invoca el apelante, la aplicación del Código Civil (LEG 1889, 27) estatal”* (FD Segundo)⁵². En el mismo sentido ya se habían pronunciado previamente, las sentencias de AP de Barcelona, de 21 de marzo de 2014 y de 5 de marzo de 2014⁵³.

⁵⁰ Propuesta de Reglamento de 7 de diciembre de 2022 sobre la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y la creación de un certificado europeo de filiación (COM (2022) 695 final), disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:01d08890-76e7-11ed-9887-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF.

Vid., entre otros, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 6, 2023, pp. 148-180.

⁵¹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, BOGC nº 203, de 21 agosto 2010.

⁵² ECLI:ES:APB:2014:3252.

⁵³ ECLI:ES:APB:2014:2609 (FD Segundo) y ECLI:ES:APB:2014:2460 (FD Segundo), respectivamente.

4. Artículo 9.5 CC: adopción

49. Este precepto, dedicado a determinar la ley aplicable a la adopción, se limita a remitir en este punto a la Ley de adopción internacional, del año 2007⁵⁴. Evidentemente, antes de que entrara en vigor esta Ley, el artículo tenía otro tenor.

50. El contenido original de este apartado del artículo 9, del Capítulo IV del Título Preliminar, indicaba que “*La adopción, en cuanto a sus efectos y a la capacidad para adoptar, se regulará por la ley del adoptante. En la adopción por marido y mujer a falta de ley nacional común, se aplicará la del marido al tiempo de la adopción. La ley personal del adoptado deberá observarse en lo que respecta a su capacidad, consentimiento y modo de suplirlo o completarlo. Para la constitución de la adopción serán competentes las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante o, cuando se trate de una adopción hecha por marido y mujer, las autoridades del Estado de su nacionalidad común; y en su defecto, las del Estado en que el adoptante tenga su residencia habitual o los cónyuges adoptantes su residencia habitual común. Las formalidades del acto habrán de atenerse a la ley del lugar en que se constituya la adopción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, apartado 3*”⁵⁵.

51. Entre otros motivos que justifican el cambio en el contenido del artículo, se encuentra el hecho de tener conexiones discriminatorias, como la preferencia por la ley nacional del marido, y, por tanto, contrarias a la Constitución.

La Ley 21/1987, ya mencionada en el apartado anterior, también modifica este precepto 9.5 incorporando el siguiente tenor (artículo primero)⁵⁶: *La adopción constituida por Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios: 1.º Si tuviera su residencia habitual fuera de España. 2.º Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción la nacionalidad española. A petición del adoptante o del Ministerio Fiscal, el Juez, en interés del adoptando, podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la Ley nacional o por la Ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando. Para la constitución de la adopción, los Cónsules españoles tendrán las mismas atribuciones que el Juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular. La propuesta previa será formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España. Si el adoptante nunca tuvo residencia en España no será necesaria propuesta previa, pero el Cónsul recabará de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes suficientes para valorar su idoneidad. En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la Ley del adoptante regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente. En su caso, para la adopción de un español, será necesario el conocimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España”.*

52. La Ley 11/1990 modifica el ordenamiento aplicable a la capacidad y consentimientos necesarios, cuando la adopción se constituye por autoridad extranjera, y sustituye la ley nacional del adoptante por la ley nacional del adoptando (artículo primero)⁵⁷.

53. En el año 1996 se vuelve a modificar el contenido del artículo 9.5, la Ley 1/1996, ya mencionada en el apartado anterior, es la causante de dicho cambio (Disp. final segunda).

⁵⁴ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, BOE núm. 312, de 29 diciembre 2007.

⁵⁵ RDGRN de 16 marzo 1994, RJ 1994\2300.

⁵⁶ J.M. ESPINAR VICENTE, “La modificación del artículo 9.5 del Código Civil en el proyecto de reforma sobre la adopción”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1986, pp. 996-1001.

⁵⁷ Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, BOE núm. 250, de 18 octubre 1990.

⁸DGRN de 13 octubre 1995, RJ 1995\9985.

Esta Ley 1/1996, en relación a la propuesta previa realizada por la entidad pública de la residencia del adoptante en España, modifica la última frase de ese apartado para cambiar la circunstancia de que el adoptante no haya tenido residencia nunca en España por esta otra de que no la haya tenido en los últimos dos años.

Igualmente, introduce un último párrafo relativo al reconocimiento de las adopciones constituidas por autoridad extranjera para estipular que *“No será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción”*⁵⁸.

54. La Ley 18/1999, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil, añade un último párrafo al precepto⁵⁹. Este párrafo se refiere a la revocación de la adopción constituida conforme a una ley extranjera y a la posibilidad de que el adoptante renuncie a ella. Así, según este párrafo, *“La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil”*.

55. Por último, la Ley 54/2007, la Ley de adopción internacional, establece la última modificación del precepto, eliminando todo su contenido anterior y remitiendo, en todo lo relativo a la adopción, a esta ley.

56. El artículo 9.5 CC pervive como norma de remisión y no de conflicto. La Ley de adopción internacional ha vaciado de contenido al precepto y lo ha dejado como un artículo prescindible, que perfectamente podría desaparecer de nuestro ordenamiento sin consecuencias. Las normas de conflicto de producción interna españolas, en materia de adopción, se encuentran en la Ley de adopción internacional y no es necesaria la existencia de un precepto en el Código Civil que lo diga. No es necesaria, con esta finalidad, pero sí lo es, como ya se puso de manifiesto en relación con el artículo 9.4 CC, respecto de la remisión que realiza el artículo 16 CC a los preceptos del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil para resolver los conflictos de leyes internos. En el Código Civil de Cataluña, por seguir con el mismo ejemplo ya mencionado, la Sección 3ª, del Capítulo V, del Título III, del Libro Segundo, se ocupa de la adopción.

Por otro lado, no existe ninguna norma supranacional, vigente en nuestro ordenamiento, que regule la ley aplicable a la adopción internacional, por esta razón, las autoridades españolas deben acudir siempre a la norma de producción interna en estos casos, que es, la Ley de adopción internacional y no el artículo 9.5 CC.

57. Esta, otrora, norma de conflicto en materia de adopción ha sido uno de los apartados del artículo 9 y, en general, del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, que más modificaciones, y de mayor contenido, ha sufrido⁶⁰. Lo que ha hecho el legislador a lo largo de todos estos años ha sido establecer la regulación de la adopción internacional y perfeccionarla poco a poco, a medida que iban surgiendo problemas con la normativa existente, o situaciones nuevas sin regulación. Y, en el año 2007, el legislador español trasladó el contenido de este precepto a la actual Ley de adopción internacional. Las conexiones que recoge la Ley de adopción internacional son, en esencia, las que estaban previstas en el antiguo artículo 9.5 CC, no sólo conexiones, también, las situaciones que contemplaba el precepto y a las que ponía solución.

⁵⁸ RDGRN de 12 septiembre 2002, RJ 2003\137; RDGRN de 3 abril 2002, RJ 2002\6192; RDGRN de 19 noviembre 2005, RJ 2006\222; RDGRN de 4 julio 2005, RJ 2006\3883; RDGRN de 29 noviembre 1996, RJ 1997\7369; RDGRN de 22 abril 1996, RJ 1996\4178; RDGRN de 1 abril 1996, RJ 1996\4038; RDGRN de 29 febrero 1996, RJ 1996\3396; RDGRN de 1 febrero 1996, RJ 1996\2450.

⁵⁹ Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil, BOE núm. 119, de 19 mayo 1999.

⁶⁰ M.A. CALZADILLA MEDINA, “Las reformas del Código civil español y la institución de la adopción”, *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de las Palmas)*, 20, diciembre 2003, pp. 27-44.

5. Artículo 9.6 CC: Medidas de protección de las personas

58. La norma de conflicto en materia de protección de menores y mayores ha sufrido dos modificaciones recientes.

59. El contenido del precepto en el año 1974 aludía a la ley aplicable al incapaz, y lo hacía en estos términos: *“La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual. Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española. Será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que so hallen en territorio español”*⁶¹.

60. Con la aplicabilidad del Convenio de la Haya de 1996 en España, la mencionada Ley 26/2015 cambia el contenido del precepto para remitir, en lo relativo a la ley aplicable a la protección de los menores, al citado texto convencional (artículo segundo). También, incorpora un párrafo en relación con la ley aplicable a los mayores.

Así, *“La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo. La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección”*.

61. Posteriormente, el último cambio ha venido de la mano de la ya comentada Ley 8/2021, la cual, ha sustituido “personas mayores” por “personas con discapacidad” y “medidas de protección” por “medidas de apoyo”.

62. El artículo 9.6 CC es aplicable, sobre todo, el segundo párrafo, el regulador de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En lo relativo a las medidas de protección de los menores, como ya se ha explicado anteriormente, la existencia del Convenio de La Haya de 1996 hace que la norma de conflicto de producción interna tenga una aplicación residual, reducida a los supuestos en los que se trate de un menor de edad, según su ley nacional, mayor de 18 años y aquellos otros en los que las autoridades españolas no sean competentes por los foros del propio Convenio. Aunque, también hay que subrayar la importancia que tiene el precepto en lo que se refiere a ser la norma con la que se va a concretar, siquiera sea por remisión a las conexiones del Convenio, el ordenamiento español aplicable en casos de conflictos de leyes internos, como ya vimos anteriormente en relación con otros apartados del artículo 9⁶².

6. Artículo 9.7 CC: Alimentos

63. Este artículo, dedicado a la ley aplicable a los alimentos, ha sido modificado únicamente en una ocasión, desde la entrada en vigor de la Constitución, por el artículo 2.1 de la ya mencionada Ley 26/2015.

64. El cambio se realizó para remitir la determinación de ley aplicable a los alimentos al Protocolo de La Haya de 2007, texto que no existía en la fecha de elaboración del Capítulo IV del Título

⁶¹ ATS de 16 enero 2001, ECLI:ES:TS:2001:1407A; STS de 21 junio 1991 (RJ 1991\4570).

⁶² El Código Civil de Cataluña regula las medidas de protección de las personas en el Título II del Libro Segundo.

Preliminar del Código Civil⁶³. De esta manera, el tenor literal del artículo 9.7 que, en un primer momento, en el año 1974, decía que “*El derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación. En caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio*”, pasa a establecer que “*La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya*”.

65. Este artículo 9.7 CC es una norma inaplicable desde la entrada en vigor en España del Protocolo de La Haya de 2007 -18 de junio de 2011-⁶⁴. Aunque, es verdad que, en relación con las *obligaciones de alimentos entre parientes* que no estén cubiertas por el ámbito de aplicación material del Protocolo, el precepto de producción interna sería el que debería tener en cuenta el tribunal español⁶⁵.

66. Por otro lado, volvemos de nuevo al artículo 16 CC, el hecho de que este precepto 16 del Código Civil, al regular los conflictos de leyes internos, remita a las conexiones del Capítulo IV del Título Preliminar, hace que tenga sentido, y sea necesaria, la existencia del artículo 9.7 CC.

Así es, España es un ordenamiento plurilegislativo en algunas materias, alimentos es una de ellas⁶⁶. Este contexto supone que, cuando la norma de conflicto indica que la ley aplicable es el Derecho español, haya que concretar qué ordenamiento español es el rector de la cuestión. El artículo 16.1 CC es la norma de producción interna española que se encarga de responder a esta cuestión, es el precepto que resuelve el conflicto de leyes interno. Sin embargo, si la norma de conflicto, como sería nuestro caso, es un texto de origen supranacional, como es el Protocolo de La Haya de 2007, se habrá de estar a lo que indique esta norma al respecto, siempre que contemple esta situación.

El Protocolo de la Haya sí contempla esta situación y regula en el artículo 16 la manera en la que se debe determinar el ordenamiento aplicable en los casos de remisión a Estados con varias unidades territoriales con legislación propia. En este precepto se utiliza la técnica de remisión directa, cuando la conexión permite concretar la unidad territorial del Estado, y la de remisión indirecta, en el resto de los casos. En virtud de la primera, la conexión residencia habitual indicará la unidad territorial de ese Estado donde se encuentre la residencia habitual.

Sin embargo, si la conexión es la nacionalidad, se estará a lo que disponga la *ley de dicho Estado* de la nacionalidad (art. 16). Por tanto, en estos casos, el artículo 16.1 del Código Civil sería el aplicable. Este precepto establece que “*Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público*”. Es en este punto en el que el artículo 9.7 resultaría necesario para concretar la unidad territorial española cuyo ordenamiento sería el aplicable cuando la conexión utilizada sea la nacionalidad del sujeto y éste sea español. El problema es que el artículo 9.7 remite al Protocolo de La Haya de 2007, no tiene conexiones propias. Habría que utilizar, por tanto, estas conexiones del texto de producción supranacional para determinar el ordenamiento español aplicable al caso, con las particularidades que recoge el artículo 16 CC al respecto.

⁶³ Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/16d5938e-2792-4104-8b0e-9fd5e7e357b6.pdf>

⁶⁴ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=133>

⁶⁵ El Protocolo de La Haya de 2007 se aplica a las “*obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres*” (art. 1.1).

⁶⁶ El Código Civil de Cataluña, siguiendo con el mismo ejemplo ya mencionado, se ocupa de esta materia en los artículos 234-10, 234-11 y 234-12 del Libro Segundo (Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, BOGC n° 203, de 21 agosto 2010).

67. No obstante, como ya mencionados en el apartado dedicado al artículo 9.4 CC, existen sentencias en las que se aplica el Derecho foral directamente, sin tener en cuenta la posible remisión que el artículo 9.7 CC realice al mismo. Así, en la SAP de Barcelona, de 9 de abril de 2014, el tribunal establece que “Según el artículo 5.1 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, debe aplicarse la ley de la residencia de los menores a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Por la que atañe a los alimentos, el artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español, debe aplicarse el derecho civil catalán a las medidas discutidas en virtud de los artículos 47.1 y 48.a) del Convenio de 1996, y 16.1.a) y 16.2.a) del Protocolo de 2007, vista la territorialidad del derecho catalán, según los artículos 14.1 del Estatut d’Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC). No procede, como invoca el apelante, la aplicación del Código Civil (LEG 1889, 27) estatal” (FD Segundo)⁶⁷.

7. Artículo 9.8 CC: Sucesiones

68. La norma de conflicto, de producción interna, en materia de sucesiones también ha sido objeto de modificación, en una ocasión, tras la entrada en vigor de la Constitución⁶⁸. El cambio ha sido originado por el artículo 1 de la comentada Ley 11/1990.

69. El contenido actual del precepto es el incorporado por esta Ley 11/1990, en cuya virtud, “La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”⁶⁹.

La diferencia entre la versión del año 1974 y la actual se encuentra en el último párrafo del precepto, relativo a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente, alusión que no existía en la primera y que se introduce por la Ley 11/1990⁷⁰.

70. Parece oportuna la incorporación al precepto realizada por la Ley 11/1990. Efectivamente, es aconsejable que la misma ley regule ambas cuestiones, el régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios que, por ministerio de la ley, le correspondan al cónyuge viudo, ya que, de otro modo, el resultado al que puede llegarse podría ser injusto⁷¹. Si bien, por iniciativa de las partes, del causante y

⁶⁷ ECLI:ES:APB:2014:3252.

Vid., también, en el mismo sentido, SAP de Barcelona, de 21 marzo 2014, ECLI:ES:APB:2014:2609 (FD Segundo) y SAP de Barcelona, de 5 marzo 2014, ECLI:ES:APB:2014:2460 (FD Segundo).

⁶⁸ *Vid.*, en relación con la versión de 1974 del precepto, STS de 4 octubre 1982, RJ 1982\5537. Y, respecto de la versión original de 1889, en la que las sucesiones se encontraban reguladas en el artículo 10, *vid.*, STS de 10 diciembre 1966, ECLI:ES:TS:1966:1881.

⁶⁹ STS de 30 abril 2008, ECLIES:TS:2008:1632; STS de 13 octubre 2005, ECLI:ES:TS:2005:6123 -sentencia en la que se aplica el artículo 9.1 CC a la sucesión de una nacional italiana-; RDGRN de 1 marzo 2005, RJ 2005\2073; RDGRN de 5 febrero 2005, RJ 2005\2451 -en relación con los derechos sucesorios del cónyuge viudo-; RDGRN de 11 marzo 2003, RJ 2003\3949 -también relativa a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente-; STS de 23 septiembre 2002, ECLI:ES:TS:2002:6053; STS de 5 marzo 2002, ECLI:ES:TS:2002:1564; RDGRN de 6 marzo 1997, RJ 1997\2033; STS de 15 noviembre 1996, ECLI:ES:TS:1996:6401.

⁷⁰ STS de 16 marzo 2016, ECLI:ES:TS:2016:1160; STS de 28 abril 2014, ECLI:ES:TS:2014:2126.

Vid., M. ÁLVAREZ TORNÉ, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in private international law”, en K. BOELE-WOELKI/T. SVERDRUP (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Portland, 2008, pp. 398-403.

⁷¹ A. BONOMI, “The interaction among the future EU Instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 220-221; E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria: el

de los cónyuges, se pueda hacer coincidir la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo y la ley aplicable al régimen económico matrimonial⁷².

El resultado injusto al que aludíamos se podría alcanzar por la descoordinación entre la ley que regula una cuestión y la ley que regula la otra. Por eso, el TS afirma que la referencia del artículo 9.8 *in fine* a la ley del régimen económico matrimonial se debe “*a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge superviviente y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial: solución, además, armónica con los instrumentos internacionales vigentes, aun no habiéndose ratificado por el Reino de España, caso de las Convenciones de La Haya de 4 de marzo de 1978 y de 1 de agosto de 1989*”⁷³.

Así es, en cada ordenamiento, el legislador nacional es consciente de que debe coordinar la regulación en materia de derechos sucesorios de cónyuge viudo y de régimen económico matrimonial. Ambas cuestiones se encuentran muy relacionadas. El fallecimiento de uno de los cónyuges es una de las causas de disolución del régimen económico matrimonial. Por el lado del difunto, la cuantía del caudal hereditario dependerá de lo que reciba por la liquidación del régimen económico matrimonial. Por el lado del cónyuge superviviente, la muerte de su pareja supone que sea beneficiario de la parte correspondiente de los bienes del matrimonio, según el régimen aplicable a los efectos de la unión, y, por otra parte, de los derechos sucesorios por el fallecimiento de su cónyuge. Por esta razón, como decíamos, el legislador nacional regula ambas cuestiones de manera coordinada, para intentar que el cónyuge superviviente reciba una cantidad equilibrada de bienes tras la defunción de su pareja.

De esta manera, los ordenamientos que regulan la aplicación del régimen de sociedad de gananciales, en defecto de autonomía de la voluntad, no estipulan especial protección para el cónyuge viudo en materia de derechos sucesorios debido a que, por régimen económico matrimonial, ya le corresponde la mitad del patrimonio –*ad. ex.*, España⁷⁴. El mismo criterio preside la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente en otros ordenamientos en los que el régimen de separación de bienes es el aplicable en defecto de pacto. En este caso, al corresponder a cada cónyuge lo que ya tenían en propiedad cada uno, la regulación en materia de derechos sucesorios es más protectora con el contratante superviviente –*ad. ex.*, Reino Unido-. Pues bien, si la ley aplicable a ambas cuestiones es la misma, el resultado estará equilibrado por la coordinación que existirá en el Derecho rector en las dos materias⁷⁵. Sin embargo, si son dos las leyes aplicables, el resultado puede no ser razonablemente justo⁷⁶.

Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 593-594; R. HAUSMANN, “Drawing the border line between the succession regulation and the matrimonial property regulation: the example of section 1371(1) German Civil Code (BGB)”, *The European Legal Forum*, 18, 3, 2018, pp. 61-68; 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. 531; C.I. NAGY, “El Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, p. 515; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 19-20.

Vid., en relación con la calificación como sucesoria de la parte alícuota correspondiente al cónyuge superviviente, a efectos de hacerla constar en el certificado sucesorio europeo, STJUE 1 marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138.

⁷² I. ANTÓN JUÁREZ, “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y certificado sucesorio europeo: ¿una combinación explosiva?”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 775; J.M. FONTANELLAS MORELL, “La ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales 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. 278.

⁷³ STS 28 abril 2014, ECLI:ES:TS:2014:2126.

⁷⁴ El Código Civil español prevé para el cónyuge superviviente el usufructo del tercio de mejora, en el caso de que concurra a la herencia con hijos o descendientes del difunto, y el usufructo de la mitad del caudal hereditario, si son los ascendientes los herederos (arts. 834 y 837, respectivamente). En el supuesto de que el fallecido no tuviera descendientes ni ascendientes, el cónyuge tendrá derecho al usufructo de las dos terceras partes de la herencia (art. 838).

⁷⁵ En relación con esto, el BGB alemán establece que “*If the property regime is ended by the death of a spouse, the equalisation of the accrued gains is effected by the share of the inheritance on intestacy of the surviving spouse being increased by one quarter of the inheritance; it is irrelevant here whether the spouses in the individual case have made accrued gains*” (Section 1371 (1). https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4910).

Vid., R. HAUSMANN, “Drawing the border line between the succession regulation and the matrimonial property regulation: the example of section 1371(1) German Civil Code (BGB)”, *The European Legal Forum*, 18, 3, 2018, pp. 61-68.

⁷⁶ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Régimen económico matrimonial y de las parejas registradas”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 169-170.

Pensemos en el hecho de que la ley aplicable al régimen económico matrimonial sea la de un Estado en que prime la separación de bienes, en defecto de pacto de los cónyuges, y que la ley aplicable a la sucesión sea la de un Estado en el que el régimen económico matrimonial a tener en cuenta, si no hay acuerdo de los contrayentes, sea el de sociedad de gananciales. En este caso, podría ocurrir que, por régimen económico matrimonial, al cónyuge viudo le correspondiera poco, y que, por la ley aplicable a los derechos sucesorios, tampoco recibiera mucho. El cónyuge, en este supuesto, se vería doblemente perjudicado. También podemos plantearnos un caso en sentido contrario y podemos llegar a un resultado en el que el cónyuge se viera doblemente beneficiado.

71. Lo deseable hubiera sido que en el ámbito de aplicación de la ley rectora del régimen económico matrimonial hubieran estado incluidos los derechos sucesorios del cónyuge viudo pero, para ello, el Reglamento de sucesiones europeo los habría tenido que excluir de la *lex successiois* –circunstancia que no ha ocurrido y que es aplaudida por algún autor que considera que, así, no se fragmenta la sucesión y se respeta el principio de unidad de ley que inspira el Reglamento sucesorio europeo⁷⁷-. Por lo tanto, a diferencia que lo que pasaba en España en ausencia del Reglamento de sucesiones y bajo la cobertura del artículo 9.8 CC, en la actualidad los derechos sucesorios del cónyuge supérstite quedan regulados por el Reglamento 650/2012 y el régimen económico matrimonial por los artículos 9.2 y 9.3 CC; salvo, en este último caso, que el matrimonio de que se trate se haya celebrado después del 29 de enero de 2019 -o haya elección de ley después de esa fecha-, supuesto en el que el Reglamento de régimen económico matrimonial sería la norma aplicable. Este nuevo escenario normativo puede conducir a que las dos leyes aplicables a estas dos cuestiones no se encuentren coordinadas y tengan por resultado una situación desequilibrada de bienes para el cónyuge supérstite.

Una posible solución a esta descoordinación entre el Derecho material aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo y la ley reguladora del régimen económico matrimonial es que el tribunal, aplicando el artículo 31 del Reglamento 650/2012, *adapte* el Derecho sucesorio al caso teniendo en cuenta el ordenamiento rector del régimen económico matrimonial⁷⁸.

72. Como acabamos de mencionar, esta incorporación, relativa a la determinación de que la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite sea la de los efectos del matrimonio, ha perdido relevancia desde la aplicabilidad del Reglamento 650/2012, cuyo artículo 23.1.b) dispone que los derechos sucesorios que le corresponden al cónyuge viudo quedarán regulados por la *lex successiois*.

Por lo tanto, sólo sería en escasos supuestos, en aquellos en los que surjan litigios en la actualidad en relación con la sucesión de un sujeto fallecido antes del 17 de agosto de 2015, en los que se aplicaría el artículo 9.8 CC y la ley rectora de los derechos que por ministerio de la ley le correspondan al cónyuge supérstite sería la ley de los efectos del matrimonio. En estos casos, la ley de los efectos vendría determinada por los artículos 9.2 y 9.3 CC, ya que, no es posible que, habiendo fallecido un miembro del matrimonio antes del 17 de agosto de 2015, la pareja haya celebrado su matrimonio, o haya realizado una elección de ley rectora del régimen económico matrimonial, después del 29 de enero de 2019, fecha de aplicabilidad del Reglamento 2016/1103; norma *ésta* que, en coordinación con lo dispuesto por el Reglamento sucesorio, excluye de su ámbito de aplicación esta materia de los derechos que por ministerio de la ley le corresponde al cónyuge supérstite (art. 1.2.d).

73. No obstante lo anterior, el precepto, del mismo modo que expusimos en relación con los anteriores apartados del artículo 9.7 CC, tiene sentido y es necesaria su existencia en el Capítulo IV del

⁷⁷ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 695; P. LAGARDE, “Clearer patrimonial regimes for international couples”, Conferencia organizada por el CNUE, Bruselas, 17 octubre 2011 (<http://notaries-of-europe-eu/conference-2011/programme.php>).

⁷⁸ R. HAUSMANN, “Drawing the border line between the succession regulation and the matrimonial property regulation: the example of section 1371(1) German Civil Code (BGB)”, *The European Legal Forum*, 18, 3, 2018, pp. 61-68.

Vid., en este sentido de utilizar la *adaptación* en este caso, 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. 57.

Título Preliminar del Código Civil, todo ello, por la ya comentada remisión que realiza el artículo 16 CC a las conexiones recogidas en este Capítulo IV para resolver el problema de la remisión al ordenamiento plurilegislativo español.

Así es, el Reglamento sucesorio regula este problema de aplicación en los artículos 36 y 37, distinguiendo entre ordenamientos de base territorial, recogidos en el primero de los preceptos mencionados, y ordenamientos de base personal, en el segundo. En ambos, se utiliza el sistema subsidiario para determinar el Derecho finalmente aplicable⁷⁹. Con el sistema subsidiario, el legislador opta por la técnica de remisión indirecta en primer lugar y, después, en defecto de lo anterior, por la remisión directa⁸⁰.

74. Centrándonos en la remisión a ordenamientos plurilegislativos de base territorial, por ser España de este tipo, el artículo 36 del Reglamento establece que *“1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión. 2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento; b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha; c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al artículo 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha”*.

Como vemos, y ya se ha mencionado antes, el legislador europeo del Reglamento sucesorio opta por la técnica de remisión indirecta para resolver el problema de ordenamientos plurilegislativos. Así es,

⁷⁹ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 9.

⁸⁰ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 9. Este autor realiza cuatro críticas a este método que ha elegido el legislador europeo para incorporar al Reglamento sucesorio (P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, pp. 15-22). Estas cuatro críticas son las siguientes: 1) incoherencia sistemática. En efecto, en la Unión Europea, por un lado, los Reglamentos en materia patrimonial -Roma I y Roma II- utilizan el método directo de determinación del ordenamiento aplicable mientras que los textos en materia de familia, por otro, emplean esta técnica subsidiaria -Reglamento de alimentos y Reglamento sucesorio-; 2) incoherencia estructural, porque el artículo 38 del Reglamento es totalmente innecesario adoptando un sistema subsidiario. Así es, la posibilidad de aplicar los artículos 36 y 37 a los conflictos de leyes internos que prescribe el artículo 38 sólo tendría sentido en el marco de un sistema de remisión directa; 3) la aplicación del Reglamento a extranjeros que fallecen en España. Los extranjeros no tienen vecindad civil española y éste es el criterio que utilizan las normas internas de conflicto de leyes en España para determinar la legislación aplicable en el caso de que la conexión sea la nacionalidad -conexión empleada por el artículo 9.8 CC-; 4) problemas de validez formal de las disposiciones mortis causa. El artículo 27 del Reglamento ofrece varias leyes conforme a las que pueden ser válidas las disposiciones por causa de muerte. Sin embargo, el artículo 75.1 del RES indica que si el Estado del foro es parte del Convenio de La Haya de 1961, esta será la norma que deberá seguirse al respecto (Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de validez de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988). Realmente, el artículo 27 del RES y el Convenio de La Haya recogen las mismas conexiones para dar validez a las disposiciones mortis causa, sin embargo, en el caso de ordenamientos plurilegislativos, mientras que el Convenio utiliza la expresión “ley del lugar” para conexiones territoriales, el Reglamento sucesorio habla de la “ley”. Por ello, en el primer caso, la determinación que realiza el texto convencional es directa y, en el segundo, tendremos que acudir al método subsidiario recogido en los artículos 36 y 37 para determinar el ordenamiento aplicable al caso, lo cual dificulta la validez de las disposiciones mortis causa en muchas ocasiones.

en primer lugar, remite a la norma interna de conflicto de leyes del Estado del foro, artículo 16 CC en nuestro caso. No obstante lo anterior, en el supuesto de que no exista regulación de producción interna en el ordenamiento del foro, el Reglamento recurre a la técnica de remisión directa y, directamente, indica cómo determinar el ordenamiento que debería ser aplicado al caso en cuestión.

Utilizar el método indirecto y remitir, por tanto, a las normas internas de conflicto de leyes, supone que se respete la voluntad del legislador nacional en estos supuestos y que se resuelvan de la misma manera los conflictos de leyes internacionales y los conflictos de leyes internos⁸¹. Efectivamente, establecer que el Derecho aplicable sea el determinado por la norma interna de conflictos interregionales conlleva que haya unidad de soluciones en este contexto⁸².

75. Profundizando un poco más en esta norma de aplicación, algunos autores consideran que cuando el Reglamento alude a *las normas internas de conflicto de leyes* en el artículo 36.1, no sólo hace referencia a los supuestos en los que exista una sola norma interna de conflicto de leyes sino, también, a aquellos otros en los que haya varias, una por cada unidad territorial⁸³. Argumentan para ello que, sólo entendido así el artículo 36.1 del Reglamento, se conseguiría respetar efectivamente la voluntad del legislador nacional y se resolverían de la misma forma los conflictos internos y los conflictos internacionales. En este sentido, si en el ordenamiento plurilegislativo hay varias normas internas de conflicto de leyes, la que habría que elegir a estos efectos sería la de la unidad territorial a la que remita la norma de conflicto del Reglamento —la de la residencia habitual del causante, por ejemplo—⁸⁴.

Esta interpretación del artículo 36.1 no es coherente con la existencia de la regla subsidiaria de determinación directa que recoge el propio precepto en el apartado segundo. Además, la elección de la unidad territorial a la que remita la norma de conflicto del Reglamento para aplicar su norma interna de conflicto de leyes no sería operativa en el caso de que la conexión empleada por el Reglamento no fuera territorial. Así es, cuando la conexión de la norma de conflicto del texto europeo es la nacionalidad, no podría concretarse a priori ninguna unidad territorial a estos efectos. En este caso, dicen los autores, es cuando se tendría que acudir al artículo 36.2 y especificar la unidad territorial más vinculada con el causante⁸⁵.

76. En el supuesto de que el causante haya elegido ley aplicable a su sucesión, si esa elección es la de una unidad territorial de un ordenamiento plurilegislativo, será válida si los artículos 36.1 o 36.2 remiten a ese territorio⁸⁶. En efecto, puesto que el artículo 22 del Reglamento indica que el causante puede

⁸¹ 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. 608

⁸² P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 14; 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. 608.

⁸³ 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. 608.

⁸⁴ 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. 609. Este mismo autor, con esta interpretación del artículo 36.1, afirma que no tiene mucho sentido que se utilice este precepto cuando la norma de conflicto aplicable del Reglamento sea la cláusula de excepción del artículo 21.2. En efecto, en estos casos, la necesaria estrecha vinculación que debe tener el Estado en cuestión con la sucesión, por la aplicación de esta cláusula, se podría ver truncada si entrara en juego el precepto 36.1 para determinar el concreto ordenamiento jurídico aplicable al caso. No obstante lo cual, del mismo modo que sí se ha excluido la aceptación del reenvío en el caso de esta cláusula de excepción, no se ha hecho lo propio en relación con el artículo 36.1, por tanto, habría que aplicarlo cuando el Estado más vinculado con la sucesión sea un ordenamiento plurilegislativo (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. 611).

⁸⁵ 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

⁸⁶ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *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.

elegir la ley del Estado de la nacionalidad, los criterios de estos preceptos serán los que determinen si la unidad territorial escogida del Estado de su nacionalidad es válida como ley rectora de la sucesión. No obstante, en el supuesto de que no fuera válida la elección, la voluntad del causante debería considerarse como elemento a tener en cuenta de vinculación con el difunto en el marco del artículo 21.2 del Reglamento -cláusula de excepción- para determinar el Derecho finalmente aplicable⁸⁷.

77. Si la ley aplicable fuera la de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1 RES) y el causante extranjero falleció teniendo su residencia habitual en España, habría que aplicar el artículo 16 CC para identificar el Derecho, foral o común, que debe utilizarse para resolver la cuestión. El artículo 16 CC remite a las reglas del Capítulo IV del Título Preliminar, por lo tanto, tendremos que ir al artículo 9.8 CC, norma de conflicto de producción interna en materia de sucesiones. Según este precepto, la ley aplicable a la sucesión es la de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento. El artículo 16 CC indica que la conexión ley personal debe entenderse como vecindad civil. Pero, los extranjeros no tienen vecindad civil en España. Cabría preguntarse, en este caso, qué criterio se puede arbitrar para solucionar esta indefinición.

Los autores aportan varias teorías para dar respuesta a esta situación⁸⁸. Una de ellas es la que apuesta por aplicar el Derecho civil común⁸⁹. Esta opción no es adecuada, ya que, en nuestro ordenamiento no existe preferencia por el Derecho común en relación con los ordenamientos forales⁹⁰. Otra teoría es la que considera que debería aplicarse la unidad territorial que presente una mayor vinculación con el causante. En tercer lugar, aplicar el artículo 9.10 CC e ir a la unidad territorial donde el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento⁹¹. Esta es la solución que han propuesto algunos autores para resolver el problema cuando se acepta el reenvío de retorno⁹². Por último, también se propone aplicar el artículo 36.2 del Reglamento, entendiendo que cuando el texto dice que se aplicará en caso de que no existan normas de conflicto interregional, debe interpretarse de manera amplia para incluir también en su ámbito de aplicación los supuestos en los que, habiéndolas, no se adecúan al supuesto concreto⁹³.

Con algunas de estas teorías propuestas, en realidad, si la conexión del Reglamento sucesorio que opera a la hora de determinar el Derecho aplicable es la del artículo 21.1 y acudimos al Derecho español por ser España el país de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, al final llegaríamos a la misma solución a la que se habría llegado de haber aplicado la técnica de remisión directa, cual es, aplicar el ordenamiento español donde el causante tenía su residencia habitual cuando falleció. Sin embargo, la realidad es que el legislador europeo exige tener en cuenta, en primer lugar, la forma de determinación del ordenamiento jurídico aplicable prevista por el legislador español.

⁸⁷ 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; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Articles 36, 37 and 38", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 527

⁸⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 267-268

⁸⁹ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 17.

⁹⁰ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 19; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 267.

⁹¹ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 18; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 268.

⁹² A. FONT I SEGURA, "La pluralidad interna visita el reino del Derecho Internacional privado", *Indret*, núm. 2, abril 2007, p. 13

⁹³ 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. 612; P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 19. Este último autor considera que es la mejor de las opciones planteadas.

8. Artículos 9.9, 9.10 y 9.11 CC: Doble nacionalidad

78. Estos preceptos no han sido objeto de modificación tras la entrada en vigor de la Constitución española.

79. El contenido de los mismos es el que ya tenían en su origen, cuando se elaboró el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, según el cual, “9. *A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente. 10. Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual. 11. La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales*”.

V. Artículo 10 CC: Normas de conflicto en materia patrimonial

80. El artículo 10 CC ha sido objeto de cambio una única vez, con la Ley 8/2021, ya mencionada (art. segundo dos). Además, esa modificación ha sido menor, sólo ha afectado al apartado 8 del precepto.

81. Por lo anterior, esta norma de conflicto de producción interna en materia patrimonial sólo ha cambiado su contenido en relación con la cláusula de excepción del interés nacional del artículo 10.⁹⁴

En el año 1974 el precepto decía que “*Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a*

⁹⁴ *Vid.*, en relación con esta excepción del interés nacional, A.L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXI, núms. 1-3, 1978-1979, pp. 111-137; *Id.*, “La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación”, *Anales de la Universidad de Murcia, Derecho*, vol. XXXIV, núms. 1-2, Curso 1975-76 (Ed. 1980), pp. 209-233 (también en el *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIV, fasc. 1, 1981, pp. 85-107); *Id.*, “La doctrina del interés nacional en Derecho interregional”, *Anales de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 3, 1982, pp. 215-218; *Id.*, “La excepción del ‘interés nacional’”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 72-76 y 91-92 (2ª ed. revisada, 1988, pp. 72-76 y 91-92; 3ª ed. revisada y ampliada, 1990, pp. 66-70 y 85-86; 4ª ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 94-99 y 137; 5ª ed. revisada, 1993, pp. 94-99 y 137; 6ª ed. revisada, Madrid, Editorial Eurolex, S.L., 1995, pp. 106-111 y 138); *Id.*, Art. 10.8”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 710-728; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., “Comentarios a los arts. 8 CC, 9.2 CC, 9.3 CC, 9.11 CC, 10.5 CC, 10.6 CC, 10.7 CC, 10.8 CC, 12.1 CC, 12.2 CC, 12.3 CC, 12.4 CC, 12.5, CC, 12.6 CC, 107 CC; LEC 1/2000 de 7 enero 2000; Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000; Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (selección de normas) (arts. 21, 22, 278); Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (selección de normas); Reglamento del Registro Civil (selección de normas); Reglamento hipotecario (selección de normas); Convenio sobre notificación en el extranjero hecho en La Haya el 15 noviembre 1965; Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero hecho en La Haya el 4 mayo 1970; Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en La Haya el 1 marzo 1954; Convenio suprimiendo legalización de documentos hecho en La Haya el 5 octubre 1961; Reglamento 1348/2000 29 mayo 2000, sobre notificación entre países comunitarios; Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial; Convenio de Luxemburgo de 20 mayo 1980; Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980; y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio 1980”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dirs.), *Legislación de Derecho internacional privado comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Editorial Colex, 2002, pp. 17-20, 31-38, 74-77, 95-96, 135-161, 167-178, 186-191, 192-193, 195-199, 201-219, 223, 226, 253-286, 313-314, 317-334, 337, 495-506, 508-511, 514, 524-526, 534-536, 543-546, 562-564, 577-578, 647-654, 715-719, 729-735, 824-848; *Id.*, “Arts. 9.11 y 10.8”, Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 103-105 y 125-127 (actualizado el primero de ellos con el título “Las personas jurídicas”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed. revisada, Madrid, Eurolex, S.L., 1995, pp. 84-94 y 97); *Id.*, “Art. 10.8”, Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 125-127.

los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero”⁹⁵. En la versión actual, consecuencia de la Ley 8/2021, “*En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en España, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley española solo podrán invocar su discapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal discapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte*”.

82. Esta cláusula de excepción del interés nacional se encuentra, también, recogida en el Reglamento Roma I, aplicable por los tribunales europeos, excepto los daneses, en relación con contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009⁹⁶.

El artículo 13 del Reglamento dispone que “*En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte*”.

Como puede comprobarse, el tenor literal de ambos preceptos, el artículo 10.8 CC y el artículo 13 del Reglamento Roma I, es prácticamente idéntico. Por lo que, en la versión actual, introducida por la Ley 8/2021, el artículo 10.8 tendrá una aplicación muy residual, por no decir, nula, reducida a los litigios surgidos de contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993. Esto es debido a que el Reglamento Roma I, como ya se ha mencionado, es aplicable a los contratos acordados después de 17 de diciembre de 2009. Si el contrato se ha celebrado antes de esta fecha y después del 1 de septiembre de 1993, en España se aplicaría el Convenio de Roma de 1980, que tiene, también, la misma excepción del interés nacional en el artículo 11⁹⁷. En relación con los contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993, los tribunales españoles aplicarán la norma de conflicto de producción interna, el artículo 10.5 CC, y es en este contexto en el que podría aplicarse, para valorar esta cuestión de incapacidad, el artículo 10.8 CC.

83. Con la versión anterior, el precepto tendría más virtualidad práctica porque se aplicaría, también, en los casos no cubiertos por la cláusula del artículo 13 del Reglamento Roma I u 11 del Convenio de Roma de 1980.

Con la redacción anterior, el contratante que actúe de forma negligente en la comprobación de la incapacidad de la otra parte se encontraría protegido por el precepto. Así es, en estos casos, la ley aplicable a la capacidad sería la española, y no la nacional del contratante, y el contrato sería válido. Por otra parte, el artículo 13 del Reglamento, y el 11 del Convenio, sólo contemplan la incapacidad de las personas físicas, en cambio, el artículo 10.8, en la versión original, no limitaba su aplicación a estas personas y, por tanto, incluía también a las personas jurídicas⁹⁸.

VI. Artículo 12 CC: normas de aplicación

84. Este precepto 12 del Código Civil también ha sido objeto de modificaciones menores. En concreto, sólo ha sido cambiado el párrafo 6 del artículo, por la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil (Disp. derogatoria única, 2.1º)⁹⁹.

⁹⁵ RDGRN de 21 abril 2003, RJ 2003\4036; RDGRN de 13 enero 1999, RJ 1999\46.

⁹⁶ Reglamento (CE) N° 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 L177, de 4 julio 2008.

⁹⁷ Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, DOCE L266, de 9 octubre 1980; Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República portuguesa al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992, BOE núm. 171, de 19 junio 1993.

La cláusula que recoge la excepción de interés nacional del Convenio de Roma establece que “*En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en razón, solamente, de negligencia por su parte*”.

⁹⁸ RDGRN de 4 marzo 1981, RJ 1981\1190.

⁹⁹ STS de 5 marzo 2002, ECLI:ES:TS:2002:1564.

85. La actual Ley de enjuiciamiento civil deroga el párrafo segundo del artículo 12.6. De esta manera, la alusión a que “*La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas*”, al incorporarse al artículo 281.2 de la LEC, se elimina del precepto 12.6 del CC¹⁰⁰.

VII. Conclusiones

86. Las conclusiones que se exponen a continuación son sobre los artículos 9 y 10 del Código Civil por la razón de que ambos preceptos constituyen las normas de conflicto de producción interna, en cuestiones sustantivas de Derecho de familia y patrimonial, que contiene el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. Además de lo anterior, el artículo 9 es la norma que más modificaciones ha experimentado desde la entrada en vigor de la Constitución española, de los cinco preceptos que contiene este Capítulo IV.

87. Primera. El legislador español ha optado por cambiar la conexión nacionalidad y sustituirla por la residencia habitual. El artículo 9 del Código Civil ha experimentado una evolución hacia la residencia habitual como criterio de determinación de la ley aplicable.

En el año 1974, con la creación del Capítulo IV del Título Preliminar, el legislador optó por la conexión nacionalidad en todas las materias reguladas en el artículo 9. Sin embargo, años después ha ido incorporando la residencia habitual, si no como conexión primera, sí, al menos, como subsidiaria. Salvo en relación al estatuto personal, respecto del cual, el artículo 9.1 CC sigue remitiendo a la ley nacional del sujeto, y las sucesiones, en relación con las que el artículo 9.8 CC dispone que la ley rectora sea la de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento.

88. Segunda. Un hito importante en el origen de algunos de los cambios que ha experimentado el artículo 9 es la entrada en nuestro ordenamiento de algunas normas de producción supranacional. Esta situación ha supuesto que varios apartados del artículo 9 dejen de tener conexiones propias y remitan a las conexiones de esos textos convencionales. Esto es lo que ha ocurrido con el artículo 9.4.II y 9.6.I, que indican que la ley aplicable a la responsabilidad parental y a las medidas de protección de los menores, respectivamente, será la determinada por el Convenio de La Haya de 1996, o el artículo 9.7 CC que remite al Protocolo de La Haya de 2007 para conocer la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. Este contenido, ausente de conexiones propias, supone que a través de las normas de conflicto de producción interna se apliquen las conexiones de los textos de origen supranacional por incorporación por referencia, en los escasos supuestos en los que estas normas elaboradas por el legislador nacional sean aplicables.

89. Tercera. En el caso del artículo 9.5 CC, regulador de la ley aplicable a la adopción, no sólo no tiene conexiones propias, también, ha perdido su naturaleza de norma de conflicto aplicable. Efectivamente, la Ley de adopción internacional del año 2007 se ha convertido en la norma de conflicto de producción interna en materia de adopción. Esto significa que la remisión que realiza el artículo 9.5 CC a esta Ley es innecesaria. Aunque el artículo 9.5 CC no existiera, la norma de conflicto aplicable a la adopción seguiría siendo la Ley de adopción internacional. El único sentido que tiene el actual artículo 9.5 CC es servir como precepto al que acudir en casos de conflictos de leyes internos en esta materia, todo ello, en virtud del artículo 16 CC.

¹⁰⁰ M. REQUEJO ISIDRO, “Artículo 12.6”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 98.

Vid., en relación con el precepto original, incluyendo el segundo párrafo derogado por la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, STS de 4 octubre 1982, RJ 1982\5537; STS de 15 noviembre 1996, ECLI:ES:TS:1996:6401; STS de 4 julio 2006, ECLI:ES:TS:2006:4079; STS de 25 junio 1920, ECLI:ES:TS:1920:618.

90. Cuarta. La aplicabilidad en España de textos de origen supranacional en las materias objeto de las normas del artículo 9 y del artículo 10, estudiadas en este trabajo por haber sufrido modificaciones tras la Constitución española, supone que la mayoría de los preceptos reduzcan su aplicación a supuestos residuales.

Esto es lo que ocurre con los artículos 9.4.II y 9.6.I, que se tendrán en cuenta cuando no sea aplicable el Convenio de La Haya, o el artículo 9.8, que sólo se aplicará cuando el fallecimiento haya tenido lugar antes del 17 de agosto de 2015.

Por su parte, el artículo 9.7 y el 9.5 han quedado derogados como normas de conflicto para determinar el Derecho rector en materia de alimentos y en adopción, respectivamente. En el primer caso, porque el Protocolo de La Haya de 2007 será la norma aplicable a las obligaciones de alimentos, si bien es verdad, que su ámbito material se circunscribe a los alimentos derivados de relaciones de familia, filiación, matrimonio o afinidad, quedando, por tanto, la aplicabilidad del artículo 9.7 CC para las posibles otras relaciones diferentes, como las de parentesco, quizá. En el segundo caso, porque el precepto remite, no a una norma de origen supranacional, sino a la Ley de adopción internacional y, como norma de conflicto, el artículo 9.5 CC ha perdido todo su sentido.

El artículo 10.8 sí que ha quedado, de hecho, sin contenido. La aplicabilidad del Reglamento Roma I, a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009, y la del Convenio de Roma de 1980, a los otorgados después del 1 de septiembre de 1993, las dos normas, con una cláusula de excepción del interés nacional similar a la recogida en el Código Civil, hace que el artículo 9.8 sólo sea tenido en cuenta en relación con los contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993, esto es, su aplicación es nula en la actualidad.

91. Quinta. No obstante lo dicho en la conclusión anterior, todos los apartados mencionados del artículo 9 deben existir, siempre que se encuentren donde están, esto es, en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. Lo anterior es debido a la remisión que realiza el artículo 16 CC a este Capítulo IV para resolver los conflictos de leyes internos que surgen cuando la norma de conflicto remite al Derecho español y hay que concretar qué ordenamiento español debe ser el aplicado al caso.

En estos supuestos, las conexiones que recoge el apartado del artículo 9 correspondiente serán las que determinen qué ordenamiento español será el aplicable. Y, con la remisión que realizan algunos de los preceptos del artículo 9 a normas de origen supranacional, las conexiones a tener en cuenta serán las de estas normas convencionales porque así lo dispone el propio artículo 9 al incorporar por referencia el texto supranacional.