

EFICACIA EN ESPAÑA DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE EFECTOS ECONÓMICOS DEL MATRIMONIO*

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Gerona*

Recibido: 15.09.2011 / Aceptado: 22.09.2011

Resumen: El reconocimiento y la ejecución de una decisión extranjera sobre consecuencias patrimoniales del matrimonio plantea dificultades que van desde la individualización de la normativa aplicable al caso (en presencia de situaciones complejas, cada segmento puede ser objeto de una normativa distinta) hasta la necesidad de filtrar contenidos con frecuencia escasamente ajustados a las concepciones fundamentales del foro, y de traducir instituciones desconocidas a las categorías propias, pasando por lo poco adaptado de –en particular– las disciplinas registrales españolas para lidiar con decisiones extranjeras. Así las cosas, pensar en la futura desaparición del trámite del exequatur es ilusorio (incluso en el espacio europeo).

Palabras clave: régimen económico matrimonial, reconocimiento y ejecución de decisiones, protección de terceros, orden público.

Abstract: The recognition and enforcement of a foreign decision on economic effects of the marriage poses difficulties that range from individualization of the rules governing the case (in the presence of complex situations, each segment can be subject to separate rules) to the need to filter content that are often poorly adjusted to the forum fundamental conceptions, the translation of unknown institutions into the own categories, considering how poorly adapted are Spanish registration disciplines to deal with foreign judgments. So, the thought of the future demise of the processing of exequatur is illusory (even within Europe).

Keywords: economic marriage regime, recognition and enforcement of decisions, protection of third parties, public policy.

Sumario: I. Planteamiento. II. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. 1. El cuadro normativo (fuentes): La necesaria coherencia entre el sistema de competencia judicial internacional y el de reconocimiento y ejecución. 2. Los controles genéricos. A) Competencia del juez de origen. B) Notificaciones. C) Análisis del fondo: La ley aplicada y el límite del orden público. a) Exigencias básicas derivadas de la excepción de orden público: Libertad e igualdad. b) Compatibilidad con el orden público del foro de soluciones materialmente diferenciadas. D) Aspectos particulares de la eficacia en España de las decisiones extranjeras. a) La especial protección dispensada al domicilio familiar. b) La protección de los terceros: El acceso de las decisiones extranjeras a los registros públicos españoles. c) Operaciones sucesivas: De la disolución a la liquidación. d) Las decisiones extranjeras reconocidas como punto de partida de operaciones en el foro. e) Denegación del exequatur por inconciliabilidad de decisiones o pendencia de un proceso en España. f) Ejecución de decisiones que incorporan institutos desconocidos: Trusts, fondo patrimonial, imposibilidad de liquidación, asignaciones patrimoniales de los ordenamientos de inspiración islámica. g) La modificación del régimen. Supuestos de preceptiva intervención judicial. III. A modo de conclusión.

*El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2009-11702 (Subprograma JURI).

I. Planteamiento

1. Adán y Eva se casaron en su país; al cabo del tiempo se instalaron en España, donde prosperaron y compraron, entre otras cosas, una vivienda. Después, con un patrimonio consolidado, regresaron a su lugar de origen, donde iniciaron un negocio. Pero las cosas no salieron como esperaban y terminaron por divorciarse. Ahora tienen una sentencia en la que se dice que el inmueble español debe ser vendido y el producto repartido a partes iguales entre ellos.

Ticio se jubiló y se instaló junto a su actual cónyuge en un pueblo de la costa mediterránea. Después vendió alguna de las propiedades que había acumulado en su país, donando el producto a los hijos de aquélla. Los propios, ahora, han obtenido una sentencia en la que se declara que tales ventas fueron fraudulentas por no concurrir al negocio su primera esposa.

¿Qué hacemos con estas dos sentencias?

2. Que los problemas a tratar son reales lo acredita unos pocos datos: En 2003 el número de extranjeros residentes en España era de algo más de dos millones seiscientos mil, cuando en 1998 superaba apenas el medio millón. Según la actualización del padrón municipal a 1 de enero de 2011, 5.747.734 ciudadanos extranjeros están empadronados en los ayuntamientos españoles, o sea, un 12,2% de la población. No deja de ser relevante que haya regiones como las islas Baleares o Valencia donde ese porcentaje asciende hasta el 22 y 17,4% respectivamente. En otras (Madrid, Murcia, Cataluña y La Rioja) la cifra se mueve en torno al 15 por ciento. Y un último dato a retener: En Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias Extremadura y ambas Castillas los comunitarios superan el 50% del número de extranjeros. Asegura el INE que la mayor parte de los ciudadanos comunitarios residentes en España trabajan en el sector servicios, y a mucha distancia en el industrial. La mera constatación empírica nos dice que a ellos habrá que unir el grupo de los jubilados, bastante numeroso en zonas costeras. De otro lado, Eurostat informa de que en 2007 el número de matrimonios celebrados y de divorcios –probablemente no menos celebrados– con elementos internacionales en España fue de algo más del diez por ciento del total¹. Pues bien, es diáfano que los efectos patrimoniales de cualquier matrimonio son objeto de disciplina jurídica, y que cuando el patrimonio está disperso en varios Estados pueden toparse con litigios en los que un juez nacional ha de decidir sobre bienes situados más allá de su propia jurisdicción (o afectarlos de un modo u otro). Los emigrantes o los trabajadores temporalmente desplazados a España que realicen inversiones en nuestro país y después vuelvan a su lugar de origen; los residentes en el extranjero que adquieran una segunda residencia en España² o inviertan en sociedades españolas; o los jubilados que compren una casa en nuestras costas y fallecen con bienes y herederos domiciliados en sus países pueden encontrarse con una decisión dictada por un juez extranjero y con incidencia –específica o indirecta, en caso de la apertura de una sucesión– en la materia régimen económico matrimonial. La cuestión a partir de aquí será determinar el si y el cómo de la eficacia en España de esas resoluciones.

A tal fin, empezaremos por recordar varios datos y establecer las siguientes premisas:

- a. La atención a esta materia de los regímenes matrimoniales se debe a que aquí se concentran los ejemplos más claros de lo que significa conflicto de leyes. Los modelos sustantivos son tan diferentes como las soluciones tanto conflictuales como en materia de competencia

¹ 208.000 matrimonios en total, 34.000 internacionales; 125.000 divorcios, 14.000 internacionales. En Europa hay dieciséis millones de parejas internacionales, asegura la Comisión en la presentación de las propuestas de reglamentos sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges y entre convivientes. En algunos países las relaciones jurídicas con elementos internacionales son espectaculares: En torno a un tercio de los matrimonios celebrados en Malta y Estonia pertenecen a este grupo, mientras que en Luxemburgo el porcentaje se eleva a bastante más de la mitad. Ni que decir tiene que estos datos tienen su correlato en el número de divorcios.

² Subrayaba el *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l'Union européenne*, elaborado bajo los auspicios de la Comisión en 2002, que unos dos millones y medio de inmuebles pertenecían a matrimonios residentes en un Estado distinto al del lugar de situación. 300.000 inmuebles españoles pertenecen a alemanes.

judicial internacional³. En estas circunstancias, el *forum shopping* es una tentación –*rectius*, una realidad– demasiado virulenta como para afirmar sin matices que la libre circulación de decisiones puede funcionar también en este ámbito.

- b. Si el legislador quiere proteger el tráfico y no entorpecer la libre circulación de personas –y no puede no querer– ha de garantizar el eficaz ejercicio de las facultades inherentes a la titularidad de los derechos, y eso pasa –entre otras cosas– por la información⁴. Una posible solución es unificar las normas sustantivas –incluyendo las registrales– en materia de efectos patrimoniales del matrimonio, solución que no es tal, por inviable y –antes que eso– inoportuna. La segunda opción consiste en unificar las normas de conflicto, con la previa necesaria unificación de las reglas de competencia judicial y el corolario de las de reconocimiento y ejecución de actos y decisiones. Lo cierto es que en ello se está trabajando⁵, pero no podemos desconocer que el alcance territorial del futuro reglamento comunitario será limitado: Cabe apostar sin riesgo que ni siquiera llegará a ser aplicado en todos los Estados de la Unión⁶. En esta materia, los consensos son difíciles, y no conviene olvidar el ejemplo del fracaso del convenio de La Haya de 1978 sobre el mismo tema. Donde se puede incidir, porque es factible –no sólo en el espacio europeo; para demostrarlo basta repasar la lista de convenios bilaterales suscritos por España– es en el sector reconocimiento y ejecución, diseñando un sistema suficientemente flexible como para asegurar la continuidad. Un buen sistema que evite tener que demandar allí donde se encuentre el grueso del patrimonio conyugal y habilite tribunales próximos a los sujetos; un sistema que no imponga indirectamente costes irrazonables a la exogamia, que haga baldíos los esfuerzos por esconder bienes, suficientemente automatizado como para impedir que un cónyuge utilice ese trámite como instrumento idóneo a torpedear la eficacia extraterritorial de la decisión extranjera y conseguir una renegociación de los términos de una liquidación patrimonial⁷. Esta es la tercera opción. En ella, los obstáculos a la eficacia transfronteriza de las decisiones quedan limitados a unos pocos controles, que en términos generales son compartidos.
- c. Las hipótesis de intervención judicial en tema de régimen económico son de lo más variopintas, y evidentemente no suscitan los mismos problemas⁸. Pensamos en las siguientes situaciones

³ Un ejemplo numérico de las distintas consecuencias a las que llevan los ordenamientos nacionales en materia de división en A. AGELL, «The Division of Property upon Divorce from a European Perspective», en VVAA, *Droit comparé des personnes et de la famille. Liber amicorum M. T. Meulders-Klein*, Bruselas 1998, p. 8.

⁴ Sobre la negativa al reconocimiento de derechos válidamente creados en un EM y su contrariedad con las libertades comunitarias, por todos, M. DE BOER, «Unwelcome Foreign Law: Public Policy and other Means to Protect the Fundamental Values and Public Interests of the European Community», en MALATESTA/BARIATTI/POCAR, *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padua, 2008, p. 322.

⁵ Véase el Plan de Acción de Viena de 1998, el Programa de acción de 30 de noviembre de 2000, el Programa de La Haya de 2004, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 10 de mayo de 2005, el Programa de Estocolmo de 2009 y el Informe de la Comisión sobre la ciudadanía europea, de octubre de 2010. Tras el Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas el 17 de julio de 2006 (COM(2006) 400 final), llega, el 16 de marzo de 2011, una propuesta del Consejo sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM(2011) 126/2) [en lo sucesivo, *la propuesta*], a la que acompaña otra propuesta sobre las consecuencias patrimoniales de las parejas registradas. Hace ya varios años ponía de relieve N. BOUZA VIDAL («Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado», *La notaría*, 2007, p. 35) que las probabilidades de prosperar del enfoque adoptado (tanto matrimonios como parejas) eran muy limitadas, teniendo en cuenta las profundas discrepancias de fondo existentes en Europa. Llevaba razón, claro. Una presentación general de los trabajos en S. BARIATTI/I. VIARENGO, «I rapporti patrimoniali tra i coniugi nel diritto internazionale privato comunitario», *RDIPP*, 2007, pp. 603 ss. (con atinadas observaciones sobre la imposible supresión del *exequatur* y la necesidad de tutelar a los terceros); R. FARRUGIA, «The Future EU Regulation Concerning Matrimonial Property Regimes», en VVAA, *Latest Developments in EU International Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, pp. 63 ss.

⁶ La respuesta al Libro verde del *Bar Council of England and Wales* es crudísima a este respecto: Un reglamento basado en el libro verde, plagado de errores, no podría tener efecto en Inglaterra (p. 3). Es previsible que los países que no participan en el reglamento Roma III tampoco van a hacerlo en éste. En todo caso late una queja de los juristas ingleses por la incomprensión de su sistema evidenciada en los trabajos preparatorios.

⁷ No otra era la situación del olvidable ATS de 5 de octubre de 1982, que la ampara.

⁸ En realidad, son la traducción judicial de los fines de la disciplina sobre régimen económico matrimonial: Regular la

típicas, ordenadas por orden más o menos cronológico: a. Individualización del régimen de bienes de un sujeto y en particular el carácter de un bien, constante el matrimonio; b. Cambio de régimen, también durante el matrimonio (por voluntad de las partes o como consecuencia de ciertos hechos que permiten a uno forzar el cambio, *v. gr.*, art. 1373 CC); c. Desacuerdo entre los cónyuges e intervención judicial para dirimir la controversia, o para obligar al respeto de las obligaciones derivadas del régimen primario (contribución a las necesidades familiares)⁹, o para conferir a uno sólo de los cónyuges el derecho a administrar los bienes de la familia¹⁰; d. Disolución como consecuencia del fallecimiento de un cónyuge, con eventual intervención judicial para fijar las cuotas del viudo y de los herederos y/o legatarios; e. Disolución por divorcio, nulidad o separación seguida de liquidación. La sentencia sobre la crisis matrimonial se limita a declarar la disolución, pero con frecuencia nada dice sobre el aspecto liquidatorio, que puede quedar diferido en el tiempo y verificarse ante los tribunales de otro Estado. Si es este el caso, será necesario realizar cuantas operaciones exija la *lex causae* hasta llegar al reparto; f. Intervención judicial en actividades preparatorias de la liquidación del régimen de bienes: Por ejemplo, para obtener informaciones sobre la situación patrimonial del otro cónyuge, § 1379 BGB¹¹; g. Resoluciones dictadas a consecuencia de litigios sobre validez y eficacia de los pactos matrimoniales; h. Reclamaciones a un tercero para combatir negocios fraudulentos de uno de los cónyuges¹²; i. Durante el curso del matrimonio la protección del crédito puede verse comprometida por las informaciones –o falta de informaciones– que ofrezcan los registros a los terceros potenciales cocontratantes con unos cónyuges. Se necesita saber con qué patrimonio se responde y con qué problemas se pueden encontrar en el momento de cobrar o solicitar la adopción de una medida de protección del crédito.

3. En las páginas que siguen nos dedicaremos a estudiar la forma en que las resoluciones judiciales extranjeras cuyo contenido se refiera a consecuencias patrimoniales del matrimonio pueden tener efectos en España, prestando especial atención a los contenidos típicos de las decisiones extranjeras. Quedan fuera las órdenes dirigidas a particulares¹³. Los efectos personales carecen de transcendencia en sí mismos, funcionando, en particular, como causa de divorcio (en otros ordenamientos –y en España hasta 2005–)¹⁴; sólo nos interesan en cuanto incidan en la liquidación del régimen de bienes. Por supuesto, no se trata ni de hacer una exégesis del art. 9.2 y 9.3 CC ni de exponer el sistema español de reconocimiento y ejecución de decisiones¹⁵ ni de ponderar las presuntas especificidades del sector (de hecho, el sistema

contribución a los gastos, repartir las ganancias y fijar los efectos de la disolución del matrimonio (E. ROCA TRIAS/V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Patrimonio familiar en matrimonios no indisolubles*, Madrid, 2010, pp. 49 ss.).

⁹ Véase los arts. 145 CC italiano, 214.4 CC francés, 221.2 CC belga y 86 de la NBW holandesa.

¹⁰ Así, arts. 219 y 220 CC francés o 220.2 y 223 del belga: La cogestión llevada a su extremo produce colapso. No va contra nuestros principios una decisión que la obvie: 1365 CC.

¹¹ Cuando se trate de recoger informaciones que se puedan obtener mediante el interrogatorio de un testigo, la exhibición de un documento o cursando un oficio, por ejemplo, no es descartable que se pueda recurrir al reglamento 1206/2001 (en su ámbito territorial, claro), más expeditivo y seguro que el *exequatur* de la decisión que ordene la realización de tales actuaciones.

¹² En los términos del párrafo 1390.1 BGB, el cónyuge con derecho a cobrar el crédito de participación tiene acción directa contra el tercero donatario si se trata de actos abusivos de disposición del patrimonio realizados por el cónyuge deudor.

¹³ Donde el problema se traslada a la existencia de jurisdicción personal, sin perjuicio de la posibilidad de cumplimiento espontáneo por el destinatario de una orden.

¹⁴ Véase de todas formas la STS de 14 de julio de 2010, que deja abierta la posibilidad de que surjan daños extracontractuales en el seno del matrimonio como consecuencia del incumplimiento de obligaciones personales: Al respecto, A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio. (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)», *La ley*, nº 7582, de 4 de marzo de 2011, pp. 7 ss.

¹⁵ Para una exposición general (dirigida a un público exclusivamente extranjero) permítasenos reenviar a nuestro «Riconoscimento di decisioni e atti pubblici in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi e conviventi», ponencia presentada en el congreso sobre Il riconoscimento reciproco del regime patrimoniale di coniugi o conviventi, Roma, 13 y 14 de diciembre de 2005. Puede ser consultada en <http://www.fondazioneavvocatura.it/files/53/Relazione%20Carillo.pdf>. En aquella ocasión formábamos el llamado grupo español MIGUEL AMORES y yo. Desde aquí mi reconocimiento a su trabajo.

comunitario que se diseñe no va a diferir del modelo general del Reglamento Bruselas I)¹⁶. Nuestro trabajo viene por lo demás animado por el hecho de disponer ya de una propuesta de reglamento europeo en la materia, y la constatación de que ningún instrumento normativo internacional (esto vale para los demás sistemas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras) es autosuficiente.

II. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

4. Las cuestiones 15 y 16 del mencionado Libro verde sobre regímenes matrimoniales se refieren al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en la materia. Se trataba de chequear la posibilidad de suprimir el *exequatur*, plantear los posibles motivos de no reconocimiento y la idoneidad de las decisiones extranjeras para acceder a los registros de otros Estados sin trámites intermedios (la pregunta 16 se refiere sólo al catastro, mas no tendría sentido limitar la eficacia a éste). Las respuestas van en tres sentidos, desde las más fervientes internacionalistas que abogan por su pura supresión – desde el momento en que todos los tribunales llegarían a la misma solución¹⁷–, hasta las que dejan a salvo siempre los motivos de no reconocimiento anclados en la idea de orden público¹⁸, pasando por la posición de las instancias británicas para las que tal supresión resulta inviable, porque para un jurista de las Islas es incomprensible y/o inasumible una sentencia extranjera que trate de este tema, precisándose una especie de traducción para consumo interno emanada de un juez local¹⁹. En efecto, basta recordar las mentadas disparidades en las normativas –trasunto de disparidades en los principios básicos de comprensión del matrimonio– para llegar a la conclusión de que la eliminación de todos los controles es hoy por hoy inviable, dentro y fuera de Europa²⁰.

1. El cuadro normativo (fuentes): la necesaria coherencia entre el sistema de competencia judicial internacional y el de reconocimiento y ejecución

5. Sabemos que la máxima debe ser el reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras: Si el sistema de competencia judicial internacional viene caracterizado por las notas de autolimitación²¹ y alternatividad de los foros, el corolario es que el particular puede obtener justicia en otras instancias judiciales (la clásica distinción entre tutela por declaración o por reconocimiento²²), lo que entraña consecuencias en ambos niveles: En el de la competencia: a. Que a falta de residencia de las partes (o al menos del demandado) en España, no tiene sentido que nuestros tribunales puedan asumir competencia judicial internacional²³. Es una verdadera carga del legislador definir normas que impidan el conocimiento

¹⁶ En la línea marcada por la proposición del GEDIP de 1992. El sistema, por lo demás, no difiere de los demás vigentes en nuestro país: M. AMORES, «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: Pluralidad de regímenes, unidad de soluciones», Cursos de verano de Vitoria, 1996, *passim*.

¹⁷ Así, la del Colegio de registradores de España.

¹⁸ Por ejemplo, las respuestas del Comité de Derecho de familia de la Asociación de abogados alemanes o la de la Universidad de Milán.

¹⁹ *V. gr.*, respuestas del *Council of Bars and Law Societies of Europe*, del grupo *Resolution* y de la *Law Society of England & Wales and the Society of Trust & Estate Practitioners* («Some adjudication may be necessary to «convert» a foreign order into a meaningful domestic judgment»), señala ésta última).

²⁰ CH. KOHLER, «Auf dem Weg zu einem europäisches Justizraum für das Familien- und Erbrecht», *FamRZ*, 2002, pp. 709 ss.

²¹ En el sentido esbozado por la La STC 61/2000 cuando insiste en la necesidad de equilibrio entre las posiciones del demandante y del demandado en el diseño de los foros de competencia, de modo que a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o unas cargas excesivas para poder ejercitar su derecho a la defensa en juicio, pudiendo el demandado en el proceso civil quedar sometido a una determinada jurisdicción sólo si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio de tal derecho no se verá sujeto a costes desproporcionados, mientras que a un demandante debe ser asegurada la posibilidad de acceso a aquellos tribunales que le resulten más próximos a las partes y/o al objeto del litigio.

²² Esta idea aparece, por ejemplo, en M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2007, p. 30.

²³ En este sentido, la mera nacionalidad española de ambos cónyuges no debería ser un criterio suficiente para afirmar la competencia de nuestros tribunales, y su legitimidad constitucional sólo queda a salvo a nuestro juicio por venir configurada como manifestación particular de la autonomía de la voluntad. No se tienen en cuenta consideraciones de efectividad de las decisiones, como sin embargo sí ocurre en Derecho inglés: *Razelos c. Razelos (n. 2)*, 1970. A pesar de ello, es un foro retenido en el art. 5.1.d de la propuesta.

de lo no próximo, siempre que existan mecanismos alternativos para alcanzar tutela²⁴; b. Que la mera presencia de bienes en territorio español no puede ser motivo para fundar un foro de competencia –y mucho menos para obligar a los cónyuges– para que conozcan nuestros tribunales de los litigios sobre régimen económico, ni siquiera para lo relativo a esos bienes, aunque sean inmuebles (sin perjuicio de lo jurídico real, claro); parece más lógico concentrar las controversias, impedir la dispersión²⁵; c. Que, siendo improbable que se susciten litigios sobre esta materia de forma autónoma, y apareciendo más bien como consecuencia de otros en la inmensa mayoría de los casos, lo razonable es que el juez competente para lo «causal» pueda conocer también de lo «consecuencial». En este sentido, las previsiones de los arts. 3 y 4 de la propuesta (competencia para régimen económico del competente en materia de sucesiones y de crisis matrimoniales respectivamente) deberían prosperar. Las respuestas al libro verde ya reclamaban soluciones de «acumulación». Otra historia es la idoneidad de alguno de los foros del reglamento 2201/2003 para conocer de lo patrimonial, como, *v. gr.*, los basados en la mera nacionalidad; habrá que confiar en que la racionalidad de los litigantes conduzca a su no uso). Cuando el litigio sea sucesorio, la propuesta de reglamento²⁶ prevé unos foros de competencia –en los arts. 4 y siguientes– que, al establecer como principio la residencia habitual del difunto, tiene la virtud de llevar en la normalidad de los casos al último domicilio conyugal, alineándose sin problemas con las orientaciones usuales en la materia regímenes matrimoniales. Ahora bien, pasará mucho tiempo hasta que los reglamentos sobre sucesiones y régimen económico sean aplicables, y mientras llega ese momento no hay continuidad entre el reglamento Bruselas II bis y el art. 22 LOPJ ni, dentro de este último, entre los foros previstos en materia de sucesiones y los propios de la materia matrimonial. Esta pluralidad tiene su reflejo en el momento de controlar la competencia del juez de origen cuando se pida el reconocimiento y ejecución de una resolución²⁷.

6. Por supuesto, tampoco existe plena coherencia en las piezas del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones, de modo que no se puede afrontar unitariamente todo este complejo²⁸: En presencia de una resolución que decreta, por ejemplo, el divorcio y la disolución del régimen de bienes habrá que aplicar simultáneamente el sistema de *exequatur* del mencionado reglamento 2201/2003 y las de la vieja LEC o los convenios bilaterales aplicables también en esta materia²⁹. Pero permítasenos insistir en que lo malo no es la dualidad de fuentes (a lo sumo, será incómoda), si hay coordinación, desde el momento en que el régimen de condiciones de la LEC(A) se reconduce sin mayor dificultad a las causas de no reconocimiento del Reglamento; lo malo es que al margen del instrumento comunitario no se reconoce ni ejecuta una decisión no firme y se controla la competencia del juez de origen (convenios bilaterales, con normas de competencia indirecta), de suerte que podríamos encontrarnos con una situación compleja pero sustancialmente unitaria que en el instante en que atraviesa la frontera pierde su coherencia, porque la continuidad de sus efectos es parcial. Frente a esto no hay solución posible, más que interpretaciones que sin duda serán *contra legem*³⁰. Será obligación del legislador predisponer

²⁴ M. AMORES, «Constitución española y proceso civil internacional. Un balance», en VVAA, *Pacis artes. Obra homenaje al prof. González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, p. 1199.

²⁵ El art. 6 de la propuesta adolece, en este sentido, de cierto exceso y es prescindible.

²⁶ Manejamos la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, de 14 de octubre de 2009.

²⁷ Una observación final: El limitado ámbito de aplicación territorial del reglamento Roma III no ayuda, desde luego, a conseguir la unidad de soluciones en el espacio europeo. No hará falta insistir en su transcendencia en la materia que estudiamos.

²⁸ La SAP Barcelona de 31 de marzo de 2003 califica la situación de paradójica. Probablemente no sea el adjetivo más ajustado: No es paradójico tratar de forma desigual orígenes y materias litigiosas diversas, según el grado de compromiso y homogeneidad existente en cada uno. Por lo demás, la mencionada sentencia constituye un magnífico ejemplo de análisis y distinción.

²⁹ Cubren este tema los convenios con Suiza (10 de noviembre de 1896), Colombia (30 de mayo de 1908), Francia (28 de mayo de 1969), Italia (22 de mayo de 1973), Alemania (14 de noviembre de 1983), Austria (17 de febrero de 1984), Checoslovaquia (4 de mayo de 1987), Uruguay (4 de noviembre de 1987), Brasil (13 de abril de 1989), URSS (26 de octubre de 1990), China (2 de mayo de 1992), Bulgaria (23 de mayo de 1993), Marruecos (30 de mayo de 1997), Túnez (24 de septiembre de 2001), Argelia (24 de febrero de 2005) y Mauritania (12 de septiembre de 2006).

³⁰ En presencia de una resolución extranjera sobre divorcio y efectos patrimoniales del matrimonio cabe usar el art. 27 del reglamento Bruselas II bis yugulando su flexibilidad, suspendiendo en todo caso el reconocimiento se la primera parte de la

un modelo de eficacia extraterritorial de resoluciones coordinado con el de competencia, que asegure aquella continuidad de los derechos válidamente nacidos más allá de nuestras fronteras, resultando en consecuencia dudoso que se pueda predisponer un sistema que convierta en ficticio, por excesivamente oneroso, el modelo de eficacia extraterritorial o lo haga depender de instrumentos ajenos a la estricta lógica del Derecho privado, como la reciprocidad del art. 952 LEC(A). No deja de ser reseñable que, a la espera del tan mencionado reglamento, lo que nuestros jueces utilizarán en el espacio intraeuropeo es un sistema tan poco cooperativo como el de la LEC(A) (incluyendo tal reciprocidad).

7. En todo caso, para perfilar el panorama en su justa complejidad hay que recordar las dificultades de engarce del concepto de alimentos manejado en el reglamento 44/2000 (el mismo valdrá sin duda para el 4/2009) y el de regímenes matrimoniales de su art. 1, según la interpretación que hace el TJ, no necesariamente intangible ni eterna³¹. El juez español al que se le presente una solicitud de reconocimiento deberá distinguir los diversos planos de la resolución e investigar sobre la concreta naturaleza de un determinado pago en el Derecho aplicado en la sentencia, para darles el tratamiento jurídico diferenciado que corresponda³². Otra cosa es que eso sea posible (en Derecho inglés, por ejemplo, no existe una real distinción entre alimentos y división de bienes³³), circunstancia ésta que debería comportar como consecuencia la exclusión de una calificación alimenticia de la asignación económica controvertida, toda vez que una conclusión diferente podría tener el resultado de extender a sectores ajenos –o al menos de dudosa inclusión en esa categoría– al modelo de recíproca confianza un sistema reservado a día de hoy sólo a las deudas de alimentos: De algún modo, se trataría de un incentivo para que los Estados introduzcan normativas aptas a la diferenciación en sede judicial de los diversos aspectos. En definitiva, todo lo anterior desemboca en la posibilidad de que una parte de una sentencia extranjera procedente de un tribunal europeo sea reconocida y ejecutada *ex* reglamento 44/2000 (pensión compensatoria)³⁴, otra parte por la vía del 2201/2003 (el pronunciamiento sobre la crisis matrimonial) y otra por la LEC(A) o el eventual convenio bilateral (para lo relativo al régimen matrimonial)³⁵.

8. Más allá de lo deseable que resulta que un tratamiento procesal homogéneo para todas las partes de la sentencia objeto de reconocimiento y ejecución, *de lege lata* no disponemos de instrumentos adecuados para ello, y no es descartable que una parte de la misma sea provisionalmente ejecutada y otra no, que se controle la competencia del juez de origen³⁶ o la ley aplicada para una parte sí y para

decisión en tanto en cuanto el pronunciamiento sobre efectos no haya alcanzado firmeza en el Estado de origen. Que es *contra legem* se deduce del mero hecho de que se está eliminando la libertad de apreciación que se deja al juez.

³¹ Ni que decir tiene que evocamos las sentencias del TJCE en los asuntos *De Cavel* (27 de marzo de 1979 y 6 de marzo de 1980) y en *Boogaard* (27 de febrero de 1997). En particular esta última es bastante clarificadora: Alimentos es lo necesario para la manutención, fijada en atención a las necesidades y recursos de cada cónyuge; las asignaciones realizadas pensando en el reparto de los bienes corresponden al concepto régimen económico matrimonial (cdo. 22).

³² Sentencia del TJCE de 27 de febrero de 1997, considerando 21. El ATS de 18 de noviembre de 2003 relata las dudas suscitadas respecto a la calificación de las cantidades reconocidas por una decisión inglesa y cómo mediante providencia hubo de requerirse al solicitante de *exequatur* para que informara, entre otros extremos, sobre el Derecho extranjero (*Matrimonial Causes Act* de 1973).

³³ Respuesta al libro verde de *Resolution* (antes conocido como *Solicitors Family Law Association of England and Wales*), p. 10. Pondera igualmente las dificultades de distinción y el peligro de incertidumbre la respuesta del *Bar Council of England and Wales*.

³⁴ Sin perjuicio de que no parezca demasiado correcta tal calificación como alimenticia de la pensión compensatoria; desde luego en la segunda sentencia de *Cavel* no hay trazas de algo parecido a un argumento. Desde el punto de vista español no hay duda de su carácter indemnizatorio y no alimenticio, y no la hay tampoco en la mayor parte de los ordenamientos. En este sentido, remitimos a S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, 1996, pp. 44 ss.

³⁵ El fraccionamiento está muy bien expuesto en la sentencia de la AP de Barcelona de 31 de marzo de 2003. Paradójicamente, las únicas resoluciones que tienen asegurada la coherencia en su tratamiento son las que proceden de países con los que no existen relaciones estrechas de cooperación –en forma de reglamento comunitario o convenio–, lo que pone sobre la pista del sinsentido que sería dar peor trato a los amigos que a los indiferentes.

³⁶ Donde la descoordinación es notoria: Piénsese en el caso de que se haya decretado el divorcio en base a la nacionalidad y residencia prolongada del actor (art. 3.1 inciso final del reglamento 2201/2003), criterio éste no asumido (dicho en general) para el sector colindante por los convenios bilaterales.

otra no. Sólo en sede calificatoria puede corregirse estas dificultades, por ejemplo ampliando (*rectius*, violentando) los conceptos de alimentos y de responsabilidad parental para hacerles comprender litis expensas o uso de la vivienda familiar, respectivamente³⁷.

Es crucial por lo tanto delimitar bien cuándo estamos en presencia de una cuestión de efectos económicos del matrimonio bienes. Toda operación patrimonial consecuencia de la extinción de un régimen de bienes de los cónyuges –sería el caso de un cambio de gananciales a separación– o que sólo se explique por la disolución de éste –por muerte o por divorcio– pertenece a este núcleo, y por consiguiente toda resolución extranjera que incorpore pronunciamientos relativos a ese reparto debe seguir los cauces ya apuntados de la LEC(A) o de los convenios bilaterales³⁸.

9. Un caso particular es el de aquellos ordenamientos en los que el matrimonio no incide en el patrimonio de los cónyuges, de modo que no existe propiamente tal régimen. Si la normativa aplicada por el juez de origen pertenece a este grupo, cabe plantear si se trata de aplicar las normas sobre división de la cosa común (al fin y al cabo en nada difiere esta situación de cualquier otra propiedad romana) o las propias del régimen matrimonial. Los efectos más importantes se detectan en el espacio europeo, porque en el primer caso estaríamos en el ámbito de aplicación del reglamento 44/2001 –si la resolución tiene ese origen geográfico– y en el segundo en la LEC(A) o convenios bilaterales (para resoluciones procedentes de otros tribunales los regímenes procesales no son tan diferentes en uno y otro supuesto).

Pues bien, a juicio de quien esto firma no cabe diferenciar la respuesta procesal en función de los datos procedentes del ordenamiento aplicado al fondo del litigio, por tres motivos: 1. Porque desde la perspectiva del juez del foro en todas esas hipótesis estamos ante la respuesta del otro sistema jurídico al evento matrimonio: Dicho de otro modo, la mera «declaración de indiferencia» contenida en la ley aplicada constituye ya en sí una norma sobre régimen económico; 2. Porque también en los regímenes de separación existen cargas del matrimonio, cuentas que saldar y liquidar, y eso en España pertenece al núcleo de cuestiones analizado³⁹. Por ello, que –por ejemplo en nuestro caso– se apliquen las normas del art. 399 ss. CC o las del 1392 ss. CC no es más que la respuesta del ordenamiento a un mismo e idéntico problema, el de la liquidación del patrimonio a raíz de la disolución del régimen, de gananciales, separación o el que cuadre, pero régimen de bienes; 3. Porque no encaja con la doctrina del Tribunal de Justicia que se aplique el Reglamento o no en función del tipo de organización patrimonial incorporado en la sentencia extranjera. Nótese bien que hablamos de individualizar las normas de derecho internacional privado, no de la eventual aplicabilidad de los arts. 806 ss. LEC.

10. Cada sector material tiene una autonomía jurídica que en el mundo real no existe. Ciertamente, mal se puede reconocer y ejecutar *en sus propios términos* una decisión sobre disolución y liquidación del régimen de bienes si no se hace antes lo mismo con el pronunciamiento sobre divorcio, y ese debería ser el contenido de los autos que conceden el *exequatur*; pero la práctica judicial española ha optado por obviar todo control sobre los aspectos patrimoniales de las decisiones extranjeras. Son elocuentes de esta forma de funcionar dos autos del TS, de 25 de enero de 2000 y de 22 de febrero de 2005, ambos decidiendo sobre solicitud de *exequatur* de sendas decisiones de divorcio: El primero de

³⁷ Analizando los argumentos a favor y en contra de una calificación alimenticia de ambas partidas, S. ALVAREZ GONZALEZ, *op. loc. cit.*

³⁸ Así, la *financial provision* inglesa cabe en esta definición (y en el art. 2 de la propuesta); como destaca la respuesta al libro verde de *The Law Society of Scotland*, al menos tal y como es conocida en el ordenamiento escocés, no encaja en el concepto de alimentos: Téngase en cuenta que Gran Bretaña no ha ejercido su derecho de *opting in* en el caso del reglamento 4/2009.

³⁹ Al respecto, S. RODRIGUEZ LLAMAS, «La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Análisis doctrinal y jurisprudencial», *La ley*, nº 7449, 20 de julio de 2010. En Derechos como los de Inglaterra o Gales, tan ajenos a la idea de régimen económico, el matrimonio comporta la sujeción de los bienes de cada cónyuge al poder discrecional del juez en el momento de la disolución. Una espléndida explicación de la evolución del sistema, apta para juristas continentales, en E. AL MUREDEN, «Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle «leading decisions» inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 211 ss. Resulta criticable que se haga uso de ese poder incluso cuando las partes han formalizado un contrato excluyendo cualquier partición o distribución equitativa, equivaliendo la elección del régimen de separación a una renuncia de ese género: *Cfr.* J. A. TALPIS pone de relieve a este respecto cómo el legislador quebequés responde a los pactos de renuncia con la disciplina del patrimonio familiar (*vid. infra*): «La distribution équitable des biens des époux en droit international privé», en *Liber amicorum M. Revillard*, Paris, 2007, pp. 307 ss.).

ellos dedica cinco líneas a justificar al reconocimiento de una sentencia italiana de divorcio, afirmando que los requisitos previstos en el Convenio bilateral resultan razonablemente respetados, sin más complicaciones, y evitando cualquier ulterior análisis antes de decidir sobre los efectos económicos; la segunda concede el *exequatur* de dos sentencias, una americana de divorcio y la otra alemana en la que se aprueban los acuerdos de los cónyuges sobre efectos de la disolución del matrimonio. Aun aplicando textos distintos a cada una –LEC(A) y convenio bilateral hispano alemán–, los análisis son esencialmente iguales en ambos casos y limitados a verificaciones casi formales. Es evidente, por lo demás, que cuando el tribunal español no ha reconocido un divorcio decretado en el extranjero ni siquiera ha entrado a analizar la cuestión de las consecuencias patrimoniales.

2. Los controles genéricos

11. Se trata de recordar, con la mayor brevedad, cuáles son los elementos generales de cualquier resolución extranjera que deben ser chequeados por el juez español al que se le solicita el *exequatur*: Competencia, notificación, orden público. No merece la pena detenernos en la exigencia de firmeza (generalizada hoy por hoy)⁴⁰.

A) Competencia del juez de origen

12. Hasta donde nuestro conocimiento alcanza, los tribunales españoles se han enfrentado a solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que declaraban el divorcio –con las usuales consecuencias patrimoniales–, mas raramente a peticiones dirigidas sólo a lo patrimonial. Por ello el análisis de la competencia del juez de origen se ha limitado a verificar lo razonable de los elementos sobre la base de los cuales se ha alcanzado tal resultado, convirtiendo en un accesorio (a estos efectos) la parte de decisión relativa a los bienes del matrimonio. Al fin y a la postre, también en los sistemas procesales nacionales (incluida la LOPJ) ambos aspectos suelen ir unidos, con lo que no es anómala la extensión de la competencia.

13. Superada ampliamente la idea de que la competencia de los tribunales españoles en cuestiones de Derecho de familia es exclusiva cuando se trate de nacionales españoles y fraudulento cualquier intento de escapar de ellos⁴¹, desde 1985 se hace algo mejor que bilateralizar la norma del art. 22 LOPJ⁴², prefiriéndose un análisis flexible, en términos de razonabilidad, un mero proceso de evaluación de índices⁴³. La frecuente predisposición de foros exorbitantes⁴⁴ no tiene por qué conducir

⁴⁰ La firmeza es exigida indubitablemente por todos los convenios bilaterales (nos referimos a los que incluyen la materia estudiada en su objeto), salvo los de Checoslovaquia, Brasil y la URSS, si bien en estos casos se pide que las resoluciones tengan carácter ejecutivo según el ordenamiento del Estado de origen. El carácter definitivo de la resolución se ha ido perdiendo a lo largo del tiempo, y sólo los acuerdos con Suiza, Colombia y Francia lo contemplan.

Conviene tener presente que ese carácter no depende del nombre sino del contenido: En el proceso inglés de divorcio el *decree of divorce* decreta la disolución del vínculo matrimonial sin pronunciarse sobre lo patrimonial, que es decidido al final, por el cauce de procesos ancilares formalmente distintos al de divorcio. Las *orders* de carácter patrimonial pueden ser provisionales e inmediatamente eficaces o definitivas, cuyos efectos se producen a partir del momento en que se emane el decreto de divorcio (S. M. CRETNEY, *Principles of Family Law*, Londres, 1997, pp. 65 ss.). Hay decisiones provisionales tendencialmente estables, capaces de disciplinar una situación jurídica durante un apreciable espacio de tiempo o con un estricto régimen de impugnación, y respecto de las cuales la negativa al reconocimiento no está justificada: E. SAVARESE, «Sul riconoscimento di provvedimenti provvisori stranieri in materia familiare», *RDIPP*, 2005, p. 734.

Hay ordenamientos en los que los controles son muy generales. Por ejemplo, en Holanda se mira que la decisión extranjera no contenga nada contrario a los standards internacionales; en Francia se exige una vinculación caracterizada entre el litigio y el juez de origen.

⁴¹ Así en el ATS de 5 de octubre de 1982, entre otros. La SAP Orense de 10 de octubre de 1998 es sólo un fleco. Sobre esta tesis véase A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986, pp. 147 ss.

⁴² Solución que podría desembocar en la denegación del reconocimiento por más que la asunción de competencia esté fundada en bases razonables.

⁴³ Valgan dos datos de sistemas de nuestro entorno: Los tribunales belgas se limitan a controlar que no se haya asumido competencia en base sólo a la nacionalidad del actor; en Alemania es chequeada según las normas del Estado de origen.

⁴⁴ Por ejemplo, la nacionalidad o residencia del actor en Francia o Luxemburgo y Austria o Suecia respectivamente, la nacionalidad alemana en el momento de contraer matrimonio en Alemania (la misma solución en Grecia).

in casu a la denegación del *exequatur* si no se ha generado indefensión. La idea es la alternatividad de los foros, considerándose idóneos los tribunales del domicilio del cónyuge, el lugar de celebración y la aceptación de la competencia⁴⁵, o sólo la nacionalidad de uno de los cónyuges más lugar de celebración⁴⁶, la nacionalidad de ambos y el lugar de celebración del matrimonio⁴⁷, la nacionalidad de uno y el domicilio del otro en el momento de la demanda⁴⁸, la nacionalidad de uno y el domicilio de ambos en el mismo Estado⁴⁹ y por supuesto el cúmulo nacionalidad, residencia y lugar de celebración⁵⁰ (con la consecuencia de reconocer las decisiones emanadas por ellos). Por contra, se rechaza su concesión cuando en el momento de iniciar el proceso de divorcio ambos cónyuges se encontraban domiciliados en España, siendo irrelevante la nacionalidad de la esposa o el lugar de celebración del matrimonio⁵¹. Dicho en positivo, de lo anterior se deduce que no se requiere la residencia de alguno de los cónyuges en el Estado al que pertenece el tribunal elegido para que pueda considerarse competente. Si, como hemos visto, se admite que son suficientes la nacionalidad de uno de ellos y el lugar de celebración (vínculos evanescentes donde los haya), será difícil –una verdadera patología– que se deniegue el *exequatur* por falta de competencia del tribunal de origen. Por lo demás, no se confunden los aspectos de la liquidación del régimen con los inmobiliarios⁵².

14. La razonabilidad como parámetro del análisis desaparece cuando se trate de resoluciones procedentes de países con los que existe convenio bilateral, sustituida por normas de competencia indirecta, con resultados a veces paradójicos: A efectos puramente expositivos, y para el sector que nos ocupa, podemos hablar de cuatro enfoques al respecto: El modelo standard de los convenios con Francia, Italia y Brasil, que admiten la competencia del juez de origen basada en el domicilio o residencia habitual del demandado en el Estado de origen, así como la prórroga⁵³; un segundo grupo es el de los convenios que incorporan junto al foro general del domicilio o residencia habitual del demandado (y, eventualmente, la sumisión) uno especial en la parcela vecina de las sucesiones: Los de República Checa (Eslovaquia), China, Rusia, Argelia y Mauritania; el tercero, es el de los convenios que contienen normas especiales en materia de relaciones matrimoniales⁵⁴, grupo en el que hay que diferenciar los de Austria y Alemania (art. 8 en ambos casos⁵⁵), que prevén foros lo bastante generosos como para impedir la denegación del reconocimiento y ejecución por este motivo, y el convenio con Túnez, cuyo art. 19 contiene –junto a los foros generales– previsiones detalladas se supone que dirigidas a una peculiar búsqueda de proximidad y expectativas de exportabilidad de las resoluciones, pero que concluye con una remisión general a las normas de competencia de cada Estado, debidamente bilateralizadas⁵⁶; el

⁴⁵ ATS de 29 de febrero de 2000.

⁴⁶ ATS de 31 de julio de 2002, 15 de julio de 2003.

⁴⁷ ATS dce 16 de mayo de 2000.

⁴⁸ ATS de 15 de julio de 2003.

⁴⁹ El mismo ATS de 15 de julio de 2003.

⁵⁰ ATS de 17 de octubre de 2006.

⁵¹ ATS de 17 de febrero de 2004 (Cuba en este caso).

⁵² ATS de 10 de septiembre de 1996, citada.

⁵³ El convenio con Uruguay acepta específicamente el domicilio o residencia del demandado para las obligaciones pecuniarias derivadas de las relaciones de familia.

⁵⁴ No cabe duda de que la norma está pensando antes que nada en crisis matrimoniales, pero tampoco es discutible que el supuesto de hecho es lo bastante amplio como para abarcar los aspectos patrimoniales.

⁵⁵ Su extensión y prolijidad nos eximirán de reproducirlos.

⁵⁶ El tenor del art. 19 d) es el siguiente: en materia de relaciones matrimoniales, los órganos jurisdiccionales del Estado de origen en el sentido del presente Título serán competentes cuando los dos cónyuges no tengan la nacionalidad del Estado requerido; cuando los dos cónyuges sean nacionales de un tercer Estado, no se reconocerá la competencia jurisdiccional del Estado de origen en el caso de que la resolución tampoco sea reconocida en el tercer Estado. Cuando solamente uno de los dos cónyuges tenga la nacionalidad del Estado requerido, los órganos jurisdiccionales del Estado de origen en el sentido del presente Título serán competentes si el demandado, en el momento de la iniciación del procedimiento, tuviera su residencia habitual en el Estado de origen o cuando la última residencia habitual común de los cónyuges estuviera situada en el Estado de origen y si uno de los dos cónyuges residiera en el Estado de origen en el momento del inicio del procedimiento. En la letra j) se señala que «en cualquier otro caso en que se reconozca la competencia en virtud de las normas de competencia judicial internacional admitidas por la legislación del Estado en que se invoque la resolución». Como pone de relieve P. DE MIGUEL

cuarto grupo es el de los convenios construidos sobre la idea de confianza recíproca, a saber, el que el hispano búlgaro (art. 19.1) y el hispano marroquí (art. 23.1, sin perjuicio de la expulsión del sistema de los foros exorbitantes en el art. 32), a tenor de los cuales la competencia se aprecia según las reglas del Estado de origen.

Las cuestiones son dos: La aleatoria admisibilidad de unos mismos foros y la posibilidad de que la decisión extranjera que asume competencia para crisis matrimoniales y régimen económico se vea segmentada y sometida a soluciones contradictorias en sede de reconocimiento y ejecución:

- a. Visto el paisaje, resulta diáfano que carece de sentido que a una decisión apoyada en criterios de competencia judicial que serían juzgados razonables cuando se aplica la LEC(A), esto es, supuestos de falta de especial relación de cooperación (convenio bilateral) se conceda el *exequatur* y que sin embargo si procede de un país con el que se colabora no pueda obtenerlo. Incluso cuando entre en juego el reglamento comunitario (el art. 28 de la propuesta excluye el control de competencia del juez de origen) y desplace a los convenios con nuestros socios europeos, nos queda el caso de las decisiones procedentes de Brasil, Uruguay, China, Rusia, Argelia y Mauritania (Túnez no debería dar problemas en la realidad). En sus articulados no existen instrumentos que permitan escapar de tan absurdo resultado, de modo que a día de hoy lo único factible sería renegociar los convenios.
- b. Por lo demás, por lo que se refiere a la concurrencia de fuentes, ese panorama evidencia que las hipótesis reales más normales constante el matrimonio no suscitarán demasiadas dificultades (por supuesto que los de los grupos tercero y cuarto no las generan): El litigante medio en este sector no suele actuar con oportunismo ni sofisticación, sino que suele acudir a los tribunales del lugar en donde vive, o lo que es igual, los de la residencia conyugal. Después, en casos de ruptura, si uno de ellos traslada su residencia, resultará más difícil cohonestar las soluciones del reglamento 2201/2003 –cuando resulte aplicable, claro– para las crisis matrimoniales y las aquí contempladas –con la normativa vigente a día de hoy– para lo patrimonial (*v. gr.*, demanda de divorcio presentada en el tribunal del actor en base a su nacionalidad y residencia continuada, o el del último domicilio conyugal residencia del actor: Si asume competencia para cuestiones de régimen económico se podrá rechazar el reconocimiento y ejecución por el motivo que analizamos). Por contra, cuando se aplique sólo la LEC o sólo un convenio bilateral, no existirán dificultades de engarce.

15. Por último, nótese que nada obliga al juez español –vinculado sólo a su sistema– a respetar la asunción de competencia exclusiva por un juez extranjero (por ejemplo el caso irlandés o en el portugués, ordenamientos donde el juez se declara exclusivamente competente en relación con los inmuebles situados en sus territorios aunque se trate de discutir de régimen matrimonial⁵⁷). Si la decisión que se dicte en España es efectiva o no en su totalidad, es un problema de las partes⁵⁸.

B) Notificaciones

16. El régimen aplicable y los extremos a verificar son los generales⁵⁹. Puede plantearse el interrogante respecto al alcance de lo notificado. Sería arduo dudar de la validez –a los efectos que ahora

ASENSIO en la presentación del convenio (*AEDIPr*, 2004, p. 477), tal remisión comporta menor flexibilidad que el *approach* normal en los casos de ausencia de convenio, y sobre todo el peligro de estar a expensas de modificaciones unilaterales de las normas de competencia judicial.

⁵⁷ Un planteamiento similar en Inglaterra, cuyos jueces se declaran incompetentes si la decisión no va a ser efectiva en el extranjero (sección 17 de la *Married Women's Property Act*, 1882). En Portugal son incompetentes en relación con los inmuebles en el extranjero, con lo que el *exequatur* de una decisión portuguesa no garantiza el fin del litigio entre cónyuges.

⁵⁸ Lo que no parece compartir la AP Navarra en la sentencia de 21 de abril de 2009, ocupada en construir el concepto de orden público búlgaro.

⁵⁹ Así, véase el art. 11 de la propuesta de reglamento. Un resumen de la doctrina jurisprudencial en el *ÁAP* Madrid de 24 de noviembre de 2008, que rechaza el reconocimiento de una sentencia cuando la demanda había sido notificada mediante anuncios.

nos interesan— de una (correcta en todo caso) notificación de una demanda en la que se solicitara el divorcio, por ejemplo, pero en la que no constara nada acerca de la disolución del régimen económico matrimonial, si después el tribunal entra a decidir sobre este tema. Cuando la ley reguladora del divorcio considera que éste es causa de disolución del régimen de bienes (o incluso si sólo incide de un modo más limitado en él), será fácil entender que cuando se discute sobre una crisis matrimonial —lo mismo dígame si se litiga sobre una sucesión— se van a realizar pronunciamientos sobre sectores colindantes: Nadie puede alegar indefensión por el hecho de que en la demanda no conste expresamente una referencia al patrimonio conyugal. Conocida la existencia del proceso, se tiene que ser consciente de su potencial alcance. En segundo lugar, estamos en un sector en el que a lo largo del litigio los datos que se van descubriendo pueden ir modulando el contenido exacto de su objeto, de forma que tampoco genera indefensión la disparidad entre lo primeramente solicitado y lo que finalmente haya sido debatido y decidido⁶⁰ (en nuestro sistema, recuérdese las facultades del tribunal en los términos de los arts. 772 y 774.4 LEC; en Francia, sin embargo, el juez tiene un amplio poder en lo tocante a adopción de medidas provisionales —art. 255 CC—, pero no se admite demanda de divorcio que no comporte una propuesta de pago de los derechos de los cónyuges)⁶¹.

C) Análisis del fondo: la ley aplicada y el límite del orden público

17. Superados con éxito los anteriores tests, de nuevo encontramos una paradoja realmente inexplicable: El control de la ley aplicada por el juez de origen no forma parte del modelo general español, y en la LEC(A) no hay trazas de ello: La STC de 17 de junio de 1991 lo expone muy bien, dejando al margen los supuestos de reciprocidad del art. 952 LEC(A). Y sin embargo en algunos convenios bilaterales se convierte en una exigencia difícilmente esquivable. De nuevo se castiga la cooperación: A salvo la equivalencia de resultados y el principio de mayor favorabilidad⁶², existe en los convenios con Francia (art. 5), Italia (art. 15), Alemania y Austria (art. 6.2 en ambos casos, especificando la materia régimen económico matrimonial), Chequia-Eslovaquia (art. 22), China (art. 22.2), Bulgaria (art. 19.2), Argelia y Mauritania (en ambos casos, art. 16.1.g)⁶³. En el convenio con Túnez, el art. 18.2, después de haberse prohibido la denegación del reconocimiento y ejecución por disparidad en cuanto a la ley aplicada, se sanciona que podrá a pesar de todo denegarse ambos en materia de familia, estado y capacidad cuando la resolución sea «notoriamente contraria al ordenamiento jurídico del Estado requerido». Que esto no es la excepción de orden público lo acredita que éste viene en el art. 17, de modo que sólo puede ser un control de ley aplicada vergonzante. Como se dijo más arriba sobre competencia judicial, en la actualidad se podría dar el absurdo de someter la mitad de una decisión a ese control y no hacerlo para la otra mitad (concurrencia del reglamento 2201/2003 y convenios bilaterales). De todas formas, no consta en los últimas décadas un solo precedente en el que un juez español haya rechazado el *exequatur* por este motivo⁶⁴.

18. Otra historia es la excepción de orden público, a la que no se renuncia ni siquiera en el estrecho ámbito comunitario (art. 27 de la propuesta): El hecho de que todos los tribunales tengan las mismas normas de conflicto no quiere decir que se llegue al mismo resultado⁶⁵. En una esfera más

⁶⁰ Cfr. S. ALVAREZ, *Crisis matrimoniales...*, op. cit., p. 279.

⁶¹ Art. 257-2 CC: *A peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux.*

⁶² Desplazando las soluciones convencionales y aplicando el Derecho interno cuando sea más favorable al resultado perseguido. En relación con los alimentos, S. ALVAREZ, *Crisis matrimoniales internacionales...*, op. cit., p. 282.

⁶³ En la propuesta, el art. 29 prohíbe la revisión en cuanto al fondo, como era augurable.

⁶⁴ Una precisión: Cuando un tribunal de una jurisdicción de *civil law* se enfrente a una liquidación de régimen de bienes sometida a un ordenamiento de *common law* que prevea el sistema de distribución equitativa será fácil que no haya aprehendido en su integridad todos sus matices y haya terminado por descartar la aplicación esperada por las partes, sustituyéndola por la propia. La experiencia demuestra que la hipótesis contraria es usual, dada la tendencia de los tribunales de *common law* a someter las cuestiones de familia a la ley del foro. En estos casos, la quiebra de las expectativas legítimas —con importantes consecuencias patrimoniales— será normalmente denunciada por la parte que haya quedado perjudicada, y debe dar lugar a la revisión de la solución adoptada; pero nótese que esto no es control de ley aplicada sino interdicción de la indefensión.

⁶⁵ Cfr., *Resolution, Comments on the Proposal for a Regulation on Applicable Law in Matrimonial Matters*, p. 2. El grupo realmente es más drástico, hablando de la indiferencia hacia los resultados del hecho de aplicar la misma ley. A las razones

amplia, en una materia en la que la Unión no ha legislado y persisten profundas disparidades a nivel sustantivo, no es sólo que el juego de esta excepción tenga el terreno abonado, sino también que la definición del concepto es en gran parte nacional (con la única particularidad de que todos los Estados de la UE han incorporado en sus sistemas la Convención de Roma de 1950).

Por descontado que la idiosincrasia patria ha servido para que los jueces españoles, a partir de la instrucción sentada en el art. 16.1.2ª CC, creen un esquema de análisis que conduce a la virtual desaparición del orden público en lo patrimonial y a la utilización de un modelo abierto y flexible de recepción de instituciones desconocidas en nuestro foro. No existe un «régimen primario español» encarnado en el CC absolutamente imperativo a cuya estricta observancia se condicione la eficacia de decisiones extranjeras en España (sí a los casados y en parte a los residentes en Francia, por ejemplo). Pero tan cierto es que no cabría afirmar la imperatividad de las concepciones recogidas en éste como que al final llegamos a algo muy parecido, desde el momento en que las exigencias de orden público español se encarnan en el respeto de los postulados básicos derivados de la CE e informan todas las normativas españolas en la materia: Protección de la familia, la libertad y dignidad personales, la igualdad entre cónyuges, interdicción de los enriquecimientos injustos (derecho de un cónyuge a participar, en el momento de la disolución, en las ganancias de las que se ha apropiado en exclusiva el otro, habiendo contribuido a generarlas)^{66, 67}. Distinguiremos en fin varios aspectos (sin perjuicio de cuestiones concretas a las que se hará referencia más abajo).

a) Exigencias básicas derivadas de la excepción de orden público: libertad e igualdad

19. Podemos asumir con carácter general que la excepción de orden público ofrece una doble faz, forzando el rechazo de las leyes extranjeras particularmente repulsivas –aunque el supuesto litigioso no esté fuertemente vinculado con el foro– y corrigiendo el automatismo de la norma de conflicto –cuando no esté materialmente orientada–⁶⁸. Trasladando esa idea al campo de la eficacia transfronteriza de resoluciones, resulta diáfano que no podrán ser reconocidas ni ejecutadas aquéllas que impongan por un motivo reconducible a los prohibidos en el art. 14 CE (y al margen de la voluntad de las partes) una distribución no equitativa –distíngase de un reparto no igualitario, que siempre será posible– de los bienes del matrimonio^{69, 70}. Ni que decir tiene que la existencia de los elementos necesarios para poder descubrir una voluntad negocial real compete al tribunal de origen, y no ha lugar a reconstruirla en sede

aducidas (discrepancias en la calificación procesal-fondo, incapacidad para conocer y aprehender el Derecho extranjero y sus actualizaciones, dificultades de los juristas continentales para comprender el sistema de *common law*) hay que añadir, en nuestro caso particular, el modo en el que se trata el Derecho extranjero, lo difícil que es que termine siendo aplicado por mucho que la norma de conflicto lo reclame.

⁶⁶ Existiría incluso un principio europeo en este sentido: *Cfr.* B. BRAAT, «Matrimonial Property Law: Diversity of Forms, Equivalence in Substance?», en M. ANTOKOLSKAIA, *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Antwerpen-Oxford, 2007, p. 247.

⁶⁷ Por lo demás, que las normas de los arts 1315-1324 CC configuran un régimen primario es algo constantemente afirmado por la doctrina civilista. En contra, M. AMORES en J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 343, para quien las normas de tales artículos se limitan a configurar un amplísimo ámbito de autonomía convencional de los cónyuges y no son compartidas por todos los sistemas jurídicos españoles en la materia. Basta leerlas para comprobar que lo que subsiste es un espacio para el común acuerdo vinculante, y para la intervención del juez en su defecto. Esto no es predominio de la libertad de pactar lo que se desee sin protección para la efectiva igualdad entre los cónyuges. Por lo demás, por lo que se refiere al hecho de que estas normas no existen en los ordenamientos regionales, está por probar que disposiciones inspiradas en *policies* análogas no existan en todos ellos.

⁶⁸ Añádase que la resolución 37/78 de 27 de septiembre del Consejo de Europa establece el compromiso de los Estados de asegurar el derecho de un cónyuge a obtener en caso de nulidad, separación o divorcio una parte equitativa de los bienes del ex cónyuge o una suma indemnizatoria que compense cualquier desigualdad financiera surgida durante el matrimonio.

⁶⁹ M. DE BOER, «Unwelcome Foreign Law...», *op. cit.*, p. 299.

⁷⁰ Es la línea marcada por la Corte de Casación francesa en su decisión de 24 de febrero de 1998, que rechaza como contrario al orden público el viejo sistema suizo de unión de bienes (reparto no igualitario en el momento de la disolución, atribuyendo al marido dos tercios de los incrementos habidos durante el matrimonio, art. 214 del viejo CC). Con disparidades en gestión y apropiación de frutos, el art. 186 CC turco antiguo, en vigor hasta 2002.

Los cónyuges pueden pactar particiones no igualitarias de los bienes: arts. 1497.5 CC francés y 1451 CC belga, por ejemplo.

⁷⁰ Como subraya B. BRAAT, todos los sistemas europeos tienen como norte un reparto equitativo de los bienes después del matrimonio, sea mediante la división igualitaria en caso de gananciales, mediante un reparto de los incrementos en caso de régimen de participación o con atribuciones judiciales discrecionales en los ordenamientos anglosajones: *Cfr.* «Matrimonial Property Law...», *op. cit.*, p. 242.

de *exequatur*. Adviértase que el mero hecho de que un cónyuge consienta en una liquidación de bienes que le empobrezca o la renuncia a cobrar una pensión compensatoria a la que eventualmente tendría derecho carece de trascendencia y no es censurable desde el prisma de la protección de los menores a su cargo (*ex art. 39 CE*), porque hablamos de planos que discurren en paralelo: Si un padre se empobrece en exceso, el otro se enriquecerá también en exceso, y a la hora de fijar el *quantum* alimenticio se tiene en cuenta tanto las necesidades de los hijos como las disponibilidades globales de los padres⁷¹. Distinta historia y conclusión sería si se usara para encubrir transferencias fraudulentas de bienes a terceros, hipótesis que recibirían el tratamiento propio de los negocios simulados.

20. El ATS de 8 de marzo de 2005 resume muy bien su posición respecto al engarce con el orden público de las expresiones de autonomía en las cuestiones de contenido económico (sus consideraciones son demasiado generales como para limitar su alcance al estrecho marco de la pensión compensatoria de la que trata): Tratándose de una sentencia extranjera que homologaba el acuerdo entre los cónyuges, mediante el cual el de género femenino renunciaba a percibir tal pensión, el TS subraya que no existe un interés general superior al propio particular de los interesados que lo sustraiga a la libre disponibilidad de las partes y que exija una tutela obligatoria dispensada por los tribunales y que encontraría fundamento en el concepto de orden público⁷². En segundo lugar, el hecho de que el ministerio fiscal no intervenga en el proceso originario en defensa de los intereses de los hijos no constituye obstáculo al reconocimiento de la decisión, porque es suplido por la necesaria intervención del fiscal español en el procedimiento de *exequatur* (los convenios bilaterales se remiten al procedimiento previsto en la ley estatal, con lo que se llega a la misma solución).

Todo lo cual no es más que la traducción del principio constitucional de libertad personal. En consecuencia, interferencias de los órganos estatales que comprometan el alcance de los pactos nacidos válidos (inclúyase en la idea de validez la referencia a la ley a cuyo amparo se gestaron) deben ser rechazadas en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones⁷³. Traemos el tema a colación a propósito del reciente debate suscitado por el alejamiento de los tribunales ingleses de su tradicional doctrina en torno a la validez de los pactos prematrimoniales. Como es sabido, éstos no se consideraban vinculados por el contenido de los acuerdos (tampoco por el contenido de las leyes extranjeras en la materia), de suerte que en el momento del divorcio resolvían lo que estimaran oportuno en consideración a las circunstancias del caso⁷⁴. Sin embargo, a raíz de la sentencia de 20 de octubre de 2010 se abre la vía para la consolidación de una solución más atenta a los acuerdos de las partes⁷⁵. Con carácter general, un pacto nacido válido (en la especie, entre un nacional francés y una nacional alemana y sometido al

⁷¹ En torno a la validez de los pactos de renuncia que pudieran comprometer la posibilidad del cónyuge acreedor de atender a sus necesidades se ha escrito que no podrían ser eficaces (véase las referencias contenidas en C. PINTO ANDRADE, «Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», *La ley*, nº 7571, 17 de febrero de 2011, p. 9; por una ineficacia condicionada opta el reciente CCC en su art. 233-16.2). Más allá de lo correcto o incorrecto de esta tesis en Derecho civil español, no cabe duda de que si un juez extranjero ha reconocido su validez, en el trámite del *exequatur* el juez español no dispone de los datos de hecho necesarios para cuestionarla y poder enjuiciarla desde este prisma del orden público.

Sobre los pactos relativos a la pensión compensatoria existen multitud de estudios. Para el ordenamiento español es muy útil por el exhaustivo manejo de las fuentes jurisprudenciales V. MORENO VELASCO, «Principio dispositivo y la pensión compensatoria: expresiones en la práctica judicial», *La ley*, nº 7467, 14 de septiembre de 2010.

⁷² Así, secciones 21(2)(c) y 25 de la *Matrimonial Causes Act 1973* (respectivamente, facultad del tribunal de modificar o declarar nulo alguno de los pactos alcanzados por los cónyuges en un acuerdo matrimonial válido). No conocemos demasiados casos en el que un tribunal haya hecho algo así al amparo del art. 90 CC por un motivo distinto al interés de los hijos.

⁷³ Diverso es el caso de Hungría, donde el juez puede modificar ciertas disposiciones del régimen cuando se haya producido un cambio en las circunstancias que entrañe una injusticia a los intereses legítimos de una parte, a instancia de parte: El procedimiento asegura el respeto de los derechos individuales. En todo caso, como señaló la CA de Michigan en *Reed v. Reed* (2005) un crecimiento sustancial de activos no puede ser considerado cambio de circunstancias.

⁷⁴ Sección 16(1) de la *Family Law (Scotland) Act 1985*. Por lo demás, hasta la *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* en el Reino Unido se rechazaba el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio que no contuvieran una previsión sobre consecuencias financieras. Ahora se reconoce pero se permite acudir a los tribunales para que las fijen.

⁷⁵ En la sentencia de 20 de octubre de 2010 (*Radmacher v. Granatino*) la Supreme Court respalda la idea de que los cónyuges pueden renunciar antes del matrimonio –en previsión de un eventual divorcio o en caso de disolución por fallecimiento– a cualquier derecho sobre el patrimonio del otro cónyuge. Puede verse un análisis de esta sentencia y de la de la Corte suprema de NY de 18 de diciembre de 2008 (*Van Kipnis v. Van Kipnis*) en K. JANK-DOMDEY/A.-D. POLZER, «Ausländische Eheverträge auf dem Prüfstand der Common Law Gerichte», *Iprax*, 2010, pp. 83 ss.

Derecho alemán) no puede ser anulado sin más por imperativo de la ley del foro⁷⁶. De otro lado, ni que decir tiene que el *equitable distribution system* no merece reproche alguno por el mero hecho de que el juez asuma tan elevado protagonismo en el reparto de los bienes. Si se hubiera de controlar algo sería –como en cualquier resolución– la motivación, bajo la cobertura del orden público.

b) Compatibilidad con el orden público del foro de soluciones materialmente diferenciadas

21. El núcleo de materias que forman parte del régimen económico matrimonial lo decide cada ordenamiento de forma soberana, así como la precisión de las causas y consecuencias de una disolución. A la ley rectora del mismo régimen corresponde establecer los presupuestos⁷⁷, asignar titularidades y fijar tales consecuencias, que no tienen por qué coincidir con las previstas en el sistema del foro más que en la interdicción de la desigualdad por motivos intolerables. Es obvio que cuando al juez español no se le pide que aplique una ley extranjera, sino que se pronuncie sobre efectos de la decisión extranjera en España, el juego de la excepción de orden público queda muy matizado. Por ello, que un juez extranjero no se haya pronunciado sobre indemnizaciones a un cónyuge en caso de régimen de separación de bienes, por ejemplo, no contradice *per se* nuestro orden público, y ello con independencia de si la omisión se debe a la inexistencia del instituto, la falta de concurrencia de los presupuestos o sólo que se deja a un futuro procedimiento –si fuere necesario–; no podría el juez español imponer sus propias concepciones sobre lo que entiende que es el núcleo esencial de materias incluidas en las mencionadas consecuencias. Lo único relevante es que no se generen y consoliden situaciones de desequilibrio patrimonial como consecuencia del no reconocimiento de derechos a uno de los cónyuges después de la disolución del régimen^{78, 79}. La sentencia del *Tribunale civile e penale* de Belluno de 24 de junio de 2010 es un ejemplo en este sentido, al enfrentarse al problema de la eficacia de una sentencia ucraniana de divorcio en la que no se había previsto nada sobre pensión compensatoria ni disposiciones sobre las relaciones económicas entre los esposos, lo que no considera en sí contrario al orden público italiano, dejando en todo caso abierta la posibilidad de que sobre este tema las partes puedan litigar ulteriormente y sea fijada la pensión compensatoria, si subsisten los presupuestos⁸⁰.

22. Visto desde la perspectiva negativa, no viola nuestro orden público el hecho de que la decisión provenga de una autoridad administrativa, siempre que esté dotada de *imperium* y tenga competencia según la ley del foro para pronunciarse sobre separaciones consensuales y procedimientos relativos a los hijos (AATS de 20 de enero de 2004, 17 de octubre de 2006)⁸¹. No importa que la autoridad se limite a dejar constancia de que las partes quieren divorciarse, sin intervenir salvo para controlar que subsisten los requisitos previstos en la ley. Basta que tenga competencia para decretar el divorcio (Autos del TS de 8 de junio de 1999, 18 de mayo de 1999, 1 de octubre de 1996, 20 de octubre de 1999, 1 de diciembre de 1998...). Tampoco es problemático el divorcio notarial, siempre que el notario desarrolle funciones de control de las condiciones de disolución y de los efectos respecto a los hijos comunes (ATS de 15 febrero de 2000, que termina denegando el *exequatur* en base a la existencia en España de una sentencia

⁷⁶ En particular, queremos llamar la atención sobre los pactos de indivisión. Las decisiones extranjeras que los incorporen y avalen no son reprochables, visto el tenor del art. 400 CC.

⁷⁷ Sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2010 (Serife Yigit c. Turquía): No es contraria a la Convención europea de Derechos humanos la opción del legislador de no conceder derechos a quienes no satisfagan las exigencias del ordenamiento civil y opten por contraer matrimonio sólo según un rito religioso.

⁷⁸ Por ejemplo, sería difícilmente reconocible en España una decisión que no atribuya nada a la esposa tras el divorcio, no reconociendo su contribución a la formación del patrimonio familiar: Un estudio del sistema marroquí en M. D. CERVILLA GARZÓN, «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la *Mudawana* 2004: una reflexión desde el Derecho español», *AC*, 2010, nº 18. Claro que la denegación del reconocimiento deja abierta la puerta a la posibilidad de litigar en España.

⁷⁹ Dicho de otro modo: Sería intolerable que el valor del patrimonio de un individuo tras la extinción del matrimonio se vea mermado de forma desproporcionada respecto al valor de patrimonio disponible durante su vigencia, porque ello generaría incentivos perversos (más en un sistema de divorcio unilateral).

⁸⁰ Por supuesto, no va contra el orden público del foro la no previsión de alimentos entre divorciados. Así, la sentencia de la *Cour de Cassation* belga de 18 de junio de 2007, que casa la decisión de instancia.

⁸¹ Nótese que las decisiones que citamos (las que existen en el mundo real) versan sobre crisis matrimoniales, y sólo tangencialmente –como mucho– se plantean consecuencias patrimoniales.

de separación con fuerza de cosa juzgada que impide reconocer la extranjera de divorcio; AAP Tenerife de 23 de febrero de 2009). Evidentemente, tampoco importa que no se hubiera respetado la obligación de inscribir el matrimonio (ATS de 10 de septiembre de 1996). No hay indicios en estas decisiones de que se estén controlando los aspectos patrimoniales.

23. No nos ha llegado ningún caso de reconocimiento de una decisión relativa a efectos económicos de un matrimonio poligámico (serán mínimos: Poligamia y separación de los patrimonios suelen ir unidas) o de un divorcio basado en causas discriminatorias⁸². De todas formas, dado que no se trata de dar inicio a una relación sino de controlar sus efectos, y de la misma forma que se ha hecho en ámbitos como el de los alimentos o en modo análogo a la forma en la que se reparten las pensiones de viudedad entre las diversas esposas del contribuyente, no es hipotizable que se opongan consideraciones de orden público a su reconocimiento en España más allá de la exigencia de igualdad en el reparto de los bienes⁸³. El trámite del *exequatur* no es probablemente el más adecuado para estudiar situaciones consolidadas, ni en particular enjuiciar el concepto de matrimonio que se maneja por el tribunal extranjero. De ahí que no tenga sentido la operatividad del orden público para hacer valer una idea de igualdad, que palidece ante la necesidad de atender a necesidades más perentorias y urgentes: Del reparto de los bienes (del uso de la vivienda en particular) depende en gran parte la atención a las necesidades vitales. Lo mismo valdrá para el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo. En este sentido la propuesta lo tiene bastante claro (considerando décimo), donde la validez depende de la ley que lo hubiera creado⁸⁴. Cuando dos personas constituyen una unión del tipo que sea y la formalizan, no sería acorde a exigencias básicas del Derecho no darles seguridad de que van a poder exportarla.

24. A día de hoy, el error de la sentencia de origen al calificar indebidamente una institución y dar lugar a la acumulación de atribuciones patrimoniales no puede ser amparado en el foro. El problema no es el error o lo discutible de la calificación, que evidentemente no puede ser revisada en sede de reconocimiento, sino la ruptura de la situación compleja que comporta un desequilibrio patrimonial. Piénsese por ejemplo en la indemnización por trabajo en el hogar prevista para los casos de separación de bienes: Si fuera calificada como efecto del divorcio y éste se sometiera a una ley diferente a la del régimen económico, su asignación adicional rompería la armonía interna que preside la organización de este último dentro de cada ordenamiento⁸⁵.

25. Por último, tampoco debe tropezar con objeción alguna las decisiones extranjeras en la que se asignen daños morales como consecuencia de la disolución del matrimonio, en la medida que, aun excepcionalmente, también los reconoce el TS; claro que la atención se desplaza al control de los motivos de la sentencia⁸⁶. En un segundo nivel, conviene no confundir normas como las de los arts. arts.

⁸² Por ejemplo, en Chipre el marido puede pedirlo si la mujer pasa fuera la noche sin su consentimiento, pero no la mujer.

⁸³ Un buen ejemplo de la respuesta y argumentación augurable es ofrecido por la *Nova Scotia Supreme Court* en el caso *Vladi c. Vladi* (1987), en el que se rechaza el reenvío operado por la ley alemana reclamada por la norma de conflicto canadiense y que habría desembocado en la aplicación de la ley iraní, que no reconocía prácticamente ningún derecho sobre la propiedad conyugal a la esposa en caso de disolución del matrimonio y nada de los bienes a nombre del marido. Análogamente, téngase en cuenta la exigencia de conexión entre la situación y el foro: véase *BGH*, 14 de octubre de 1992.

⁸⁴ Sostiene sin embargo el considerando 25 de la propuesta que la excepción de orden público no puede servir para rechazar el reconocimiento de una decisión procedente de otro Estado si con ello se llegan a resultados contrarios a la prohibición de discriminaciones del art. 21 de la Carta de derechos fundamentales de la UE. No hace falta ser demasiado mal pensado para intuir la presión de ciertos grupos favorables a un concepto amplio de matrimonio.

⁸⁵ Un buen ejemplo en los hechos que dieron lugar a la STSJ Cataluña de 22 de septiembre de 2008, con comentario de B. ANOVEROS TERRADAS, «Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatoria: pluralidad de leyes y necesidad del mecanismo de adaptación», *Indret*, 2009, donde se describe muy bien la coherencia interna del sistema alemán. La unidad entre regímenes económicos y divorcio es recordada por E. ROCA TRÍAS, citando a M. SESTA, a propósito de la introducción del divorcio en Italia: *Patrimonio familiar...*, *op. cit.*, p 107.

⁸⁶ Varios ejemplos: El art. 151 CC suizo dispone que «si los hechos que han determinado el divorcio han comportado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez puede asignarle además una suma de dinero a título de reparación del daño moral»; el art. 351 del CC peruano, «si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero en concepto de reparación del daño moral». El dolor ocasionado por el divorcio es indemnizado en otros ordenamientos, aunque no haya sido ocasionado por el incumplimiento de un deber conyugal. En Francia el art. 266 CC redactado en la ley 2004-439 de 26 de mayo

98 y 1395 CC, que sancionan la mala fe negocial, con las disposiciones que consagren una concepción del divorcio sanción, con su correspondiente traducción en sede liquidatoria⁸⁷. Decisiones que contengan una disciplina del divorcio y de la liquidación del régimen económico matrimonial apoyada sobre la buena o mala fe de uno de los cónyuges comportan una rémora en el ejercicio de la libertad personal, siendo cuestionable su reconocimiento en España.

D) Aspectos particulares de la eficacia en España de las decisiones extranjeras

a) La especial protección dispensada al domicilio familiar

26. Va de suyo que un tribunal extranjero puede legítimamente decidir sobre las diversas vicisitudes referentes a la vivienda familiar aunque se trate de un inmueble situado en España, tratándose de acciones de naturaleza personal. En consecuencia, el TS suele pronunciarse en sentido afirmativo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que atribuyen el uso de la casa familiar o reconocen el derecho de habitarla (el caso de las *Occupation Orders* de la sección 33 de la *Family Law Act*⁸⁸); en consecuencia, no debe plantear objeciones la decisión en la que se establezca además el deber de un cónyuge o ex cónyuge de marcharse a otro lugar con expresa atribución del derecho de ocupar algún otro inmueble desocupado de la familia, la orden de transferir la titularidad de un arrendamiento a uno sólo de los cónyuges, la prohibición de acceso a la casa familiar del cónyuge violento (así por ejemplo, §2 de la *Gewaltschutzgesetz*, las *non molestation orders*⁸⁹), la obligación de informar sobre los futuros pagos a realizar (cuotas hipotecarias, por ejemplo), las órdenes de contribución al levantamiento de los gastos generales de la vivienda. o la declaración de que se considera una determinada vivienda como familiar. A partir del reconocimiento de la ejecutividad se abre la vía para la realización de cuantas medidas sean necesarias en los términos de los arts. 699 ss. LEC, incluyendo, es claro, las multas del 711 LEC o la adecuación del Registro al título (art. 703 LEC). Dentro de este tipo de atribuciones, si se trata de lograr la constancia registral de la atribución de uso, habrá que pasar por el trámite del *exequatur*, condicionado en todo caso, en aras de la salvaguarda del derecho de defensa, a la acreditación de que en el proceso de origen el propietario del inmueble (cuando sea distinto de los cónyuges) ha sido emplazado y ha intervenido en calidad de parte⁹⁰.

27. En otro orden de cosas, la finalidad protectora que inspira las normas relativas a la vivienda familiar y la igualdad entre los esposos conduce a la conclusión de que no es reconocible ni ejecutable en España una decisión extranjera que autorice o ampare actos unilaterales de disposición (inclúyase la

dispone que «Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270, se podrá conceder una indemnización por daños y perjuicios a uno de los cónyuges para reparar las consecuencias de especial gravedad que sufra por el hecho de la disolución del matrimonio, bien cuando fuera la parte demandada en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo matrimonial y sin que hubiese él mismo interpuesto ninguna demanda de divorcio, o bien cuando el divorcio fuese pronunciado atribuyendo exclusivamente las causas de culpabilidad a su cónyuge. Esta petición sólo podrá formularse en el procedimiento de divorcio». Por su parte el art. 270 CC establece la posibilidad de fijar una pensión compensatoria (una cantidad global en todo caso); «sin embargo, el juez podrá denegar la concesión de dicha prestación si la equidad lo exigiera, considerando los criterios previstos en el artículo 271, o bien cuando el divorcio, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura, fuera pronunciado atribuyendo todas las causas de culpabilidad a la parte que solicita el beneficio de dicha prestación». El CC argentino no prevé responsabilidad civil extracontractual por la disolución del matrimonio, pero la jurisprudencia mayoritaria sí la admite.

⁸⁷ Por ejemplo, el art. 1790 CC portugués, en el que el culpable de la crisis puede recibir como máximo los derechos que le corresponderían si se hubiera casado en régimen de comunidad.

⁸⁸ Desde la sentencia de la *Court of Appeal* en *Grubb v. Grubb* de 25 de septiembre de 2009 las mencionadas órdenes parecen emanciparse de su contexto fáctico usual (violencia familiar) y se convierten en algo parecido a una medida cautelar durante el proceso de divorcio. Lo que no cambia el discurso más que en lo tocante a no reconocimiento de decisiones no definitivas.

⁸⁹ Que en nada difieren del art. 64 de la LO 1/2004.

⁹⁰ Lo mismo vale para el usufructuario: *Cfr.*, B. J. AGUIRRE FERNANDEZ, «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la doctrina de la jurisprudencia de la DGRN», *La ley*, n° 7378, 12 de abril de 2010, p. 8. Igualmente véase las referencias contenidas en P. GONZÁLEZ POVEDA, «La moderna jurisprudencia sobre Derecho de familia», *AC*, n° 20, nov. 2010, pp. 7 ss. No se deje de lado en todo caso la insistente negativa de los registradores españoles a inscribir el uso de la vivienda propiedad de un tercero (*vid. infra*).

constitución de garantías) de la misma –aunque sea un bien personal⁹¹– sin el consentimiento del otro cónyuge o de la autoridad judicial en caso de negativa injustificada de éste⁹² (otro tanto dígase para actos de disposición que afecten a bienes de extraordinario valor, por idénticos motivos), si no se establecen cautelas para la recomposición del patrimonio⁹³. Por supuesto que lo censurable suele ser la ley aplicada, mas la conclusión es la misma.

Por lo demás, el ámbito de poder del que disponen las partes en lo patrimonial permite que pacten y se homologuen acuerdos en los que se exima a uno de ellos de contribuir a los gastos que la casa genere.

28. Existe una ardua interferencia entre lo concursal y lo matrimonial en el caso de que un cónyuge sea declarado en concurso, que a raíz de ello se disuelva el régimen de gananciales y que en aplicación de la normativa concursal le sea atribuida preferentemente al esposo *in bonis* la vivienda habitual de la familia como parte de su haber (así, por ejemplo, en el art. 78.4 LC). ¿Qué sistema de normas rige el reconocimiento de la resolución en la que se reconozca el derecho a recibirla o se realice tal atribución? Si aceptamos que el proceso concursal se vertebra en torno a los bienes del deudor y que la normativa sobre insolvencia disciplina las relaciones deudor-acreedores-administración⁹⁴, la consecuencia es que lo que afecte a su cónyuge debe ser calificado como matrimonial y ese concreto pronunciamiento seguirá los congruentes cauces procedimentales, con independencia de que proceda del juez del concurso: Al fin y al cabo, se está hablando de liquidación de un patrimonio común. Otra historia son las eventuales disputas que surjan a propósito de la repercusión de esta operación en la masa activa (valoración, solicitud en tiempo y forma, pago puntual de la compensación en metálico,...), cuya calificación concursal no es dudosa.

b) La protección de los terceros: el acceso de las decisiones extranjeras a los registros públicos españoles

29. Es cierto que bastantes las reglas sobre régimen económico tienen mucho de modificaciones puntuales de la normativa contractual y la congruente responsabilidad universal⁹⁵, pero no se entienden si no vienen acompañadas de un sistema de información a los potenciales cocontratantes de los riesgos que asumen al concluir un negocio con un operador cuya responsabilidad puede quedar alterada por circunstancias personales no visibles. Que un buen registro sea la forma más barata y ágil de informar y proteger el tráfico es fácilmente asumible; sin duda, es difícil imaginar otra mejor para que quienes

⁹¹ P. CENDON, «I regimi patrimoniali fra coniugi e la circolazione delle cose mobili», en F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1995, pp. 155 ss. Lo normal es que no se altere la naturaleza del bien por el hecho del matrimonio. No obstante, el Código de Familia lituano (art. 3.84) llega a establecer que un bien (incluida la casa y el mobiliario) propiedad de uno de los cónyuges antes del matrimonio se convierte en bien de la familia el día del registro de éste, y a partir de ese momento el propietario no podrá vender, pignorar ni alquilar sin consentimiento del otro cónyuge.

⁹² La protección dispensada por los §§ 1365 y 1369 BGB es al patrimonio entero. Por ello, según algunas interpretaciones, podría uno de los cónyuges disponer de la vivienda familiar si posee otros bienes. Una decisión que ampare esta interpretación debe, como mínimo, ser puesta bajo control. El art. 5 del acuerdo franco alemán por el que se establece un régimen económico matrimonial abandona esa limitación y se alinea con la solución del *Code civil*, protegiendo todos los derechos que sirven para garantizar la casa familiar: *Vid.* al respecto M. G. CUBEDDU/D. HENRICH, «Due modelli europei di regime patrimoniale dei coniugi», *Rivista di Diritto Civile*, 2010, pp. 575 ss.

⁹³ Va de suyo que si en la sentencia se constata la anulabilidad del acto pero se protege al tercero de buena fe, en la medida en que se hayan fijado cautelas para la reconstitución del patrimonio conyugal no podrá afirmarse que existe violación de los principios constitucionales de protección. Así, en la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 17 de marzo de 1988, que rechaza la acusación de ilegitimidad del art. 184 CC, fundada por el tribunal recurrente en que no se previó la nulidad radical de los actos de disposición de los bienes de la comunión realizados por un sólo cónyuge.

⁹⁴ Aunque se trataba de un asunto de competencia judicial internacional, vale aquí el concepto usado por el TJ en su sentencia de 22 de febrero de 1979, *Gourdain c. Nadler*: Es concursal lo que sea derivación directa de la insolvencia y tenga relación inmediata con ella. Es lo mismo que sanciona el art. 11 LC. Más aún: Si atendemos a la finalidad de la norma (esto es, la protección de la vivienda familiar) queda claro que su naturaleza no es concursal. Más ampliamente, F. J. ORDUÑA Y J. PLAZA, «Art. 78», en A. ROJO Y E. BELTRÁN, *Comentario de la Ley concursal*, Madrid, 2004, pp. 1422-1423.

⁹⁵ *Cfr.* D. MARTINY, «Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?», en VVAA, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 442.

contratan con los cónyuges o ex cónyuges puedan conocer el nivel de solvencia que éstos pueden ofrecer, de la misma manera que la libertad de elegir la ley aplicable y la propia libertad de pactos tiene sentido sólo si va acompañada por un registro que funcione e informe a nivel europeo. En el límite mínimo de lo que resultaría útil, bastaría diseñar un mecanismo limitado a informar de que el potencial cocontratante está casado para alertar al operador diligente de que tiene que seguir investigando, que no puede ignorar que en la mayor parte de los ordenamientos del mundo el matrimonio comporta una modificación en el sistema de distribución de las responsabilidades patrimoniales: Ninguna de las formas de organización (comunitaria o separatista) es comparativamente mejor a este respecto. Lo único que importa es no frustrar las expectativas generadas por la apariencia, y es claro que a la construcción de ésta contribuye en buena medida la normalidad estadística⁹⁶.

Para atender a esas necesidades, la opción de crear algo al estilo de los registros existentes en los Derechos internos es estéril: Limitarse a indicar que el régimen de bienes de dos sujetos se somete, por ejemplo, al ordenamiento alemán (incluso aunque se especifique con su propio *nomen* cuál es el aplicable) o que existe un contrato prenupcial resulta escasamente informativo⁹⁷. En tanto en cuanto se pone en pie un sistema más ambicioso —o se logra interconectar los que ya existen—, sí que sería factible asegurar el acceso a los registros de las resoluciones judiciales extranjeras. Eso bastaría para la protección de los terceros. Dicho en negativo (siempre en referencia a este tema), la no instauración de mecanismos idóneos a tal fin es dudosamente compatible con el objetivo de tutela del crédito, una rémora a la contratación y en consecuencia (en el ámbito europeo) choca con los principios comunitarios. Pues bien, en esta situación de déficit nos encontramos.

30. Sabemos que en el Registro Civil español se inscriben sólo los matrimonios de los nacionales españoles en el extranjero y de los extranjeros en España (art. 15 LRC), y sobre la base de esta inscripción se realizan las otras (art. 77 LRC)⁹⁸. Existen además normas que prevén la publicidad de decisiones que afectan a la disolución del régimen, aunque sólo de manera indirecta, porque al margen de la inscripción del matrimonio se inscriben las decisiones sobre nulidad, separación o divorcio y los otros actos que pongan fin a éste (art. 76 LRC). Tratándose de decisiones extranjeras que no hayan recibido aún el *exequatur*, se practica una anotación con simple valor informativo (art. 38.4 LRC y 153 RRC). La eficacia probatoria de cuanto sea inscrito es la del documento público sobre el que se basa, puesto que tiene sólo valor informativo. Aquella es la única norma —junto a la del art. 266 RRC, redactadas en términos de estricta voluntariedad— que consiente la publicidad del régimen económico matrimonial sin perjuicio de las indicaciones que se hagan en el libro de familia (art. 36 RRC). Se ha defendido que, al amparo del art. 15, inciso segundo, LRC cabe la inscripción (en el Registro central, art. 18 LRC) del matrimonio de dos extranjeros en el extranjero⁹⁹, y en base a ésta —se supone— realizar la indicación de los pactos y resoluciones con incidencia en el régimen patrimonial. Mas hay que matizar el alcance de esa idea. No deja de ser relevante que no haya una sola resolución, instrucción o circular que contemple esa hipótesis en lo que se refiere a la constancia de pactos; al fin y al cabo, el art. 15 LRC piensa en inscripciones que a su vez sirvan de base a «inscripciones marginales exigidas por el Derecho

⁹⁶ Así, art. 30.3 de la ley italiana de Dpr.

⁹⁷ Las respuestas al libro verde sobre regímenes matrimoniales procedentes del mundo del *common law* evidencian hasta qué punto la mera expresión régimen económico matrimonial carece de sentido para un jurista formado en esa tradición.

⁹⁸ «Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal». Es un notabilísimo avance la imperatividad del art. 60.1 de la nueva LRC («Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo»), consecuencia de la necesidad de hacer constar en el Registro el régimen económico (art. 4, mención 8ª).

⁹⁹ Así, E. RODRIGUEZ GAYAN, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, 1995, p. 154. En parecidos términos, M. P. DIAGO DIAGO, «La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho internacional privado español», *BIMJ*, núms. 2067-68, p. 2784. Recuérdese la norma: «En todo caso, se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español».

Está por ver cómo se concreta el art. 9 apartado segundo de la nueva LRC («se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español»), en tanto que, de una parte, la inscripción del régimen conyugal es obligatoria, pero, de otro lado, el matrimonio de dos extranjeros en el extranjero sigue sin ser inscribible.

español», y si algo no prevé el art. 77 LRC es la obligatoriedad de tal constancia. No parece, por tanto, que sea posible. Eso sí: Cuando se obtenga el *exequatur* de una sentencia extranjera del divorcio de dos extranjeros casados en el extranjero divorciados en el extranjero o que hayan disuelto su matrimonio en España, habrá que activar esa hipótesis del art. 15 LRC, dada la exigencia de inscripción de la resolución a la que hace referencia el art. 76 LRC y 263 ss. RRC (y sin perjuicio del art. 153 RRC y sin descuidar su magra utilidad práctica).

Visto en negativo, nótese lo mucho que queda fuera del Registro: Las inscripciones se hacen a petición del interesado, no hace falta referencia alguna en caso de matrimonio no inscribible y el único dato que se publica es que existen decisiones, sin precisar su contenido, reenviando a aquella en cuya virtud se extiende el registro. Una vez obtenido el reconocimiento de la decisión extranjera, y salvo las correcciones derivadas de la tutela de terceros de buena fe, los efectos frente a terceros de la publicidad registral vienen establecidos por la ley reguladora del régimen económico, no por la española del registro, cuya competencia se ciñe a la disciplina del *iter* procedimental (qué se transcribe, cómo, a petición de quién)¹⁰⁰. Así, piénsese en dos cónyuges de nacionalidad francesa con intereses patrimoniales en España que modifican su contrato matrimonial; se les aplicará el art. 1397 del *Code* en lo tocante al plazo (tres meses) desde la inscripción de la sentencia de homologación del cambio para que el cambio sea oponible a terceros¹⁰¹. Pues bien, a los terceros que operan desde España el Registro nunca va a informarles ni del primer contrato ni de la modificación y su posterior homologación judicial, porque la ley española *qua* ley del registro no ofrece instrumentos para ello, aunque se trate de decisiones reconocidas (va de suyo que la normativa procesal española regirá los requisitos del *exequatur*). Reiteremos que la sentencia que no haya sido reconocida puede ser objeto sólo de una anotación con valor informativo, no de una verdadera inscripción (arts. 38 LRC y 151 RRC). En todo caso, la oponibilidad a terceros puede resultar de otros datos (por ejemplo, en el caso del ejemplo, si la decisión ha sido transcrita en un registro francés y los terceros no pueden razonablemente alegar su ignorancia –*v. gr.*, en razón de su residencia–, el cálculo de la fecha de la oponibilidad tomará como punto de partida la de la inscripción francesa, no la de una eventual constancia registral en España o la de concesión del *exequatur*)¹⁰².

Las decisiones no vinculadas a una cuestión del estado civil (por ejemplo la que declara que un determinado bien es privativo) no pasan nunca a este Registro. Sí acceden, sin embargo (de oficio), las de nulidad, separación o divorcio (art. 76 LRC)¹⁰³, mas con ese limitado contenido informativo. Pero hay más: Hasta 2007 (y por lo tanto las inscripciones realizadas hasta ese momento así lo indicarán), existía una hipótesis –marginal– en la que sí se ofrecía alguna indicación idónea para poner sobre la pista de la forma en la que se había repartido el patrimonio conyugal, a saber, cuando se hubiera apreciado mala fe de uno de ellos (art. 263 RRC). El ordenamiento español –puntualmente– vincula consecuencias patrimoniales a la mala fe de un cónyuge (art. 1395); la constancia de ese dato permitía indagar en el contenido de la ley rectora del régimen de bienes (única competente para estatuir sobre este aspecto) y verificar la manera en que se había modalizado el reparto. Sin embargo, la reforma de la normativa registral ha bebido exclusivamente en la desaparición del divorcio causal en nuestro sistema¹⁰⁴, optando por omitir toda referencia y olvidando que pueden existir sentencias de divorcio, separación o nulidad extranjeras en las que conste ese dato y tenga repercusiones patrimoniales.

El art. 272 RRC (y el 727.5 LEC) admite, en fin, que a petición de una de las partes se anote la demanda de nulidad, separación o divorcio (con las consecuencias que la ley reguladora de los efectos

¹⁰⁰ El art. 1303-6 del nuevo CPC francés opta expresamente por calificar las medidas de publicidad como una cuestión de fondo.

¹⁰¹ Reglas similares de oponibilidad a terceros existen por ejemplo en Luxemburgo, Croacia, Bélgica o Italia. Fuera de los casos de publicidad, lo que se establece es un plazo para la oponibilidad a terceros (Holanda, por ejemplo, lo fija en catorce días).

¹⁰² En el ordenamiento francés se ha defendido la no necesidad de *exequatur* de las sentencias extranjeras homologadoras de un cambio de régimen económico, que podrían acceder sin más al Registro civil: M. REVILLARD, «Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international», *Travaux CFDIPr*, 1997-1998, p. 270.

¹⁰³ En la misma dirección se mueve el art. 264 RRM (remisión de oficio del documento oficial de la decisión al RC).

¹⁰⁴ Expresamente lo reconoce así el preámbulo del Real Decreto 170/2007, de 9 de febrero.

pueda fijar en relación con las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, como en el caso del art. 102 CC sobre la extinción de las autorizaciones y poderes recíprocos)¹⁰⁵, aunque el contenido de la mencionada inscripción es bastante limitado (el testimonio de la admisión). Nada obsta a la posibilidad de anotar también, con simple valor informativo, la demanda presentada ante un tribunal extranjero, a partir de la decisión en la que venga admitida, debidamente traducida y autenticada. Bajo este aspecto, el RC ofrece también informaciones indirectamente relevantes en caso de declaración de concurso de un cónyuge, que se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento (art. 46 LRC).

31. Por su propia naturaleza, el Registro de la Propiedad tiene un alcance limitado, en cuanto que publica sólo los actos y contratos relativos a los derechos reales sobre inmuebles situados en España. La consecuencia es que, en el ámbito matrimonial que ahora tratamos, las decisiones judiciales que incidan sobre contratos o pactos o alguno de los derechos reales inscritos –se incluye el auto relativo a las medidas provisionales– serán inscritos en él (arts. 3 y 257 LH), requiriéndose en todo caso el *exequatur* para las extranjeras (arts. 4 LH y 38 del RH)^{106, 107}. Podrá igualmente solicitarse la anotación preventiva de la demanda de nulidad, de separación o de divorcio en la medida en que la decisión que se adopta pueda comportar cambios en la titularidad de los derechos reales inscritos (art. 42.5º LH). Hay que admitir la de la demanda presentada ante un juez extranjero, aunque, teniendo en cuenta que se trata de una anotación preventiva que produce efectos reales, debe superar el control preventivo del *exequatur*. No hace falta decir que, si con la admisión se adopta una medida cautelar, la anotación es en todo caso posible y en las mismas condiciones de control preventivo. Las resoluciones sobre secuestro serán anotadas (art. 42.2º LH) si se refieren a bienes del titular registral. Además, se puede anotar sólo el secuestro de derechos reales, no de meras expectativas o derechos de crédito, aunque se refieran a inmuebles¹⁰⁸.

Sin embargo, el más grave –y conocido– problema deriva de la interpretación del art. 92 RH¹⁰⁹ que ha realizado la DGRN: En el momento de la inscripción debe solo señalarse que la adquisición se hace en conformidad con el propio régimen económico, dejando para el momento de la venta su determinación concreta¹¹⁰. No es éste el lugar adecuado para estudiar este tema; baste subrayar cómo, en estas circunstancias, resulta insólito que la primera verdadera información que reciba un tercero puede provenir de la eventual sentencia extranjera reconocida y ejecutada en España que declare que el bien adquirido tiene tal o cual carácter (no hay motivos para no otorgar el *exequatur* aduciendo las esqueléticas

¹⁰⁵ Añádase que el art. 102 CC permite que a petición de la parte se solicite la anotación de la demanda también en el registro de la propiedad y en el mercantil.

¹⁰⁶ No existe homogeneidad en la praxis registral por cuanto concierne la anotación de la atribución del uso de la vivienda familiar pero lo que es cierto es que los arts. 2 LH y 7 RH la permiten de los títulos relativos a los derechos reales pero también de cualquier acto que modifique desde ese momento o en el futuro alguna de las facultades dominicales. Véase AGUIRRE FERNANDEZ, «La inscripción del uso...», *op. cit.*; A. J. PEREZ MARTÍN, «Disposiciones generales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», en AAVV., *El derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, Valladolid, 2001, p. 136.

¹⁰⁷ En el sistema inglés es posible que en el momento de la disolución del matrimonio el juez asigne un bien personal al cónyuge no titular del mismo (*House of Lords, White c. White*, 2000). Va de suyo que, una vez que esta decisión sea reconocida, la ejecución en el Registro no plantean problemas diversos respecto a los de cualquier transferencia de la propiedad. Desde el punto de vista registral se trata de una situación equiparable a la del art. 194.2 del *codice civile* italiano (constitución de un usufructo sobre los bienes del otro cónyuge para subvenir a las necesidades de la prole).

¹⁰⁸ Resolución de la DGRN de 17 de noviembre de 2004: El crédito de participación del sistema alemán es un derecho de crédito ordinario que surge en el momento de la disolución del régimen legal y por tanto no es inscribible ni embargable, aunque existe la eventualidad de que se proyecte sobre bienes inmuebles. El parágrafo 1382 BGB prevé la concesión de garantías de pago en caso de diferimento; accederán al registro las que se refieran a inmuebles situados en España. Sólo dentro de ese límite tiene sentido la posibilidad ofrecida por el art. 232-23 CCC como mecanismo de protección del mencionado crédito de participación.

¹⁰⁹ «Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare». Un buen repaso de la doctrina al respecto en M. P. DIAGO DIAGO, «La publicidad del régimen...», *op. cit.*, pp. 2766 ss.

¹¹⁰ Por ejemplo, resoluciones de 29 de octubre de 2002, 14 y 15 de marzo de 2003, 14 de octubre de 2003. Obsérvese además que en los supuestos de diversa nacionalidad si los cónyuges no consiguen acreditar cuál es su régimen se opta por denegar la inscripción. Evidentemente es un problema menor que no afecta a terceros, pero las carencias a las que lleva la doctrina de la DGRN pueden repercutir negativamente también en la esfera patrimonial de los propios esposos, que no van a poder estar a su verdadero régimen en relación con inmuebles situados en España.

informaciones registrales). En segundo lugar, en el momento de realizar la enajenación de un derecho real inscrito en el RP español puede retomar importancia la decisión extranjera en la que se manifiesta cuál es el régimen de bienes de los adquirentes. Es cuestionable que haya de pasar por el trámite del *exequatur* si de lo que se trata es sólo de acreditar cuál sea, porque las normas mencionadas de los arts. 4 LH y 38 RH parten del hecho de que los privados quieren inscribir un derecho documentado en ésa (ejercitarlo, en otros términos), y en tal situación la homogeneización con las decisiones españolas es lo razonable, pero cuando ocurre –como en el presente supuesto– que lo único que se trata es de suplir la escueta indicación acerca del régimen de bienes de algunos sujetos no se está en la hipótesis contemplada por esas disposiciones sino más bien –salvando las distancias– en algo similar a la prevista en el art. 84 RRC (no exigencia de *exequatur* cuando la sentencia extranjera se usa para acreditar la capacidad de un sujeto): Aquí tampoco se trata de hacerla valer como sentencia sino como documento.

32. Siendo el sistema del Registro Mercantil español de página personal (art. 3 RRM), se recogen en él vicisitudes que afectan –por lo que nos interesa– a los comerciantes individuales que voluntariamente decidan inscribirse, y, entre aquéllas, los pactos y contratos y las decisiones judiciales emitidas tras un procedimiento de nulidad, separación o divorcio (arts. 22.1 CCom y 87.6º RRM). De la misma manera, en el caso del comerciante casado se indica el régimen económico, sea el legal o el que resulta de los contratos inscritos en el RC (art. 92 RRM). Los títulos que acceden al Registro son siempre documentos públicos (art. 5 RRM; para las decisiones judiciales, art. 93 RRM). No existe una disposición específica relativa a las decisiones extranjeras, pero el párrafo tercero del art. 5 RRM estatuye que para los documentos extranjeros hay que remitirse a la legislación hipotecaria, lo que, unido a la orientación general del sistema, nos permite aceptar sin demasiada discusión que para servir de base a una inscripción se requiere que sea concedido el *exequatur*; podemos reenviar a las observaciones realizadas unas líneas más arriba a propósito de la LH. Añádase solo que, visto el tenor del art. 309 RRM, cuando un empresario extranjero transfiere su domicilio a territorio español y debe inscribirse, ha de justificarse los actos y las circunstancias que son de obligatoria indicación en base a la disciplina española sobre los registros y están vigentes en el registro extranjero, mediante certificado o transferencia del folio o de copia del registro extranjero. Aunque la norma parece exigir la simple recepción de los datos que se encuentran en el registro extranjero, sean cuales sean, es lógico pensar que, siendo las indicaciones requeridas por la ley del foro absolutamente imperativas (art. 15 CCom), las exigidas por la *lex fori* que no resulten en el Estado de origen deben ser aportadas en el momento de la inscripción, y a tal efecto valdrá la decisión judicial extranjera, sujeta en tal caso al preceptivo proceso de homologación.

33. Nada garantiza que los registros publiquen idéntico contenido respecto a una determinada situación, surgiendo la necesidad de coordinarlos o sentar al menos criterios de preferencia. Distingamos dos planos:

- Internamente: La existencia de una determinada inscripción en un registro español, con un concreto contenido, no es causa de denegación del reconocimiento de una decisión extranjera con un pronunciamiento contradictorio. Nada obstaría para que la decisión con efectos en materia de régimen de bienes del matrimonio adquiera eficacia en España y sea inscrita en un registro (sea primera inscripción sea rectificación) mientras que en los demás registros no conste nada o conste algo diferente. Las situaciones de contradicción son provocadas por la decisión de los particulares de ejecutar segmentadamente una decisión extranjera. Es claro que la organización de los registros españoles compete al ordenamiento patrio, incluyendo el establecimiento de criterios de preferencia en caso de descoordinación (por supuesto, jamás puede tener prioridad lo publicado por un registro extranjero sobre la información suministrada por uno español, al menos en el momento actual de desarrollo de las normas europeas al respecto). Pues bien, la posición de la DGRN es bastante clara, inspirada en la idea de especialidad: El civil es un registro del estado y la condición civil de las personas y no de los actos de gestión realizados sobre los distintos derechos subjetivos, para lo que

- existe el registro de la propiedad¹¹¹; consecuentemente, el tercero que intervenga en una transacción sobre derechos reales tiene que estar al régimen matrimonial que publique el Registro de la propiedad. El TS sin embargo ha oscilado entre dar preferencia a lo que aparece en uno u otro, pero siempre articulando la respuesta sobre la protección del tercero, que queda amparado por la apariencia más favorable¹¹².
- En un plano internacional, la experiencia demuestra que cabe que un registro civil extranjero informe de unas cosas que no constan en el de la propiedad español o al revés. En este nivel, la mencionada postura de la DGRN resulta impecable, de modo que, en caso de discrepancias entre los registros, la primacía absoluta en cuanto a derechos reales sobre inmuebles situados en España tiene que ser otorgada a lo que diga el registro de la propiedad español, perjudique a uno u otro: El tercero que contrate con un sujeto casado será de buena fe, en los términos del art. 34 LH, en tanto en cuanto no se acredite que conocía la inexactitud del registro. A este respecto, un dato del que puede inferir esa inexactitud es justamente la contradictoria información proporcionada por el registro civil extranjero en el que conste inscrito su cocontratante. Sin duda resulta razonable (no parece desproporcionado) imputarle la carga de consultarlo antes de concluir un contrato. La máxima diligencia pasa por acudir al registro especializado en el tipo de negocios que quiere concluir (y sólo a éste). Adaptar la respuesta a las peculiares circunstancias de distancia, desconocimiento de los ambientes jurídicos y frecuente falta de información propias de las transacciones internacionales pasa por dotar de preferencia exclusivamente a los datos que suministre el RP español con independencia de lo que conste en el civil extranjero: Si se quiere mantener la contratación dentro de unos parámetros de costes más o menos asumibles, no parece razonable que en un tráfico con esas características se pueda exigir que el privado compruebe cada uno de los registros de los que pueda deducir la situación patrimonial de su cocontratante. Pensar que se destruye la presunción de buena fe sólo por el hecho de que el registro civil extranjero diga que sus cocontratantes tienen tal o cual régimen distinto al publicado en España hace caer en su bolsillo unas obligaciones de inversión poco acordes con la facilitación del tráfico, y priva de contenido al art. 38 LH. Las mismas razones abogan por mantener la primacía de los registros especializados cuando se trate de discordancias entre el RP y el mercantil.

Si existe diferencia entre lo publicado por el RC español y el mercantil español, teniendo en cuenta la ancilaridad de éste último y el carácter no especializado de las informaciones que suministra en la materia que aquí tratamos, se podría aceptar que no resulta carga desproporcionada para quien contrata con un comerciante comprobar la coherencia y dar preferencia al primero¹¹³. Sin embargo, cuando se contrate con un comerciante individual domiciliado en España pero cuyo matrimonio no conste en el RC español volvemos a toparnos con aquellas dificultades de distancia, idioma, desconocimiento, que determinan en fin que el tercero pueda legítimamente contentarse con los datos que le ofrece el registro mercantil localizado en España y quedar protegido por la buena fe en los términos del art. 9.4 RRCCom.

34. Permítasenos cerrar este tema constatando cómo hoy por hoy el sistema registral informa de poco, y no satisface su función¹¹⁴. Entre las hipótesis de inaccesibilidad y las de descoordinación, lo único seguro que queda es la investigación privada, extraregistrarial. Convendría consolidar en el futuro reglamento la norma de que lo que no consta en el registro no puede perjudicar a los terceros de buena fe.

¹¹¹ Resolución de 14 de mayo de 1984; en sentido parecido la de 3 de junio de 1991.

¹¹² SSTs de 26 de mayo de 1994 y de 10 de marzo de 1998. *Vid.* J. M. DIAZ FRAILE, «Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles. Particular estudio de la publicidad material del Registro civil», *RCDI*, 2002, p. 1403.

¹¹³ Favorable a la aplicación del art. 313 RH (prevalencia de la realidad extraregistrarial en caso de doble inmatriculación), R. ARENAS GARCÍA, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, 2000, pp. 89 ss.

¹¹⁴ No es un problema sólo español: La precitada sentencia de la Corte constitucional italiana lo reconoce sin ambages: «*Per appurare la reale situazione giuridica dell'immobile i terzi non possono limitarsi a ispezionare i registri immobiliari, ma devono estendere le loro ricerche ai registri dello stato civile, meno facilmente accessibili e anche meno affidabili*».

Crear un registro europeo es poco rentable si se limita a indicar que existen unos pactos, capitulaciones y sentencias de potencial importancia pero de contenido desconocido. De todas formas, a día de hoy lo que sí resulta factible es la interconexión de los registros.

c) Operaciones sucesivas: de la disolución a la liquidación

35. Entra en lo posible que un juez extranjero se limite a decretar la disolución del régimen económico de la pareja. Concedido el *exequatur* de esa decisión, ante nuestros tribunales puede desarrollarse la fase de formación de inventario y liquidación¹¹⁵. Nos cuestionaremos dos aspectos, el de la competencia judicial y el de la ley aplicable.

- a. El AAP Cáceres de 15 de diciembre de 2004 plantea la primera cuestión: Sentencia francesa de divorcio reconocida, solicitud en España de formación de inventario y liquidación del único bien ganancial existente (un inmueble), en los términos de los arts. 806 ss. LEC. El juez de instancia entiende que no es competente, al amparo del art. 22.3 LOPJ; la Audiencia revoca la decisión, considerando que se trata de la ejecución de la sentencia francesa, y por ello las actuaciones quedan cubiertas por la reserva de competencia exclusiva del art. 22.1 LOPJ. Niega además que se trate de un procedimiento distinto sometido a las normas de competencia generales, porque en el caso concreto se habría llegado al resultado inadmisibles de haber reconocido la decisión francesa de divorcio y no poder después liquidar el patrimonio conyugal por no existir un tribunal español competente *ex art. 22.3 LOPJ*. Esta doctrina tiene un corolario lógico, y es que habría que descartar la posibilidad de que en un procedimiento como el de los arts. 806 ss. LEC (cuando sea menester acudir a él porque existe una masa común de bienes¹¹⁶) se pudieran incluir bienes no situados en España; en segundo lugar, no sería posible acudir a él con el único fin de declarar cómo se debe realizar el reparto de los bienes, siendo imprescindible que termine en actividad ejecutiva.

Ni que decir tiene que no parece que sea esto lo que ha querido el legislador. La resolución que declara la disolución del matrimonio es susceptible exclusivamente de ejecución impropia (transcripción registral), y el procedimiento para la formación de inventario y liquidación del régimen económico – frente a la solución de la vieja LEC – ha sido configurado como un declarativo especial (basta comprobar su ubicación en la norma procesal), con objetos y finalidades diferentes. De hecho, el art. 774.4 LEC, al regular los procesos matrimoniales, se refiere a la necesidad de pronunciarse sobre la disolución del régimen, pero nada se prevé sobre liquidación. Hasta tal punto está desvinculado del que declara la disolución que puede iniciarse antes de que exista sentencia de nulidad, separación o divorcio (art. 808 LEC). Incluso más: Esa interpretación da por sentado que el procedimiento mentado sigue a uno sobre crisis matrimoniales, cuando es evidente que la disolución puede ser resultado del fallecimiento de un cónyuge, una crisis patrimonial (como por ejemplo la prevista en el art. 1373 CC) o la simple voluntad de los cónyuges. En consecuencia, siendo autónomo, con presupuestos procesales diferentes, podrá acudirse a un tribunal español competente *ex párrafos 2 ó 3 del art. 22 LOPJ*¹¹⁷ para realizar las mencionadas operaciones, sin tener que limitarse a los bienes comunes situados en España (en ningún sitio dice que deba ser así; tampoco de los arts. 782 ss. cabría deducir restricción semejante)¹¹⁸. Por supuesto, en una hipótesis como la de la Audiencia de Cáceres podría darse que los tribunales españoles

¹¹⁵ Nada obliga a que sean etapas contiguas. Piénsese en la existencia de un pacto de indivisión durante un determinado plazo de tiempo, por ejemplo, cuya validez en el sistema del CC no admite dudas: E. SERRANO ALONSO, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del TS*, Madrid, 1997, p. 27.

¹¹⁶ Una aclaración marginal: Cuando el régimen extranjero sea de participación habrá que estar, lógicamente, al art. 811 LEC.

¹¹⁷ En el futuro no surgirán conflictos negativos de competencia: *Vid.* art. 6 de la propuesta de reglamento.

¹¹⁸ Sin contar además con el universalismo de la solución conflictual, compartido por la mayor parte de los ordenamientos. El paralelismo entre la situación tratada y la ordenación de la sucesión es completo.

Por lo demás, las normas de competencia de la propuesta de reglamento asumen que un tribunal no tiene por qué limitarse a conocer de los bienes situados en su territorio.

no fueran competentes si las partes no actuaran de común acuerdo o uno con el consentimiento del otro, pero ello no impide la liquidación en otros órganos judiciales competentes (los de otro Estado), sin que sea óbice que se trate de un bien inmueble: Los trámites encuadrables en la dimensión jurídico real siguen al reparto y tienen canales de eficacia específicos.

El problema es que el art. 807 LEC atribuye competencia objetiva al tribunal que haya conocido de la disolución, estando la territorial fijada en el art. 769 LEC. Claro que el inconveniente es que en nuestro caso se trata de un órgano judicial extranjero. La incoherencia no es exclusiva de este punto: Tampoco funciona el 807 cuando las partes hayan pactado la disolución del régimen sin intervención judicial o cuando sea consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges¹¹⁹. Pensar que sólo el tribunal competente para el proceso genético puede pronunciarse sobre lo patrimonial no tiene fundamento racional (son procesos diferentes), además de ser excesivamente gravoso para las partes. Por ello, parece razonable interpretar que los mismos criterios de competencia judicial internacional deben servir para indicar el tribunal territorialmente competente (bastante coherentes por lo demás con los del art. 769 LEC), y en el caso de que ninguno de los cónyuges –nacionales españoles– sean residentes en España y actúen de común acuerdo, habrá que admitir para lo menos el juego de la autonomía de la voluntad admitida para lo más. Nótese que en todo caso se habla de la liquidación de un patrimonio común; las vicisitudes posteriores (por ejemplo, reivindicatoria, constancia registral de la nueva propiedad, subrogaciones,...) tienen su propio cauce procesal.

Único límite a la competencia de los tribunales españoles para conocer de la liquidación es el respeto de los plazos establecidos en la ley rectora del régimen (por ejemplo en Austria es un año desde la disolución).

- b. En un caso como el anterior, cuando el tribunal español conoce sólo de la fase liquidatoria, y estando los tribunales vinculados por las normas de conflicto propias, ¿qué hacer cuando los resultados a que conducen son distintos a los alcanzados en la decisión que ha sido ya reconocida? Por ejemplo, en aquella se ha aplicado la ley del domicilio conyugal mientras que para el juez español la ley aplicable es la de la nacionalidad común. Las situaciones de contraste no van sólo en el sentido apuntado de la valoración o no de la relevancia de la buena fe de uno de los cónyuges sino que en general pueden alcanzar un nivel de contradicción extrema en las premisas (régimen de comunidad-régimen de separación; revocación de la donación o de la garantía concedida en favor del otro cónyuge después del divorcio-irrelevancia del divorcio para la donación o la garantía). ¿Hasta qué punto el reconocimiento de la decisión extranjera vincula el resultado de las operaciones sucesivas¹²⁰?

Partiendo de que una cosa es controlar la ley aplicada (prohibido) y otra bien diversa es indagar en el contenido de la decisión extranjera para verificar cuál es la ley aplicada (necesario), y de que nadie discute que la decisión extranjera reconocida tiene eficacia de cosa juzgada material (art. 222.4 LEC), conviene distinguir dos hipótesis:

1. Si en la sentencia reconocida no se ha hecho pronunciamiento alguno sobre cuál es la ley aplicada y no puede deducirse de ninguno de sus párrafos (no es insólito: El tribunal no se ha planteado la cuestión internacionalprivatística y se ha limitado a declarar la disolución del régimen sin especificar cuál es), habrá que concluir que el órgano español es libre para acudir a su sistema conflictual y realizar las operaciones pendientes según lo que entienda que es el Derecho competente. Ni que decir tiene que la mera declaración de las partes en un sentido u otro no vincula al juez nacional. Compete por ello a los litigantes obtener una resolución en la que se precise aquel extremo.

¹¹⁹ Seguimos en este tema a V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial», en VVAA., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, Valladolid, 2001, p. 423.

¹²⁰ Cuestiones análogas son tratadas en general por E. RODRIGUEZ PINAU en *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, 2001, pp. 202-203 y 229. Sus conclusiones nos sirven limitadamente, porque la presencia de una decisión reconocida separa las hipótesis.

2. Si se han incluido referencias a los hechos determinantes de la disolución y se ha fijado las bases para realizar el reparto, o se explicita cuál es la ley reguladora del régimen, la cosa juzgada exige que el juez español aplique el mismo sistema normativo que ha aplicado el juez extranjero. Desde el momento en que se ha obtenido el *exequatur*, lo declarado en la resolución extranjera vincula a los operadores españoles como si fuera una resolución propia. Igualmente, si la ley aplicada prevé que la disolución tenga efectos sobre otro acto jurídico (léase revocabilidad, anulabilidad, nulidad), habrá que estar a esos efectos aunque no lo disponga así la ley reclamada por la norma de conflicto española.

Por lo demás, ni que decir tiene que si se pide el reconocimiento sólo de la resolución que aprueba un inventario realizado en el extranjero (o se hace valer como punto de partida de la liquidación en España), si las partes están de acuerdo en las partidas incluídas y valoraciones realizadas, no cabrá más remedio que otorgarlo, por muy disparatado que sea o por mucho tiempo que haya pasado de modo que hubiera devenido obsoleto. Pero bastará que se formule objeción para poder revisar al menos las valoraciones¹²¹.

36. Hay un último aspecto de la liquidación que nos concierne, y es que los acreedores y herederos de los cónyuges pueden tener interés en ejercer un control. Aquí nos interesa sólo la liquidación judicial. Hay que evitar posibles confusiones: El art. 782 LEC impide a los acreedores instar el proceso divisorio¹²², y consagra el derecho de algunos de ellos a oponerse a la liquidación (párrafo 4) y en todo caso el de intervenir para evitar que la partición se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (apartado 5), pero es claro que se limita a traducir a sede cauce procesal el art. 1402 CC. La definición de las propias facultades no viene en la ley ritual, porque una calificación procesal desembocaría en diversos ámbitos de poder en función del foro al que se acuda, siendo más lógico pensar que los poderes y obligaciones derivados de una relación jurídica quedan delimitados desde el primer momento por la *lex causae*. Dentro de ese sistema jurídico se halla la disciplina de la tutela de los acreedores frente a vocisitudes como la apertura de una sucesión, la disolución del régimen conyugal o la crisis del patrimonio familiar (en particular, la hipótesis del art. 541.3 LEC). Son ellas las que marcan los niveles máximo y mínimo de tutela de los derechos de crédito. Por ello, la normativa del foro no puede reconocer a esos terceros unas facultades que la ley del fondo no les haya conferido desde el primer momento. En presencia de una resolución extranjera en la que se decreta la disolución del régimen y de operaciones tendentes a la liquidación a realizar en España, habrá que distinguir: Primero de todo, no parece discutible que como personas con interés legítimo digno de tutela pueden solicitar el reconocimiento de la resolución extranjera que declare la disolución¹²³. En un segundo nivel, la hipótesis más fácil es aquella en la que el Derecho rector de la relación jurídica de la que se deriva el crédito a defender no reconoce poder alguno (o sea, legitimación activa) a los acreedores, porque en sede procesal bastará con desestimar cualquier pretensión tan pronto se le acredite aquel extremo; si en cambio se les permite solicitar la liquidación e intervenir después para vigilar el desarrollo de las operaciones de formación de inventario y reparto del patrimonio o sólo intervenir para defender sus intereses¹²⁴, el problema es de implementación procesal, y ahí el instrumento –a falta de otro mejor adaptado– no puede no ser el del art. 13 LEC, con el amplio ámbito de actuación que tal norma comporta (v. *gr.*, en cuanto a recursos)¹²⁵.

¹²¹ Ni que decir tiene que la hipótesis es extraña y convendría que no se diera nunca, dados los problemas que comporta el paso del tiempo. El examen de las partidas que se incluyen o no escapa al poder del juez del *exequatur*, salvo en el más que improbable caso en el que la normativa se inspire en causas inaceptables (*vid. supra*).

¹²² Lo que genera la justa crítica de que incentiva la inacción de los cónyuges (art. 541.3 LEC). El legislador realmente ha pensado en la disolución por causa de crisis matrimonial y no en la que deriva de una crisis patrimonial: V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «El procedimiento para la liquidación...», *op. cit.*, p. 436.

¹²³ Sin perjuicio de que puede revelarse inútil si después no se puede instar la liquidación para poder cobrar. Frente a la inactividad de los cónyuges no hay remedio alguno más que reformar la ley.

¹²⁴ Las diferencias incluso entre los ordenamientos más favorecedores de los acreedores no son baladíes. Hay que prestar especial atención al momento en que se puede solicitar la formación del inventario: La LEC no exige la firmeza de la resolución sobre disolución; otros sistemas (dentro de España, el sistema aragonés) sí lo requieren.

¹²⁵ *Cfr.*, J. L. VAZQUEZ SOTELO, «El procedimiento judicial para la liquidación del régimen económico matrimonial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, nº 1, p. 652.

d) Las decisiones extranjeras reconocidas como punto de partida de operaciones en el foro

37. El reparto de los bienes que se realiza con la liquidación subsiguiente a la disolución del régimen tiene en cuenta el nivel de información del que se dispone en ese momento. Pero el reparto no se hace de una vez para siempre: Nuevas revelaciones deben abrir el paso a operaciones ulteriores que ajusten el resultado, y por eso en nuestra ley rituarial lo decidido en el proceso especial de liquidación no tiene eficacia de cosa juzgada. Incluso más: Por más que las resoluciones extranjeras tengan en nuestro sistema los efectos que les anude su ley procesal (modelo de extensión de los efectos), difícilmente se podría reconocer esa eficacia a una decisión adoptada por un tribunal extranjero en un procedimiento sumario y sin plena cognición si en origen se le atribuyera tal efecto¹²⁶.

38. Por lo demás, no se debe exigir el *exequatur* de la sentencia extranjera cuando sea usada sólo como presupuesto de lo que va a ser objeto de disputa procesal en España. En este sentido deben ponderarse los argumentos de la sentencia de la AP de Barcelona de 31 de marzo de 2003, cuando sostiene que se trata de tomar conocimiento y certeza del hecho de que existe una sentencia que dispone el divorcio de dos sujetos, sentencia que no es ejecutada sino que constituye sólo un *prius* lógico para otras decisiones. El reconocimiento, continúa, «no requiere un procedimiento específico, sino sólo que se pida ante cualquier tribunal o autoridad, a efectos prejudiciales, a efectos probatorios, registrales, fiscales u otros». Es suficiente tomar nota del hecho de que existe un documento que refleja determinados hechos. En estas hipótesis entra la solicitud sobrevenida de pensión compensatoria, posible en las condiciones que determine la ley reguladora de los efectos: Si lo hace atendiendo al desequilibrio resultante de la crisis matrimonial y fijándose en el momento del cese de la convivencia, nada impide que el juez español tenga en cuenta la sentencia extranjera de separación y la utilice como jalón en el proceso lógico de determinación de esas circunstancias y cuantía¹²⁷.

39. En España, una vez hecha la liquidación del patrimonio conyugal en convenio regulador, no cabe accionar la rescisión por lesión (arts. 1410 y 1074 CC), porque si se ha pactado hay que presumir que no hubo desequilibrio¹²⁸. En tanto que emanación de la prohibición de venir contra los actor propios, parece razonable pensar que con independencia de cuál sea la ley reguladora del régimen se impone esa solución: La liquidación que conste en resolución reconocida no puede ser rediscutida por ese motivo si se basa en la voluntad concordante de las partes.

¹²⁶ Distíngase este reparto de la revisión de la cantidad fijada en concepto de pensión compensatoria (cuando se den los requisitos previstos por la *lex causae* para ello). En presencia de una sentencia extranjera, los tribunales españoles pueden (cuando exista controversia) entrar a revisar el si o no y el *quantum*, si son competentes según las reglas del reglamento 4/2009 y el art. 22 LOPJ, y previo *exequatur* de tal sentencia. Ahora bien: a. En el proceso de reconocimiento y ejecución no es posible tener en cuenta el cambio de las circunstancias (ATS de 16 de mayo de 2000). Sería necesario instaurar un nuevo litigio para ponerlo de relieve. Desde esta perspectiva, es indiferente que la decisión extranjera contenga o no criterios de actualización (el *exequatur* será en todo caso imprescindible), mas si se reconoce una decisión que contiene criterios de revisión hay que estar a éstos, salvo que se tratara de un reconocimiento parcial y no se haya reconocido la parte en la que se contienen esos criterios por ser contrarios al orden público del foro; b. Si existe una decisión española que fija una determinada suma a título de pensión compensatoria y se presenta otra extranjera posterior con una fecha de cierre de los hechos probados posterior a la española, que fija una suma diferente, no se puede negar su reconocimiento y ejecución, entendiéndose que es una decisión con potencia actualizadora de las cuotas, dictada sobre la base de circunstancias sobrevenidas (valen aquí las razones que justifican el art. 23 letra f del reglamento 2201/2003); c. Nada impide reconocer y ejecutar las decisiones extranjeras de modificación por cambio de circunstancias (ATS de 6 de junio de 2000), incluyendo el caso en el que la modificada fuera española; d. Lógicamente, si las partes llegan a un acuerdo de actualización, no se precisará de tal trámite, siendo alegable en vía ejecutiva si hubiera cualquier disputa posterior (SAP Barcelona de 4 de enero de 2006). Recuérdese que frente a un auto despachando ejecución sólo cabe oponer el pago (art. 556 LEC; al respecto, AAP Barcelona de 3 de junio de 2004, relativo a un convenio privado posterior a sentencia mexicana homologada). Es irrelevante la disciplina de las causas de oposición a la ejecución en el país de origen de la decisión reconocida.

¹²⁷ El procedimiento para obtener un pronunciamiento de modificación será el del art. 775 LEC. Sobre los aspectos procesales de la revisión de las medidas acordadas, *vid.* A. J. PEREZ MARTIN, «Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procedimientos matrimoniales», en VVAA., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, Valladolid, 2001, pp. 164 ss.

¹²⁸ STS de 9 de febrero de 2010, que distingue muy bien y pone de relieve que los alimentos pueden haber ocultado el desequilibrio, pero lo importante es atender al momento de la ruptura.

¹²⁸ STS de 6 de marzo de 2003. En sentido distinto, sentencias antiguas.

e) Denegación del *exequatur* por inconciliabilidad de decisiones o pendencia de un proceso en España

40. Las hipótesis son infinitas. El TS descubre litispendencia donde hay prejudicialidad civil, haciendo valer la regla no sólo cuando existe identidad entre litigios¹²⁹: Como es notorio, la perspectiva de defensa de los intereses de la buena administración de justicia no ha tenido el esperable reflejo en la litigación internacional, donde la práctica viene marcada –a falta de instrumento internacional específico– por la indiferencia hacia los procedimientos extranjeros¹³⁰. Sin perjuicio de las razones de coherencia sistemática y valorativa que aconsejan extender la solución europea a los demás ámbitos (y no es baladí el tenor del art. 421 LEC –con las previsiones relativas a inhibición y suspensión– en relación con el 224 y el 43), lo cierto es que sólo el reglamento sobre régimen económico matrimonial supondrá incorporarla a nivel legal, sin margen de duda ni maniobra (art. 12). Sin embargo, nada prevé la propuesta respecto a la hipótesis de solicitud de reconocimiento y ejecución cuando existe pendiente un procedimiento en el foro o en otro Estado, con lo que renacerán las mismas dudas que a propósito del reglamento 44/2001, y las mismas razones para dar primacía a la primera decisión¹³¹. Ni que decir tiene que la pretensión de trazar soluciones paralelas a las del reglamento sobre insolvencia es hoy por hoy inviable¹³². Por lo demás, en España la jurisprudencia es escasa y oscilante. En los convenios bilaterales, si el proceso del foro ha sido iniciado antes que el que ha dado lugar a la sentencia cuyo reconocimiento se pide, se opta por no concederlo (por ejemplo, art. 14.4 del convenio con Italia)¹³³; de lo que se deduce que si el proceso español es posterior hay que reconocer aquélla y poner fin a éste dictando auto de sobreseimiento. A falta de convenio, la solución debería ser idéntica, por las mismas razones expuestas inmediatamente *supra*¹³⁴. Por supuesto, si en España existe ya una decisión reconocida o con los requisitos para el reconocimiento, no se puede conceder el *exequatur* de ninguna otra decisión extranjera.

41. En realidad, el problema estriba en la identidad de los objetos y causas (en cuestiones matrimoniales los requisitos subjetivos no suelen suscitar demasiada incertidumbre), y por ello en este sector la partición vertical de las resoluciones despliega toda su virtualidad¹³⁵. La casuística potencial es tan amplia como menguado el cuerpo de decisiones del TS. Descartando los supuestos de evidente identidad objetiva, podemos proponer el siguiente catálogo de casos¹³⁶:

- a. Cuando se pide el reconocimiento de una decisión extranjera en la que se declare que un bien tiene un determinado carácter (o sea, personal o conyugal) y en España se está desarrollando un proceso sobre algún hecho que según la ley reguladora del régimen pueda conducir a la declaración de disolución y a su posterior liquidación (por ejemplo, defectos de información, asunción irresponsable de deudas por uno de los cónyuges), estamos ante objetos diferentes. Sólo que cuanto se dice en la sentencia reconocida condiciona las eventuales operaciones de

¹²⁹ F. MÁLAGA DIÉGUEZ, *La litispendencia*, Barcelona, 1999, pp. 557 ss. Así, SSTTS de 25 de noviembre de 1995, 23 de marzo de 1996, 12 de diciembre de 1997 y 14 de noviembre de 1998.

¹³⁰ Por ejemplo, SAP Álava de 20 de septiembre de 1995, SAP Barcelona de 1 de febrero de 2000. Una acertada crítica en M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 255.

¹³¹ H. GAUDEMET TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement no. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, París, 2002, p. 342.

¹³² Donde al establecimiento principal sería la residencia habitual común y el lugar de situación de los bienes el secundario: *Étude sur les régimes matrimoniaux...*, *op. cit.*, p. 176.

¹³³ Un cuadro sintético de algunos tratados bilaterales en P. GONZÁLEZ POVEDA, «La jurisprudencia en materia de *exequatur* de sentencias matrimoniales extranjeras», en AAVV, *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, pp. 241 ss.

¹³⁴ Ya no se dan las razones para no apreciar la excepción de litispendencia: Se tiene una decisión en la mano, así que el juicio de reconocibilidad es facilísimo. Lo coherente es suspender el procedimiento que se sigue ante nuestros tribunales y verificar si se puede o no admitir el *exequatur* de la sentencia extranjera, archivando la causa en caso afirmativo.

¹³⁵ Es decir, la que hace referencia a pronunciamientos que sirven de fundamento a otros. Entre nosotros, muy bien explicado en S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 258.

¹³⁶ Ni que decir tiene que las consecuencias de las identidades varían según se trate de confrontar resoluciones o una resolución y un proceso (suspensión, prejudicialidad, denegación del reconocimiento), pero sustancialmente eso es irrelevante. Recuérdese que aquí no operan los reglamentos comunitarios.

- liquidación (art. 222.4 LEC). Si en España hay ya sentencia de disolución pero no se ha practicado aún la liquidación, tampoco habrá dificultades para el *exequatur*: Simplemente habrá que tener en cuenta –como presupuesto– lo decidido en el extranjero. Si ya se hubiera practicado la liquidación, partiendo de premisas distintas de las de la decisión extranjera sobre el carácter de tal bien, no se dará lugar a ningún reconocimiento (ni, es claro, a deshacer lo hecho).
- b. Si en España se desarrolla un proceso o se ha dictado sentencia sobre si un bien es personal o perteneciente a la comunidad y se pide el reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que decreta la disolución del régimen (esto es, la hipótesis inversa), no existe inconciliabilidad; sólo que habrá que hacerlas actuar coordinadamente (esto es, de forma sucesiva). Otra cosa es que se haya operado ya el reparto del patrimonio: En este caso la rediscusión de lo hecho tiene su sede en el proceso ordinario que corresponda, y ahí se puede usar la resolución extranjera como documento, sin necesidad de *exequatur* (*vid. supra*).
 - c. Si una decisión extranjera se refiere a disolución del régimen pero incorpora directrices o instrucciones de atribución o reparto de los bienes (por ejemplo, se ha decretado el divorcio por culpa de un cónyuge, como por ejemplo en el CC francés, o la liquidación se hace de una forma u otra en función de la duración del matrimonio, como en los sistemas escandinavos) y en España se debate sobre el carácter de un bien concreto, esto no genera problemas, porque aquélla piensa en cuotas y no en bienes concretos. Otra historia es el si y el cómo del reconocimiento de ese tipo de decisiones de divorcio (*infra*).
 - d. Si la normativa de divorcio aplicada en el Estado requirente implica que determinados bienes sean inexorablemente atribuidos a uno de los cónyuges (por ejemplo, los de uso profesional) mientras que en España se debate sobre la naturaleza de ese concreto bien, es claro que no cabe reconocer ni ejecutar nada (estaría por ver en cada caso si cabe un reconocimiento y ejecución parciales). Si lo que tenemos es una sentencia que se pronuncia sobre tal carácter y lo hace de forma contraria a lo establecido en la decisión extranjera, la inconciliabilidad es patente y no cabrá *exequatur* alguno.
 - e. Va de suyo que en ningún modo se podría ejecutar una sentencia extranjera de disolución y liquidación cuando en España se está practicando la liquidación del régimen matrimonial. Mas si la decisión extranjera contiene un reparto parcial del patrimonio y no adolece de defecto alguno que la haga irreconocible, no habría motivo para no reconocerla y continuar ante nuestros tribunales las mismas operaciones para el resto de la masa de bienes.
 - f. Si en España existe controversia sobre la disolución (o sobre alguna cuestión que desemboque en la disolución, como un divorcio o una declaración de fallecimiento) y se pide el *exequatur* de una decisión que liquida el régimen, no procederá tal, en cuanto que parte de una base (la disolución) respecto a la que hay que ver aún si se va a acordar o no en nuestro foro. No deberían suscitarse objeciones si finalmente se acuerda en el foro la disolución.
 - g. No existe inconciliabilidad entre decisiones (o proceso pendiente en España) que se refieran a aspectos personales y aspectos patrimoniales de un mismo matrimonio. Distinto es que después el pronunciamiento en torno a los primeros se convierta en cosa juzgada material, y que la decisión sobre lo personal tenga vocación de influir en la dimensión patrimonial.
 - h. Existe prejudicialidad de un litigio sobre el régimen matrimonial (disolución y liquidación) en relación a otro en materia sucesoria. Si se pidiera la ejecución de una decisión que contiene operaciones de liquidación del patrimonio conyugal mientras que se propone o se ha propuesto la cuestión sucesoria en España, y dado que por fuerza el tribunal español debe pronunciarse sobre los extremos patrimoniales, la inconciliabilidad es evidente. Si cuando se calcule el caudal relicto resulta que el resultado es idéntico al que ha constituido punto de partida para el juez extranjero, podrá ejecutarse su decisión. Si se pide el reconocimiento de una decisión en materia sucesoria cuando en España se ha decidido respecto al patrimonio conyugal, se deberá nuevamente verificar si de hecho las decisiones pueden operar conjuntamente o no, analizando el contenido de la sentencia extranjera¹³⁷.

¹³⁷ Un análisis de derecho interno en la STS de 13 de febrero de 1999.

- i. En principio no debería existir inconciliabilidad entre una decisión sobre nulidad, separación o divorcio (exclusivamente, y sin implicaciones relativas al posterior reparto) y otra que se pronuncia sobre el carácter de un bien. Como en el caso visto antes, si es ésta la decisión reconocida, se deberá partir de cuanto se ha establecido para realizar las sucesivas operaciones de liquidación. Ni que decir tiene que surgirán dificultades de ajuste derivadas de la posible aplicabilidad de ordenamientos diferentes a cada segmento.
- j. Dos resoluciones, una declarando la nulidad o ineficacia de unos pactos matrimoniales y otra que liquide un régimen patrimonial partiendo de su validez, son clara y abiertamente inconciliables¹³⁸.
- k. No cabe reconocer en España la sentencia en la que se declare la validez de un pacto de indivisión temporal si en nuestros tribunales se litiga o se ha resuelto ya sobre liquidación del patrimonio conyugal, incluyendo el bien o los bienes afectados por el pacto.

f) Ejecución de decisiones que incorporan institutos desconocidos: trusts, fondo patrimonial, imposibilidad de liquidación, asignaciones patrimoniales de los ordenamientos de inspiración islámica

42. El simple reconocimiento de una decisión extranjera con contenidos desconocidos no suscita demasiadas dificultades; afirmar que va contra nuestro orden público por el mero hecho de ser distinta es sencillamente disparatado. El problema viene cuando se trata de darle vida en territorio español. Ahí lo decisivo será el aspecto registral, porque el registro español actúa en todo caso conforme a la normativa española, y se impondrá una suerte de acomodación. Apuntaremos, a modo de ejemplo, las siguientes situaciones:

43. Probablemente el caso que en mayor medida atrae el interés del jurista continental es el del *remedial constructive trust*, esto es, aquel que surge por imperio de la ley, sólo con declaración del juez y efectos desde la fecha de la sentencia, resultado de una conducta de un sujeto e independiente de la intención de las partes (en estos casos estaríamos en presencia de un *resulting trust*, si concurre el doble requisito de la contribución directa y substancial), para evitar que alguien derive un beneficio o un enriquecimiento injusto de una manera no acorde a las exigencias de la buena fe. Su campo de juego ha sido básicamente el de las adquisiciones de inmuebles (cuando el titular formal niega su cuota al otro –que ha contribuido a la adquisición– o rechaza cumplir un acuerdo para compartir la propiedad), allí donde se entiende más oportuno actuar sobre la propiedad que reconocer un derecho a cobrar indemnización¹³⁹. En estos casos el demandado tiene la propiedad en cualidad de *trustee*, designándose al actor como *beneficial owner*. Junto a esta creación judicial encontraremos decisiones que no crean pero incorporan aquellas modalidades de *trust* a los que los cónyuges han dado nacimiento y con los que organizan su patrimonio, durante el matrimonio o con causa en la ruptura¹⁴⁰: Es el caso de los *inter vivos* constituidos con fin alimenticio o como instrumento para regular las consecuencias económicas de una crisis o para organizar el fin del régimen matrimonial en caso de falta de uno de los cónyuges (*v. gr.*, contrato matrimonial por el que se acuerda constituir un *trust* dotado con bienes situados en diversos países y cuyos beneficios deben ser atribuidos a uno de los cónyuges)¹⁴¹.

¹³⁸ Favorable al desarrollo en paralelo de procedimientos uno sobre pactos matrimoniales y otro sobre liquidación del patrimonio común, J. L. VAZQUEZ SOTELO, «El procedimiento judicial...», *op. cit.*, p. 649.

¹³⁹ Su uso ha sido muy extendido para corregir los desequilibrios entre convivientes. En la jurisprudencia canadiense se ha usado para alcanzar un resultado materialmente justo en caso de ruptura de una pareja del mismo sexo: *Forrest c. Price*, 1992 (*British Columbia Supreme Court*), donde se asigna a uno de los convivientes un tercio de un inmueble comprado por el otro. Queda al margen la polémica sobre si esto es un *trust* o no y sobre las condiciones para apreciar su existencia (la base es la común intención de las partes).

¹⁴⁰ Aunque el *trust* no sea en sí un instituto contrario al orden público español (de hecho, nuestros tribunales han sabido afrontar litigios relativos a este instituto), puede convertirse en un instrumento de fraude, a vigilar en cada caso, desde el punto de vista de la responsabilidad universal y de la ley concursal: S. CAMARA LAPUENTE, «Elementos para una regulación internacional del *trust*», en A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA, *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005, pp. 241 ss.

¹⁴¹ Los posibles usos del *trust* para fines alimenticios o matrimoniales está muy bien explicado en W. S. GOFFE, «Estate Planning with Trusts for Divorcing Spouses», *Family Law Quarterly*, 2004, pp. 162 ss.

Si las cargas impuestas en la sentencia se refieren a meras obligaciones de hacer o de no hacer, el tribunal español pueda ejecutarlas coactivamente según los términos de la LEC, sin mayor particularidad. Por ejemplo, en el caso del *constructive trust*, cuando se establece que unas determinadas participaciones sociales engrosen el patrimonio de un *trust* y los beneficios sean ingresados en la cuenta de un ex cónyuge, ninguna actividad ejecutiva especial se exigirá a un tribunal español. Si surge alguna controversia, será entre los protagonistas del *trust*, sin afectar ni implicar a terceros. Pero hay resoluciones que sí que afectan al funcionamiento de registros españoles, y en ese momento se precisará una «traducción». ¿Cómo hacer si el *trust* incluye, por ejemplo, un bien inmueble localizado en España, acciones depositadas en un intermediario español –no los dividendos– o cualquier derecho inscrito en algún otro registro español?¹⁴² No es cierto que la respuesta (admisión o rechazo del fraccionamiento) dependa de lo que disponga la LH. Ni siquiera estamos a expensas del concepto de propiedad contenido en el CC (sin perjuicio de que tenemos en éste algo tan parecido como el censo). Aceptado que el *trust* no contraría principios esenciales de nuestro orden público, habrá que concluir que la normativa hipotecaria no es la que crea o extingue derechos reales¹⁴³. Su carácter ancilar determina más bien que aquel debe abrirse cada vez que resulte necesario publicar una carga o gravamen (arts. 2 LH y, más claramente, 7 RH), como tales o con traducción a nuestras categorías si fuera necesario. Así las cosas, apuntaremos (la limitación propia del objeto de este trabajo no permite otra cosa) unas pocas hipótesis¹⁴⁴:

1. *Trusts inter vivos*. Ejemplo: Se constituye un *trust* en cuyo patrimonio hay inmuebles en España; se designa como beneficiario al ex cónyuge, que percibirá por ello los resultados de su explotación comercial. Si se desea transcribir en el registro de la propiedad español ese gravamen, la sentencia extranjera debidamente traducida podrá servir de base según el diseño del art. 51 RH¹⁴⁵. No es necesario detenerse en los *trusts* secretos, ni es imaginable en este punto un *trust* constituido verbalmente¹⁴⁶.

Una situación parcialmente afin sería aquella de las decisiones que reconozcan a uno de los cónyuges un *equitable interest in the property*, particularmente interesante para, sin discutir la titularidad, hacerla indisponible para su propietario e inatacable por los terceros (embargo) o substraerla a los efectos de la quiebra del cónyuge titular. Justamente porque está bien definido quién es el propietario, la inscripción registral de la indisponibilidad del bien no debe encontrar problemas, mediante anotación preventiva (art. 26.2º LH).

¹⁴² A diferencia de los ejemplos señalados inmediatamente más arriba, no estamos en el ámbito de aplicación del reglamento 44/2001: el art. 5.6 no viene al caso.

¹⁴³ Véase a este respecto la breve exposición de S. BANAKAS, «Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe», *Indret*, 2006, explicación perfecta de los problemas que nacen del principio del *numerus clausus* de los derechos reales en la Europa continental, la publicidad registral y el carácter ilimitado de los poderes del propietario. Justamente por las dificultades implícitas en la ejecución de este tipo de decisiones con transcendencia registral es por lo que las observaciones al libro verde formuladas por las autoridades francesas recomiendan que «*les règles de procédure et les dispositions du droit des biens en rapport avec les registres fonciers des Etats membres devraient donc être exclues du champ d'application du futur instrument communautaire*», teniendo en cuenta que, si bien las cuestiones de estado civil afectan a la libre circulación de personas, el régimen de propiedad es de exclusiva competencia de los Estados (art. 295 TCE). La misma sugerencia hace el *Conseil des Notaires de l'Union Européenne*. Ahora bien: La disciplina de lo jurídico real puede seguir en manos estatales, pero si no se coordinan las normativas nacionales y se admite la posibilidad de no ejecutar una decisión extranjera por dificultades procedimentales padece la libre circulación de personas. Advierte el Consejo de los notarios que no se pueden trasladar sin más las reglas sobre ejecución del registro civil al de la propiedad. Cierto. Lo normal es que en el primer caso se trate de reconocimiento y en el segundo de ejecución, y aquello es muy fácil y esto no. Mas la dificultad no puede convertirse en excusa para el hermetismo. Será necesario realizar un esfuerzo de traducción de las situaciones jurídico reales, eso sí.

¹⁴⁴ Ejemplar a este respecto, en otro ámbito material, el art. 227-9 CCC. No se pierda de vista que estamos hablando de ejecución de una sentencia extranjera en materia de régimen de bienes de un matrimonio. Por mucho que los actos a ejecutar sean jurídico reales, obligacionales o societarios, hay que estar a las normas reguladoras del *exequatur* de decisiones en cuestiones matrimoniales, no al reglamento 44/2001 y demás fuentes comunitarias.

¹⁴⁵ Cfr. M. VIRGÓS, *El trust y el Derecho español*, Madrid, 2006, pp. 70 ss.

¹⁴⁶ Se puede obviar esta dificultad mediante la conversión del inmueble en mueble, esto es, la constitución de una sociedad –no necesariamente española– cuyo activo sea el inmueble controvertido.

2. *Trust* cuyo objeto (patrimonio) sea el producto de una obra del ingenio humano, si se trata de derechos sometidos a la ley española. De entrada, los beneficios económicos derivados de una obra o una patente pueden ser cedidos a un individuo; se puede pensar también en la posibilidad de que estos derechos incrementen el patrimonio del *trust*, con gestión a cargo del *trustee* y destino de los productos a un determinado beneficiario, *trust* que, independientemente de la ley reguladora de los elementos que lo integran (es decir, no es necesario que el mismo ordenamiento rijan el complejo y los componentes singulares), es pacífico que no podría nunca quedar sometido a la ley española. Pero si los derechos objeto de cesión son derechos españoles (creados por la ley española y por ello disciplinados por ésta de manera imperativa), no hay medio jurídico en nuestro ordenamiento que consienta tal destino:
 - a. Propiedad intelectual: La ley española prevé solo dos situaciones jurídicas de carácter real, propiedad e hipoteca (art. 53 LPI en relación con el art. 12.5º LHMPD); la construcción más próxima al *trust* consistiría en una cesión por parte del autor –o el propietario de los derechos económicos– de la gestión, como si fuera un *trustee*, a uno de los llamados entes de gestión de derechos de propiedad intelectual y derechos afines. Pero no parece demasiado congruente con la filosofía del instituto la predeterminación del potencial fiduciario, ni la posibilidad de revocación de la autorización por parte de los poderes públicos, ni la idoneidad para decretar el secuestro de los productos por las deudas del fundador (art. 53 LPI).
 - b. Propiedad industrial: La legislación española al respecto hace referencia a la cesión de la propiedad, a la constitución de hipoteca y los otros derechos reales, entendiendo que se refiere al catálogo del art. 2 LH. Por otra parte, la hipoteca del derecho de marca debe ser inscrita en el registro de hipoteca mobiliaria (inscripción constitutiva); según el art. 46.3 LM, la oponibilidad de los derechos reales sobre las marcas depende de la inscripción en el registro de marcas. El art. 74.1 LP prevé la posibilidad de cesión en usufructo o de constitución de hipoteca a petición de parte o el derecho, en términos análogos a los de la LM.
3. Acciones y otros productos del mercado financiero. Si de lo que se trata es de ingresar los dividendos al beneficiario, según el esquema visto más arriba, la situación no trasciende a la sociedad y por lo tanto las modalidades de ejecución son las propias de una obligación de dar de la LEC. Esto no sería un *trust* y por lo tanto no se suscitan problemas específicos de ejecución.

Si lo que se hace es constituir un *trust* cuyo patrimonio son acciones o participaciones de sociedades españolas, hay que distinguir: 1. Acciones de una sociedad –cotizada o no– representada mediante anotaciones en cuenta: La entidad adherida al Servicio de compensación y liquidación de valores tiene que inscribir el gravamen; el art. 13 del RD 116/92 sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles es suficientemente genérico para permitirlo. El art. 51 en relación con el 50.1 del mencionado decreto exige documento público y por supuesto la sentencia extranjera reconocida lo es. 2. Si se trata de títulos nominativos, el art. 116 LSC exige la constancia en el libro registro, y el 104 de la misma ley contiene idéntica previsión para las participaciones. 3. Si se trata de acciones al portador, no constando en registro alguno, habrán de transmitirse físicamente al *trustee*.

44. Emparentado con el *trust*, el fondo patrimonial italiano (arts. 167 ss. CC) permite «apartar» un conjunto de bienes para atender a las necesidades familiares, con la ventaja de hacerlos inmunes a los ataques de los acreedores. Hay una exigencia fundamental de publicidad a la que queda condicionada su eficacia (en los registros de bienes y en el RC, al margen del matrimonio¹⁴⁷). Con seguridad no es

¹⁴⁷ Sentencia de la *Corte di cassazione* de 13 de octubre de 2009. Si el matrimonio está inscrito en España, el art. 77 LRC cubre la idoneidad de una anotación de la existencia del fondo.

imposible la constitución de un fondo patrimonial en base al *Codice Civile* que comprenda también bienes localizados fuera de Italia. Cierto que existirá una distribución de los ámbitos de aplicación de los Derechos, y mientras que la ley reguladora de los efectos del matrimonio debe admitir su constitución y regular los diversos aspectos, como por ejemplo la individualización de los bienes que pueden integrarlo (sólo bienes inscritos en registros), la *lex fori, qua* ley del registro, actúa como instancia de control que decide si un determinado bien es registrable o no y por eso de modo mediato condiciona el contenido del fondo en examen (si no contempla la posibilidad de registro de un derecho determinado, por mucho que la ley italiana prevea diversamente, no parece posible que ese bien situado en el extranjero pueda engrosar el fondo). Situaciones de algún modo similares son admitidas en Derecho español (por ejemplo, por lo que se refiere al patrimonio de los incapaces, ley de 19 de noviembre de 2003).

Así pues, de cara a nuestro análisis actual, las hipótesis apuntan a la posible eficacia en España de una decisión extranjera (normalmente, por obvios motivos, italiana) en la que se afectara a esos bienes destinados a tales necesidades familiares (por ejemplo, si un bien forma parte del fondo o no, normas del juez sobre administración, atribución de la propiedad o el usufructo de una cuota de los bienes a uno de los hijos, extinción por declaración de fallecimiento de un cónyuge). *Mutatis mutandis*, vale lo dicho más arriba para el *trust*, de modo que nada obstaría a la transcripción de las vinculaciones o de las transferencias de propiedad que se produzcan, más aún si aquí no existe aquella propiedad compartida sino atribución precisa a un sujeto (art. 2647 del *Codice*): Las decisiones emanadas de un juez –extranjero en este caso– pueden ser transcritas en los mismos términos vistos (art. 13 LH). Sin embargo, es improbable que estas sentencias, cuando vengan referidas a bienes inscritos en el Registro de hipoteca mobiliaria, puedan tener publicidad (los arts. 68 LHMPSD y 34 ss. del Reglamento regulador del Registro piensan en otras situaciones fácticas).

45. En tercer lugar, atenderemos a las restricciones como las conocidas en los Derechos danés, alemán, noruego o suizo, relativas a la disolución por causa de muerte de uno de los cónyuges del régimen de comunión pero supervivencia del patrimonio matrimonial –sin liquidarlo, pues– hasta que el cónyuge superviviente no muera o se vuelva a casar. Pero, ¿*quid* si la ley reguladora de la sucesión reconoce a los legitimarios un derecho incondicionado a recibir una cuota de los bienes del difunto que podrían reclamar su cuota o su interés a pesar de la previsión de la ley reguladora de los efectos del matrimonio? Si el *de cuius* muere con domicilio en España o deja bienes inmuebles aquí, no habría ningún obstáculo para el ejercicio ante nuestros tribunales de una acción dirigida a la liquidación del activo hereditario, y aquel legitimario podría obtener, por ejemplo, la adjudicación y alienación de aquel inmueble en España sea cual sea la disposición de la norma sobre régimen matrimonial. Para «fossilizar» el patrimonio conyugal es preciso recurrir a otros instrumentos idóneos. Al registro español no accede una norma extranjera, esto es evidente; la única manera de inscribir las restricciones a la propiedad y la imposibilidad de reclamar la liquidación sería obtener una sentencia declarativa –no necesariamente española– que decrete esta inalienabilidad o las restricciones al poder dispositivo, en cuanto que ésta sí que sería inscribible (art. 38 RH).

46. Hay atribuciones patrimoniales cuya calificación es discutida. Es el caso del *mahr* de algunos ordenamientos de raíz islámica¹⁴⁸. Existe el prejuicio habitual de calificar este tipo de instituciones como algo contrario al principio básico de igualdad (dependiendo de los diversos ordenamientos, el *mahr* podría ser visto como el precio del tercer repudio, o las cantidades a las que la mujer tendría derecho pero debe devolver y renunciar para poder solicitar el divorcio) y por lo tanto se rechaza su reconocimiento en el foro, en base a la excepción de orden público¹⁴⁹. Aquí no se trata

¹⁴⁸ *Mahr* es la expresión usada para describir el pago al que tiene derecho la esposa, por parte del marido, en consideración al matrimonio. Una parte se paga antes del matrimonio y otra en el momento de su disolución o en caso de que se verifiquen ciertos eventos pactados. Vid. P. FOURNIER, «Flirting with God in Western Secular Courts», *Harvard-Stanford International Junior Faculty Forum*, 2008; «Adjudicating Islamic Marriage Transnationally: Substantive Equality, Gender and the Indeterminacy of Legal Doctrine», en S. H. WILLIAMS (ed.), *Constituting equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Rights*, Cambridge, 2008. En particular este último recoge abundante jurisprudencia «occidental».

¹⁴⁹ Así, sentencia de la *Cour d'appel* de Douai, 8 de enero de 1976: Los contratos que prevén la existencia del *mahr* reducen el matrimonio a una compra y contrarían el orden público francés.

de ver si puede un tribunal español aplicar esta institución o no, sino que el problema sería verificar si cabe el reconocimiento de una decisión extranjera que haga referencia a ella. En este punto conviene enderezar el análisis hacia la consideración de las necesidades en juego y las consecuencias a las que llevaría una respuesta negativa, y en ese sentido no habría lugar a dar efecto (indirectamente) en España al instituto cuando suponga una especie de peaje a pagar por la esposa para poder ejercer su derecho a instar la disolución del matrimonio, mientras que si lo que se intenta es compensarle económicamente por la ruptura (aunque sea consecuencia del repudio válida y eficazmente verificado en el extranjero), una respuesta negativa pecaría de integrista (realmente puede desenvolver una función alimenticia, aunque venga revestida de forma contractual). Es defendible la contrariedad al orden público del foro de aquellas decisiones occidentales que han distorsionado el instituto, no por aplicar la institución en sí sino por generar un inaceptable desequilibrio patrimonial entre cónyuges¹⁵⁰.

No es preciso detenernos demasiado en la consideración de la dote (piénsese por ejemplo en la situación generada cuando, en aplicación del art. 60 de la *Mudawana*, el tribunal ha establecido su montante por haber sido consumado el matrimonio anulable), cuya contrariedad al orden público es generalmente asumida (de hecho, en las leyes italiana y griega está expresamente prohibida)¹⁵¹. Sólo hay que hacer dos matices, correspondientes a supuestos en los que la denegación del *exequatur* de la decisión que la incorpore no tendría razón de ser: a) Cuando, como en el caso anterior, desenvuelva una función útil a los intereses de la esposa (los tribunales del Reino Unido descubren la dimensión alimenticia; los franceses o los de EEUU ponen en un primer plano su aspecto contractual); b) Cuando sea ella la que solicite el reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera.

g) La modificación del régimen. Supuestos de preceptiva intervención judicial

47. Decisiones que se construyan sobre la idea de inmodificabilidad del régimen aplicable a los efectos del matrimonio no van contra nuestro orden público¹⁵²: También el art. 9.2 del CC parte de idéntico principio (sin perjuicio de que después quede corregido para lo patrimonial en el 9.3). Lo que ocurre es que difícilmente se va a solicitar el *exequatur* de ese género de resoluciones: Por ejemplo, dos ciudadanos griegos o argentinos residentes en España, cuyas leyes les niegan la posibilidad de cambiar, no acudirán a sus tribunales para obtener una prohibición judicial, sino que, con pleno respeto de las reglas de competencia judicial, se limitarán a acudir al art. 9.3 CC para realizar cuantos pactos deseen¹⁵³. No sería por contra admisible un cambio de régimen pactado entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto. En el otro extremo, está por ver cómo trataría un tribunal español una decisión que aplicara la regla de la modificación automática de la ley reguladora del régimen cuando cambian los criterios de conexión, al margen de la voluntad de las partes, como ocurre en el sistema sueco o allí donde el régimen primario se imponga imperativamente en base a la residencia en el foro¹⁵⁴. No es sólo, como se ha evidenciado, la eventual contradicción con el derecho a la libre circulación de las personas, sino también la quiebra del principio de seguridad jurídica y de la idea de libertad que inspira las normas de conflicto del CC español en la materia, por lo que no se excluye que hubiera de considerarse contraria al orden público del foro si: a) no se ha contado en absoluto con la voluntad de los cónyuges (bastaría su no oposición, como en el art. 7 del convenio de La Haya de 1978 o en el art. 55 de la ley suiza de derecho internacional privado); b) no

¹⁵⁰ Así, *British Columbia Supreme Court*, sentencias en *Nathoo v. Nathoo* (1996) y en *M.N.S. v. M.N.S.* (2004), en las que aplica cumulativamente la ley canadiense y la islámica, sumando ventajas y pagos en favor de la esposa, con resultados desproporcionados.

¹⁵¹ Cualquier norma o resolución que incluya la consumación del matrimonio como uno de los elementos del supuesto de hecho tiene desde luego bastantes posibilidades de violar el derecho a la intimidad y por lo tanto contrarias el orden público.

¹⁵² Otra opinión en alguna jurisprudencia francesa. Véase el *Étude sur les régimes matrimoniaux...*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁵³ La situación es similar en Portugal, donde el CC sienta la regla de la inmutabilidad de los acuerdos matrimoniales.

¹⁵⁴ Suiza, Francia: Ulteriores referencias en M. REVILLARD, «Les changements...», *op. cit.*, pp. 269 y 280 ss. En Quebec es el patrimonio familiar (definido en el art. 414 CC) el que se impone por haber sido mayoritariamente calificado en la jurisprudencia como efecto del matrimonio (art. 3089 CC: ley del domicilio) y no cuestión de régimen económico (art. 3123 CC, ley del domicilio en el momento del matrimonio).

se articula un sistema de inoponibilidad frente a los terceros (es a ellos a los que hay que proteger, no a los interesados)¹⁵⁵.

Las mismas cautelas valen frente a sistemas de retroactividad de las modificaciones.

48. La idea de igualdad entre los cónyuges y la prohibición de disponer de bienes ajenos comporta la imposibilidad de reconocer un cambio unilateral de régimen económico si la ley reguladora concede este poder sólo a uno de los cónyuges o si el procedimiento seguido no ofrece garantías suficientes para poder controlar que no haya abuso de uno frente al otro. El modelo alemán de transformación de un sistema de comunión a uno de separación es perfecto, en la medida en que se somete al control judicial y responde a razones legalmente establecidas¹⁵⁶. Otro tanto dígame de la modificación del régimen que opera de pleno derecho cuando concurren circunstancias objetivas, como en el art. 188 del CC suizo o el 191 del italiano: La quiebra de uno de los cónyuges provoca el cambio a régimen de separación¹⁵⁷. No es objetable en fin la modificación instada por un solo cónyuge y concedida por el juez: Salvo prueba en contra, hemos de aceptar que se ha instaurado un proceso con igualdad de armas y que el procedimiento ha sido impecable.

Para proteger a los terceros, algunos sistemas exigen la homologación previa del juez de los acuerdos de modificación del régimen económico conyugal, sea total o parcial, con la correspondiente constancia registral del cambio. Es el caso del sistema francés¹⁵⁸. Hasta que no sea aprobado, el acuerdo no tiene efectos frente a terceros. Si posteriormente los cónyuges quieren volver a cambiar y continúa siendo aplicable un sistema que contiene cautelas análogas, podrán hacerlo en España siempre que nuestros tribunales sean competentes. Lo que nos interesa subrayar es que no tendría sentido exigir que la decisión previa de homologación tenga que pasar por el trámite previo de reconocimiento y ejecución judicial, en la medida en que de lo que se trata no es de atribuirle efectos sino sólo usarla como punto de partida para deducir un estado de cosas y modificarlo. Sería la misma situación que hemos descrito antes a propósito de la modificación de la pensión. La resolución extranjera es sólo un documento. Idéntica consideración –e idéntica falta de exigencia de *exequatur*– debe tener: a. La sentencia que declare inoponible a los terceros el cambio de régimen, cuando éstos quieran hacerla valer en España (así por ejemplo, art. 438.3 del CC de Quebec¹⁵⁹); b. La decisión extranjera que acredite que un determinado régimen ha estado vigente durante los años necesarios para poderlo abandonar y elegir otro¹⁶⁰.

III. A modo de conclusión

49. Unificar una materia como la de los efectos patrimoniales del matrimonio no es ni bueno ni factible. La situación ideal vendría caracterizada por tres líneas de construcción: Libertad de los cónyuges para elegir el modelo de organización que más se ajuste a sus necesidades, y para cambiarlo si es necesario; información a los terceros del modo en que el matrimonio afecta la responsabilidad negocial de los esposos; máxima fluidez en la circulación de resoluciones. En este punto es ilusorio pensar que se puede prescindir del trámite del *exequatur* en la materia relaciones económicas entre cónyuges, aunque

¹⁵⁵ Como subraya el Grupo Monasier en su respuesta al libro verde, es imprescindible que se tenga conciencia de la mutabilidad, que sólo podría admitirse en condiciones de clara radicación de los esposos en el nuevo país (vínculos más estrechos), debiendo organizarse un sistema de información a éstos.

¹⁵⁶ Véanse los §§ 1385, 1386, 1388, 1447-1449 y 1470 del *BGB*.

¹⁵⁷ En el art. 1393 CC es, recuérdese, a instancia de parte (en general, art. 77.2 LC –en el proyecto era automático–; la norma presenta un problema por el eventual desajuste entre la ley del régimen económico y la del concurso. No parece que pueda imponerse ésta sobre aquella cuando no prevea el concurso como causa de modificación: por ejemplo, en España, en Cataluña y Valencia).

¹⁵⁸ Por supuesto, no vinculan al juez español del *exequatur* los plazos establecidos en la legislación francesa para dictar una sentencia decretando la separación de bienes (un mes desde la publicidad de la demanda, arts. 1292 ss. *Code de Procédure Civile*).

¹⁵⁹ En España señala la necesidad de declaración judicial de inoponibilidad a terceros de buena fe en caso de cambio fraudulento la STS 19 de febrero de 1992.

¹⁶⁰ Art. 1397 CC francés (dos años). La misma solución en Luxemburgo. En Holanda el plazo es un año.

se puedan prever diversos sistemas, uno para Estados de la Unión y otro para Estados terceros¹⁶¹. No está maduro ni siquiera en el espacio europeo: Contenidos desconocidos, extraños, inasumibles por razones materiales, contrarios al orden público, aconsejan el mantenimiento de mecanismos de salvaguarda de los sistemas nacionales.

50. Resulta imprescindible asegurar la coherencia entre los instrumentos que regulan sectores vecinos (régimen económico, sucesiones, crisis matrimoniales, alimentos). No cabe duda de que en el Derecho de la UE se terminará por satisfacer esa exigencia, pero hoy por hoy el sistema globalmente considerado no garantiza el tratamiento unitario y uniforme de situaciones complejas, de modo que una misma decisión extranjera puede ser objeto de un convenio bilateral, de las normas de la LEC(A) y de los reglamentos comunitarios. Lo malo no es la multitud de fuentes; lo malo es la falta de sinergia. Queda augurar que el legislador español sepa reaccionar y moldear el sistema autónomo sobre la base del entramado armónico que incorporarán los reglamentos comunitarios.

¹⁶¹ Cfr. M. PERTEGÁS, «Recognition and Enforcement of Judgments in Family and Succession Matters», en MALATESTA/BARIATTI/POCAR, *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padua, 2008, p. 186.